

--- En la ciudad de Trelew, a los 21 días de agosto del año dos mil quince, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia Isabel Spoturno y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)" (Expte. N° 145 - Año 2015 CAT) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 194.-----

--- A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Presidente de la Sala A, Dr. Marcelo López Mesa, expresó:-----

--- Que a fs. 141/145 vta. la Sra. Juez de Grado autorizó a S. S. B. a permanecer durante el plazo de 3 meses en la casa de su tía abuela C. I.. Asimismo ordenó a la actora a coordinar las acciones junto al Servicio de Protección de Derechos, a fin de concretar encuentros de su representada con la madre y el gradual retorno de la niña a su hogar, debiendo informarse mensualmente al Juzgado de todo ello.-----

--- Que a fs. 151 la parte actora apela dicha resolución siendo concedido el recurso libremente y con efecto suspensivo a fs. 154, y cambiado el efecto del recurso al efecto devolutivo a fs. 156.

--- Que a fs. 161/167 es fundado dicho recurso, agravándose la apelante de la errónea valoración de la prueba, la errónea aplicación de la doctrina de la protección integral y el interés superior del niño al momento de sentenciar, la colisión de intereses entre el rigorismo formal y el interés superior del niño al momento de interpretar la aplicación de las medidas de protección de la Ley 26.061 y la prematura orden de revinculación de la niña con su madre.-----

--- Que corrido traslado del memorial a la contraria a fs. 168 el mismo es contestado a fs. 170/171, solicitándose se declare inadmisibile el recurso de apelación contra la sentencia de grado.-----

--- A fs. 172/175 se contesta el memorial de agravios por otra de las partes solicitándose también el rechazo del recurso.-----

--- Que a fs. 191 y 192/vta. se realizaron las audiencias de toma de conocimiento de la situación familiar con las partes y la menor, quedando la causa en estado de dictar sentencia.-----

--- Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a resolución de esta sede, que en esencia se reduce al cuestionamiento de la apreciación de la prueba rendida en autos y de la orden de revinculación coercitiva de la menor con su madre, he de decir liminarmente que luego de leer detenidamente la sentencia de grado y el memorial de agravios, así como las evacuaciones de los traslados, encuentro que -al contrario de lo que dicen apodóticamente quienes contestan tales vistas-, se constata en autos la falta de apoyatura jurídica real del decisorio de grado, así como que el recurrente ha logrado conformar un sólido embate contra él. Su cuestionamiento luce suficiente, coherente y enfocado, lo que amerita entrar al meollo de lo allí planteado y sus necesarias implicancias jurídicas.-----

--- En primer lugar, cabe esclarecer que habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial el 1 de Agosto y siendo ésta una cuestión de orden público, en los términos del precedente

de esta Sala del 11/8/2015, in re "SANCHEZ, Nelson Omar y otros c/ DENADEI, Daniel Ángel y otra s/ Daños y perjuicios" (Expte. 67 - Año 2015 CAT) y del reciente fallo de la CSJN, de fecha 6/8/15, in re "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa D. I. P., V. G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", corresponde aplicar el nuevo ordenamiento, sancionado por Ley 26994, cuya fecha de entrada en vigencia fue modificada por Ley 27.077.-----

--- Bien se dijo en un fallo capitalino, con cita de decisorios de esta Sala, que los procesos de familia son de tipo inquisitivo por lo que "no corresponde en casos como el traído a examen limitarse a la aplicación rigurosamente técnica de pautas formales que llevarían a desentenderse del hecho de hallarnos operando sobre derechos indisponibles. Nótese que la normativa los declara "irrenunciables" (art. 2, párr. 2º, de la ley 26.061), lo que lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes cederán paso a las facultades judiciales.... Vale decir, el orden público es el que se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 15-12-2014, "T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización", en Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).--

--- Se adujo luego en él que los judicantes no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños o adolescentes entrampados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. La natural condición de dependencia en la que se hallan aquéllos hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que les asisten; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una "efectividad directa como mandato de la Constitución".-----

--- Y, después se indicó que "En definitiva, el deber de priorizar la atención y cuidado de los niños y adolescentes no se encuentra exclusivamente a cargo de sus representantes necesarios (que ocasionalmente -voluntaria o involuntariamente- pueden operar en contra de sus asistidos) o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente. El Poder Judicial se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado en este sentido; mientras que la omisión en el dictado de las disposiciones pertinentes -ante jóvenes en estado de riesgo, como es el caso de autos- comportaría un directo incumplimiento de los deberes a su cargo, involucrando incluso la responsabilidad del Estado, habida cuenta los compromisos asumidos ante la comunidad internacional" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 15-12-2014, "T. R. E. y otros c/ B. C. R. s/ autorización", en Microjuris, clave MJ-JU-M-91309-AR).-----

--- Siendo exacto todo ello, no cabe siquiera dudar que en esta causa se aplica el nuevo Código Civil y Comercial, dado el carácter publicístico de la temática a resolver y, por ende, que el principio dispositivo y su derivación principal, el principio de congruencia, quedan aquí inicialmente de lado.---

--- En segundo lugar, cabe aclarar que la menor ha suscripto un acta solicitando la asistencia de una abogada del niño; si en una causa debía nombrarse un abogado del niño era en esta, al ser un caso "de Manual". Respecto de esta figura se ha dicho en un fallo marplatense que "el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su propia voluntad; mientras que el Asesor de Incapaces es el representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales el derecho de fondo le asigna al niño para defensa de sus derechos" (Cám. Apels. Civ. Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 19/4/2012, publicado en Microjuris, cita: MJ-JU-M-71818-AR).-----

-----  
--- Se agregó luego en dicho fallo lo siguiente: a) “La ley 26061 establece la participación del niño a través de un abogado como garantía procedimental en todos los procesos judiciales y aun en los procedimientos administrativos, con ello la ley nacional pretende observar las pautas constitucionales establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 12 de la CDN y 75, inc. 22 de la CN.).-----

---b) El art. 27 inc. c de la ley 26061 establece que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya -abogado privado, o a cargo del Estado en caso de carecer de recursos económicos-.disponiendo sobre el particular el Decreto Reglamentario 415 que El derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.-----

---c) El derecho incluido por la ley 26061, implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales (Ministerio Pupilar) de este último.-----

--- En casos como el presente donde se ha constatado un claro conflicto de intereses entre la madre de la menor y el Sr. B., por un lado, y la propia menor, por otro, sin duda que le asistía el derecho de buscar asistencia letrada para sí.-----

--- Resulta fundada su presentación en autos a controvertir las pretensiones y afirmaciones de su madre, que en algunos casos se han apreciado de visu en la audiencia llevada a cabo en la alzada como artificiosas, desenfocadas, negadoras de la realidad, hasta incluso, con actitudes tan cambiantes respecto de la propia menor, que muestran una falta de serenidad, compostura y estabilidad anímica, por parte de los adultos, que debieran permanecer alejados de esos excesos.--

--- Indudablemente la menor tenía derecho a ser oída y a ser sujeto activo de la decisión, que ella juzgaba traumática y perturbadora de su vida. A la luz de las pruebas colectadas en la causa, no le faltaba razón.-----

--- Por eso esta Sala la ha recibido, la ha escuchado y se ha interiorizado debidamente de su problema, no ha dicho que lo hacía ni ha declamado abundante y abstractamente sobre su interés superior o su derecho a ser oída, sino que ha puesto manos a la obra y ha hecho efectivamente lo que debía hacer.-----

--- Bien se ha expuesto que “El derecho a ser escuchado por quienes administran justicia se refuerza, cuando se reconoce el derecho a recurrir a un superior, si quien lo escuchó en primer término no le dio la razón o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño avanza aún más cuando en su artículo 24 inc. d y e reconoce el derecho del niño, niña y adolescente de “recurrir a un superior” ya sea en un procedimiento judicial o administrativo. En consonancia, el artículo 27 de la Ley 26061 citada, reconoce el derecho a participar en todo procedimiento así como el derecho a recurrir ante el superior, pero amplía respecto de todo procedimiento administrativo o proceso judicial” (Cfr. ROBLEDO, Diego, “Abogados/as de los niños, niñas y adolescentes. Reflexiones desde el derecho procesal”, en “Revista de la Facultad”, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II, Córdoba, 2013, p. 268).-----

-----  
--- Sentado ello, resulta de aplicación al caso el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial, el que en su parte pertinente indica: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”.-----  
-----

--- La norma es de tal claridad que exime de comentar directamente sus términos, como que de ella emana prístino el derecho de una menor no solo a ser oída, sino a participar de las decisiones que la involucren, lo que es lo menos que puede decirse de una situación a la que se la quiere exponer y la que le hará revivir recuerdos traumáticos. Es más, de la audiencia de vista de causa tomada por esta Sala y cuya acta está glosada a fs. 192/vta. surgió patente que la madre de la menor no se halla en dominio de sus emociones y que no tiene al presente estabilidad anímica como para lidiar eficazmente con una menor en las condiciones en que se encuentra S., pudiendo hacerle más mal que bien el contacto con ella, en tanto se mantengan las actuales condiciones.---

--- Y toda vez que en el caso de autos la menor ha expresado en audiencia ante esta Cámara que no desea verse sometida a maltratos, como los que experimentaba de su madre y del Sr. B. -vid. Acta reservada- lo que sumado a la prueba colectada en la causa respecto de las repercusiones negativas que la revinculación con la madre tendría para la menor, al menos en las actuales condiciones (cfr. fs. 77, 87, 125vta, 131, etc.), se patentiza que el punto II de la resolución apelada deviene apresurado, imprudente, pasible de revocación, máxime cuando no se dan en la sentencia en crisis fundamentos bastantes para apoyar debidamente tal medida, inconveniente para la niña, según las constancias de la causa y la propia percepción de este juez en la audiencia tomada en la Sala.-----  
-----

--- Bien se ha dicho que “para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. Así el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de autoridad sin el apoyo de la razón” (cfr. Pérez Manrique, Ricardo, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en “Justicia y Derechos del Niño” N 9, UNICEF, p. 252).-----  
-----

--- Esta Sala no caerá en tales abismos ni intentará cubrirlos con un manto de declamación.-----

--- Cabe recordar un agudo fallo de la Suprema Corte mendocina que resolvió, siguiendo a la Corte Suprema (cfr. CSJN, “A.F.”, 13/03/2007) que ... la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto (...) deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real

del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres...” (SCJ Mendoza, 8/4/2014, “G. R., S. A. L. P. S. H. M. V. S. G. R. en J° 510/10/6F/35.838 DYNAF SOLICITA MEDIDA CONEXA s/ INC.”, publicada en [http://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia\\_09052014\\_dynaf\\_solicita\\_medida\\_conexa/noticia\\_09052014\\_dynaf\\_solicita\\_medida\\_conexa.asp?Miga=1&CodSeccion=25](http://www.legis.com.ar/BancoConocimiento/N/noticia_09052014_dynaf_solicita_medida_conexa/noticia_09052014_dynaf_solicita_medida_conexa.asp?Miga=1&CodSeccion=25) y comentada por Celina N. Andriani en <http://www.infojus.gob.ar/celina-andriani-abogado-nino-dacf150267-2014-12/123456789-0abc-defg7620-51fcanirtcod>).-----

--- Ello así, dada la violación constatada a las normas sobre el interés superior del niño que recepta la ley 26061 y la contradicción de lo resuelto en el grado con el art. 26 CCC, procede el derribamiento parcial de la sentencia apelada, para dar paso al dictado de un decisorio conforme a derecho y de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa.-----

--- Se indica a la a quo que en dicho decisorio no deberá adoptar decisiones traumáticas que expongan a la menor a nuevos episodios de violencia o maltrato, ni tomar medidas voluntaristas o de compromiso, que se contrapongan a las constancias de la causa y a los deseos de la menor y que puedan afectar su integridad física o anímica.-----

--- En esta línea ha indicado un reconocido experto internacional en materia de protección de menores que “el niño, en un proceso, no es solamente un objeto de prueba o uno más de los sujetos del proceso. Es un ser humano especialmente frágil, con toda la vida por delante, al que debe evitarse cualquier situación que pueda traumatizarle, o simplemente a condicionarle en un futuro” (NIEVA FENOLL, Jordi. “La declaración de niños en calidad de partes o testigos”, en “Revista de Derecho Procesal”, tomo 2012-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 552).-----

--- Por las diversas razones explicitadas supra, propongo la revocación del punto II de la sentencia apelada, disponiendo que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto la misma no esté plenamente de acuerdo con ello y en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir con tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, los que quedaron patentes en la audiencia tomada en esta Cámara. Y, además, dejar sin efecto, en tanto no se revierta la situación de un modo claro y trascendente, la idea de que la menor retorne al hogar de su madre en un plazo breve y perentorio, como el fijado en la resolución de grado, que parcialmente se revoca.---

--- Las costas de alzada se impondrán en el orden causado, atento tratarse de una cuestión de orden público, en la que están involucrados intereses de una menor (art. 72 CPCC).-----

--- Sin embargo, dado que ha surgido en la audiencia respectiva (cfr. acta de fs. 192/vta.), que el Sr. B. percibe el salario familiar correspondiente a la niña S. S. B., sin que se le hayan entregado tales sumas a ella desde que no vive con su madre y el Sr. B., en uso de las facultades conferidas a la magistratura por el art. 553 CCC, procede sin más trámite y a fin de asegurar los medios de subsistencia de la niña, mandar intimar al Sr. R.I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.-----

--- Diferir la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado.----

-----  
--- Habiendo en sus contestaciones de traslados dos de las partes reservado caso federal, se les esclarece que tal manifestación ritual no llena los requisitos para la introducción de una cuestión constitucional en esta causa; ello, ya que conforme inveterada jurisprudencia de esta Sala y de otros tribunales, en especial la clarísima advertencia realizada en el caso “PORMAN, Javier Celestino c/ MUNICIPALIDAD de TRELEW y Otro s/ Acción de Amparo”, (Expediente: 113/2015), sentencia de esta Sala del 20/04/2015, donde se puntualizó “en cuanto al caso federal y su “reserva” que aun soslayando que esta Sala -con el voto del Dr. López Mesa- ha sostenido que los derechos no se “reservan” sino que se ejercen (sentencias del 15/12/2008, in re "Weinberger, Stella M. c/ Metropolitan Life Seguros SA s/ Cobro de pesos", expte. n° 22879-2008; 14/04/2009, "Peralta, María E.c/ Almaretti, Silvia s/ Cobro de pesos", expte. n° 125-2009), cabe precisar que si estamos ante un debido planteo del caso constitucional, la referida "reserva" huelga y si el planteo concreto y adecuado no existe, la "reserva" no cumple ninguna finalidad útil (esta Sala en la c. 20397/05, S.I.C. n° 148 de 2005)".-----  
-----

--- Se agregó allí que en el caso en examen se advierte que se invocaron derechos constitucionales por mera implicancia, en forma genérica, y que las cuestiones federales no fueron postuladas expresamente por el interesado (pues no hay desarrollo fundado que vincule la posible solución de la causa como dependiendo de una decisión acerca de la validez de un acto o norma federal, de un acto o norma provincial frente a una norma federal o de la inteligencia que se asigne a esta última; doc. art. 14, Ley 48) (conf. S.T.Chubut, 23/09/2011, S.I. n° 25/S.R.O.E./2011; esta Sala en la c. 529/10, S.I.C. n° 73 de 2010, c. 362/10, S.I.C. n° 39 de 2010; conf. López Mesa-Rosales Cuello, "Código procesal civil y comercial de la Nación", AAVV, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, T. II, p. 362). Lo propio cabe decir en este caso, respecto de las sendas “reservas” del caso federal explicitadas.-----  
-----

--- De modo que tales planteos, no obstante la reserva, resultan ineficaces para su examen concreto, lo que hace innecesario ingresar a su tratamiento o realizar manifestación alguna a su respecto.-----  
-----

--- Por lo expuesto, a esta cuestión voto por LA NEGATIVA.-----

--- A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Spoturno dijo:-----

--- Los antecedentes de la causa han sido suficientemente expuestos por el colega que me precedió en el voto de modo que ingresaré directamente al tratamiento de los agravios expresados por la recurrente contra la sentencia apelada.-----

--- En primer término debo decir que de la lectura de la causa, de las pruebas, informes, y luego de haber escuchado a S. en la audiencia celebrada en esta instancia, llego a la misma conclusión que la parte actora en sus agravios. La sentencia parece dictada para otra causa. No se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los consejos de los profesionales intervinientes.--

--- El Dr. Diego Giannandrea, médico psiquiatra tratante de S., fue muy claro en su informe (obrante a fs. 77): “se sugiere tener en cuenta la voluntad de la paciente antes de pautar las medidas de revinculación madre-hija”. Es allí donde radica el verdadero quid de la cuestión. La sugerencia del

médico tratante, hecha desde el punto de vista de la medicina, es la misma que hace el derecho.-----  
-----

--- El derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta posee jerarquía constitucional desde la reforma constitucional del año 1994.-----

--- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) introduce un nuevo concepto a nuestra legislación vigente, ya que el artículo 12 indica que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”. Esto significa que los niños y adolescentes tienen un derecho humano fundamental a ser escuchados por quienes tomarán las decisiones que afectarán su vida.-----  
-----

--- Este derecho de rango constitucional fue receptado por la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (artículos 2, 3, 24, 27 y 41) y también por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26). No puede negarse entonces la importancia que tiene este derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de tomar una decisión que los afecte.-  
-----

--- La CDN ha impuesto un cambio de paradigma constitucional respecto de la niñez y la adolescencia. La nueva visión constitucional axiológica de la niñez y adolescencia concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y centro de atención prevalente y prioritaria, conforme a lo ordenado tanto por la CDN como por el articulado de la CN (LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, Editorial Universidad, 2009, pág. 119).-----  
-----

--- La CDN establece que este derecho a ser oído lo será considerando su “edad y madurez”. Esto nos remite al concepto de “capacidad progresiva” receptado por la convención (arts. 5 y 12 CDN) y también por nuestro derecho interno (art. 24 inc. b de la Ley 26.061).-----

--- La faz dinámica consiste en otorgar al niño intervención activa en toda cuestión que atañe a su persona y sus bienes, de acuerdo a su madurez y desarrollo; asimismo, que esa voluntad sea tomada en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad. En ello consiste la capacidad progresiva. (SOLARI, Néstor E. “La capacidad progresiva en la nueva ley de mayoría de edad”, publicado en La Ley 03/06/2011, Cita Online: AR/DOC/1341/2011).-----

--- El concepto de autonomía progresiva permite reconocer, a medida que los niños adquieren mayores competencias, más capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de protección. (HERRERA, Natalia Soledad, “La participación del niño en el proceso a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial”, publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas de Editorial La Ley, Año VII, Número 3, Abril de 2015, pág.15 y ss).-----

--- Pues bien, S. S. B. cuenta en la actualidad con 14 años de edad. En la audiencia celebrada en esta instancia se mostró madura, serena y conocedora de la situación que la tiene como protagonista.

Es así que, tal como aconsejó su médico tratante y también su psicóloga, es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo. Considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del vocal preopinante, que no se respeta su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada -o no lo esté su madre-.-----

--- Será ella también quien, en uso de su capacidad progresiva y acompañada por su psicóloga tratante así como por el ETI, determinará el momento en que se encuentre preparada para retornar al hogar materno. Es por ello que también debe dejarse de lado la idea de que vuelva al hogar en un breve -e impuesto- plazo.-----

--- El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir, antes que el interés de los padres biológicos, antes que el interés de los hermanos, antes que el interés de los guardadores, antes que el interés de los tutores, antes que otros "intereses"; no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos (LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Editorial Universidad, 2009, pág. 121).-----

--- Observo en los informes obrantes en la causa, tanto el expedido por el Dr. Giannandrea como por la licenciada Jimena Burés (su psicóloga), que S. se encuentra en la actualidad en mejores condiciones que cuando estaba con su madre.---

--- Recomienda Burés escuchar la palabra y los deseos de la joven, respetando sus tiempos "siendo contraproducente una actual revinculación sin tener en cuenta los aspectos antes mencionados" (fs. 100 y vta).-----

--- Es por ello que, ordenando una revinculación coercitiva -como hizo la jueza de grado- se atiende más al interés de la madre que al de la propia adolescente. Esto es inadmisibles a la luz de las normas legales y constitucionales antes citadas.-----

--- Otro agravio de la actora al que se hará lugar es el referido al tratamiento terapéutico individual de los Sres. B.-H.. Surge de manera clara de los informes obrantes en la causa que ambos deben someterse al mencionado tratamiento. Esta necesidad quedó demostrada, además, en la audiencia celebrada en esta Sala. La Sra. H. debe lograr, a través de un tratamiento adecuado, reconocer cual es el interés superior de su hija y desligar sus problemas personales con C. I. de su vínculo con S.--  
-----

--- Por ello ambos padres deberán someterse a los tratamientos psicológicos o psiquiátricos correspondientes y deberán acreditar el cumplimiento de los mismos en esta causa.-----

--- Es por ello que la revinculación ordenada en la sentencia de grado así como también "el gradual retorno de la niña a su hogar" lucen como prematuros (como expresa la parte actora en sus agravios) razón por la cual, ese aspecto del fallo habrá de ser revocado.-----

--- Por los motivos antes expuestos, acompañaré al Dr. López Mesa en su propuesta y también propiciaré la revocación del punto II de la sentencia apelada. Se dispondrá en su reemplazo que no se obligará a la adolescente a tener contacto con su madre hasta tanto ella no esté plenamente de acuerdo y en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico. En cuanto a la Sra.

H. y el Sr. B. deberán seguir un tratamiento psicológico o psiquiátrico a fin de revertir situaciones que puedan afectar a la adolescente.-----

--- En cuanto a las asignaciones familiares correspondientes a S. S, B. que percibe el Sr. B. conforme quedara de manifiesto en la audiencia celebrada en esta alzada, entiendo que corresponde mandar intimar a Rubén I. B. y a G. H. para que depositen dentro de las 72 horas de notificados personalmente o por cédula a la orden de autos las sumas que hayan percibido por tal concepto rindiendo cuenta documentada de las sumas percibidas. Dicha intimación se hará bajo apercibimiento de remitirse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal por retención indebida.-----

--- En cuanto a la “reserva del caso federal” dado el modo genérico en que fue introducido resulta ineficaz para su examen de modo que no ingresaré en su tratamiento.-----

--- Las costas de alzada serán impuestas en el orden causado considerando la índole de cuestión debatida y los intereses comprometidos (art. 72 CPCC). La regulación de honorarios se difiere para el momento en que regulen los honorarios de grado.-----

--- Me expido en esta cuestión pues por la NEGATIVA.-----

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Presidente de la Sala A, Dr. Marcelo López Mesa, expresó:---  
-----

--- De conformidad con lo resuelto en la primera cuestión, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:-----

--- 1) REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma.---

--- 2) DISPONER, por ende, que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, lo que deberá ser acreditado en esta causa.-----

--- 3) IMPONER las costas de alzada en el orden causado.-----

--- 4) INTIMAR al Sr. R. I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.-----

--- 5) DIFERIR la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado.-----

--- 6) REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.-----

--- Así lo voto.-----

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Spoturno dijo:-----

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo.-----

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8 Ley V - Nº 17).-----

--- Trelew, 21 de agosto de 2015.-----

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:-----

----- S E N T E N C I A: -----

--- REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma.-----

--- DISPONER, por ende, que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico, debiendo la Sra. H. y el Sr. B. seguir tratamiento psicológico para revertir situaciones y propensiones al desborde y malos enfoques de la situación de la menor, lo que deberá ser acreditado en esta causa.-----

--- IMPONER las costas de alzada en el orden causado.-----

--- INTIMAR al Sr. Rubén I. B. y a la Sra. G. H., ambos cuyos demás datos obran en autos, a depositar dentro de las 72 horas de ser notificados personalmente o por cédula a la orden de esta Cámara y del Juez de grado interviniente y como pertenecientes a estos actuados, las sumas que hayan percibido por el salario familiar de la menor, debiendo rendir cuenta documentada en autos de las sumas recibidas, para juzgar el cumplimiento de la orden judicial de depósito y bajo pena de girarse las actuaciones al Sr. Fiscal en turno para que evalúe la comisión de un delito penal, por la retención indebida de tales sumas.-----

--- DIFERIR la regulación de honorarios profesionales, para cuando se hayan regulado los de grado.-----

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.-----

MARCELO J. LOPEZ MESA

PRESIDENTE

NATALIA I. SPOTURNO

JUEZ DE CAMARA