

Fs. 380

Nº 39.152/01-502/17

``O.A.L. P/ LOS MENORES V. F. R. Y V. F. A. S/ CONTROL DE LEGALIDAD

Mendoza, 30 de noviembre de 2017.

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1) Llegan estos autos a esta Cámara de Apelaciones de Familia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 332 por DINAF (Valle de Uco) contra la resolución de fs. 322/326, que no hace lugar al pedido de declaración de situación de adoptabilidad de los niños A.M.F.V. y R.G.F.V., formulado por la apelante, ordena su reintegro a los padres, Sr. L.G.F y S.D.V., bajo monitoreo permanente del equipo técnico de DINAF, el que deberá informar al juzgado de origen los resultados obtenidos en forma mensual durante seis meses.

2) Tras hacer una pormenorizada referencia a las actuaciones cumplidas en la causa, el juez de grado entiende que la cuestión a resolver es si la medida excepcional adoptada por el Servicio Local de Protección de Derechos de Tunuyán traslado de los niños causantes al Hogar Miradas Dulces por los maltratos proferidos por su progenitor debe concluir con el reintegro de los pequeños a sus padres o con la declaración de su situación de adoptabilidad. Estima que resultan de aplicación al caso las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial (cfr. art. 7), en particular, el art. 607 inc. c en tanto establece que uno de los presupuestos para la declaración de la situación de adoptabilidad es el fracaso de las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca con su familia de origen o ampliada.

Explica que la ley 26.061 estableció un sistema de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de naturaleza administrativo-judicial, por el que la administración ejerce facultades tuitivas provisorias y revisables que luego son sujetas a control judicial. En este contexto, sostiene que en el supuesto de las medidas excepcionales (art. 40 de la ley 26.061) el juez puede revisar en forma escalonada que: se hayan agotado todas las medidas de protección posibles sin resultado positivo; exista relación proporcional entre el caso concreto y la medida dispuesta; ésta resulte la más idónea de todas las posibles y conlleve más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general. Argumenta que si uno de los niveles evaluatorios no supera el test judicial, la decisión administrativa debe ser rechazada.

Afirma que de la compulsa de la causa surge que: los progenitores se opusieron al pedido de declaración de la situación de adoptabilidad efectuado por DINAF; solicitaron en diversas oportunidades el reintegro de sus hijos; los visitaban en el hogar asiduamente y realizaban salidas con ellos; hicieron terapia y fueron dados de alta; la pericia psicológica que se les efectuó arrojó que, si bien tienen restricciones para el ejercicio de las facultades parentales, no presentan indicadores significativos de trastornos psicopatológicos; en audiencia R. expresó que, a pesar de que su papá discute con su mamá y le pegó a su hermana A. un chirlo, eso no le da miedo y quiere vivir con él; DINAF a fs. 305/307 sugirió el reintegro de los niños a sus padres bajo muy estrictas condiciones de seguimiento y control; pese a que se suspendieron las visitas del padre porque habría tenido un episodio de agresividad con A. en una salida, el Ministerio Pupilar a fs. 320 se expide a favor del reintegro.

En razón de lo expuesto, el magistrado concluye que resulta más beneficioso propiciar el

reintegro de A.M.F.V. y R.G.F.V. a sus padres, bajo control y seguimiento estricto de DINAF.

3) La apelante expresa agravios a fs. 346 y vta., solicitando que se revoque la sentencia recurrida.

Expresa que la decisión del juez de grado afecta el interés superior de los niños ya que el suceso que dio origen a la intervención del S.L.P.D. no ha sido superado en su totalidad, toda vez A. fue agredida físicamente por su padre en una visita y R. continuó presenciando hechos de violencia por parte de sus progenitores durante las salidas con permiso. Aduce que el derecho del niño a su integridad física y psíquica prevalece sobre el derecho a la comunicación paterno-filial y merece protección especial por parte del Estado, la que se concreta a través del sistema de protección integral de derechos. En el contexto normativo de la ley 26.061, la función del juez de familia, se limita a expedirse sobre el control de legalidad de la medida de excepción implementada, no pudiendo ordenar el reintegro de los niños a su grupo familiar.

4) Corrido el traslado de la fundamentación del recurso, a fs. 365/366 los Sres. L.G.F y S.D.V. contestan y piden el rechazo del recurso de la apelación impetrada, por las razones que exponen, a las que remitimos en honor a la brevedad.

5) El Ministerio Pupilar a fs. 369/372 considera que, pese a todos los esfuerzos realizados, los padres de los niños no han logrado superar una historia familiar sumamente disfuncional signada por la existencia de violencia, de la cual sus hijos no sólo han sido testigos sino también víctimas.

Sostiene que esto se evidenció cuando, ante la primera situación cotidiana de crianza (visita de los niños al domicilio de sus progenitores), el padre golpeó a su hija A. y la madre no pudo evitar las consecuencias del desborde conductual de su pareja. Concluye que, ante esta situación, se debe priorizar el interés superior de A. y R., el que en el caso se traduce en la protección de su derecho humano a la integridad física, psíquica y emocional y a vivir, crecer y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados, amor y protección que merecen y necesitan, sin sufrir ningún tipo de maltrato. Por lo tanto, solicita que se haga lugar al recurso de apelación deducido por DINAF.

6) La mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 10. 1. que: ``Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posible.

Ahora bien, estas mismas normas prevén la posibilidad de separar a los niños de sus familias de origen cuando ello resulte necesario en su mejor interés, sobre todo cuando los mismos son víctimas de violencia intrafamiliar o de trato negligente en el desempeño de los roles parentales (arts. 9, 19 y conc. de la C.D.N.; arts. 9, 39 y conc. de ley 26061). Los arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra toda forma de ``...abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación ... mientras se encuentren bajo la custodia de los padres... , agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su ``... superior interés exija que no permanezcan en ese medio ... , debiendo garantizar ``... otros tipos de cuidado para esos niños ... (arts. cit. de la Convención sobre los Derechos del Niño). A su vez, el artículo 9.1 de la Convención, tras establecer que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de su familia contra la voluntad de éstos,

establece como excepción que tal separación sea necesaria en el interés superior de los mismos.

Es decir que, si los progenitores no son idóneos para cumplir con la función esencial asignada por la ley de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad, al punto de representar un serio riesgo para su normal desarrollo, los hijos tienen derecho a crecer y desarrollarse dentro de otras familias, donde puedan satisfacer tales necesidades vitales. Tanto la Convención como la ley 26.061 establecen que en toda decisión judicial, administrativa o proveniente de organismos intermedios de la sociedad (familia, escuela, club, etc.) la consideración primordial para resolver cualquier conflicto de intereses en que estén involucrados los derechos de menores de edad, será priorizar sus intereses por sobre el de los adultos (art. 3.1. de la C.D.N. y art. 3 de la ley 26.061). Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el nuevo código disponiendo el art. 706 inc. c que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas. Cecilia Grosman señala que este interés superior del niño cumple una función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico (cfr. ``Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia, LA LEY, 1993-B, 1089).

D'Antonio concibe el interés superior del niño como un standart jurídico, es decir, ``una medida media de conducta social correcta, la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos y que por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida (cfr. ``Convención sobre los Derechos del Niño , Comentada y Anotada, Ed. Astrea, p. 45). Cita este autor a Hairou que señala que la regla del derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta en tanto que el standart jurídico constituye una justicia más particularizada y es un elemento evolutivo de acuerdo a las circunstancias y tal flexibilidad representa en el derecho su elemento de movilidad y acercamiento a la realidad.

7.1) De las constancias de la causa y de los expedientes unidos por cuerda surge que el Sr. F. ha tenido comportamientos violentos algunos de severa gravedad respecto de la Sra. S.V. y de sus hijos A. y R., los cuales también han sido testigos de la violencia ejercida contra su madre.

Así, en los autos N° 38.530 caratulados ``V.E.S. C/ F.L. P/ INF. LEY 6672 se ordenó la prohibición de acercamiento del Sr. F. respecto de la Sra. V. porque la habría tomado de su cabello, arrastrado y golpeado provocándole un desmayo.

A su vez, en los autos N° 38.139 caratulados ``COMPULSA AUTOS N° 38.019/01 ``O.A. POR LOS NIÑOS F.R., R.M. Y K. P/ MEDIDA CONEXA PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO, a instancias del SLPD de Tunuyán, se dispuso la prohibición de acercamiento del Sr. F. respecto de su hijo R. y de los niños M.R. y K.R., hermanos de la Sra. S.V. En particular, se informó que M.R. relata que el Sr. F. ``... siempre se jacta de pegarle a la gente, que trata mal a R. y lo expone a situaciones peligrosas, que además le pega a su hermana S. y que ella no le dice nada. En la pericia psicológica al Sr. F. se concluyó que presenta rasgos anormales de personalidad e indicadores psíquicos compatibles con el varón que ejerce violencia intrafamiliar. En concordancia con lo anterior, este expediente se inició con la solicitud de control de legalidad de la medida de excepción dispuesta por el SLPD de Tunuyán alojamiento de R. y A. en el Hogar Miradas Dulces, comenzando la intervención administrativa en razón de que

R. fue golpeado por su padre L.F. (lesiones constatadas por el médico del Hospital Scaravelli de Tunuyán).

El perfil del hombre que puede ejercer violencia del Sr. F. quedó claramente demarcado en la pericia psicológica de fs. 115/116, en la que se informó que, debido a sus características de personalidad, ``... presenta limitaciones desde el punto de vista psíquico para el ejercicio del rol paterno. Si bien se halla ligado afectivamente a los niños, el vínculo es inmaduro. Sus recursos cognitivos-afectivos son restringidos para brindar parámetros estables de contención emocional, protección, cuidados y límites funcionales. Podría ejercer métodos correctivos inadecuados (golpes, maltrato verbal, etc.). Es factible que reaccione con desbordes impulsivos frente a las demandas, llantos, desobediencias y berrinches, generalmente frecuentes en niños pequeños. Por lo expuesto, no se puede garantizar que fehacientemente el evaluado controle arrebatos de agresión hacia los hijos. En síntesis: el examinado presenta indicadores psíquicos compatibles con rasgos anormales de personalidad, fallas en el control de los impulsos (con antecedentes de agresión a terceros), conductas antisociales. Requiere tratamiento psicoterapéutico ininterrumpido, orientado al manejo cognitivo de sus emociones

Características de personalidad que el tratamiento psicológico que el Sr. F. realizó con la Lic. Liliana Navarro Arce, no habrían logrado revertir, teniendo presente que fue dado de alta por considerarse cumplidos los objetivos propuestos al inicio del tratamiento (fs. 194).

Oídos los niños causantes por el juez de grado, en presencia de la asesora de menores (acta de fs. 214), R. manifestó que cuando fueron de visita a la casa de sus padres el Sr. F. le pegó una cachetada a su madre, lo que ellos presenciaron, y que también le pegó un chirlo a A., a lo que la niña agregó que no sabe por qué le pegó el papá y que éste ``retó a su mamá. A su vez, a fs. 316/317 DINAF puso en conocimiento que la pequeña A. volvió de otra salida a la casa de los progenitores con una marca en el rostro, producto de un golpe que el mismo Sr. F. reconoció que le propinó. La situación descrita fue ratificada por R., quien expresó que el padre le pegó a su hermana porque no quería comer. En la pericia psicológica de fs. 358, el CAI Salud Mental concluyó que se observan en los niños A. y R. indicadores compatibles con ser víctimas de violencia. De lo reseñado surge que el padre de los chicos, pese al acompañamiento institucional brindado, al tratamiento psicológico realizado y al arrepentimiento que mostró en relación al último episodio de agresión relatado (fs. 316/317), no ha cesado en el despliegue de conductas violentas, de las cuales sus hijos son testigos y también víctimas directas. A lo que se debe agregar que no existen en la causa elementos de convicción que mínimamente permitan inferir que este tipo de situaciones no se repetirán en el futuro. 7.2) De los informes presentados por DINAF a la largo de su intervención (fs. 1/6, 9/10, 19/20, 24/25, 39/42, 56/57, 142/144, 306/307, 316/317 y 330/331), se observa que la Sra. S.V., si bien no se vincula con sus hijos de una manera agresiva, no ha sabido preservarlos ni a sí misma de la violencia del Sr. F., ni brindarles la atención y los cuidados que dos niños pequeños requieren.

En efecto, la Sra. V. reanudó la convivencia con el Sr. F pese a la gravedad de los hechos denunciados en los autos N° 38.530, que dieron lugar a la adopción de la prohibición de acercamiento de su pareja. A lo que se suma que no consideró necesario concurrir al Área de la Mujer para el abordaje de la situación (fs. 331 segundo apartado). Por otro lado, surge de los informes referidos, que la Sra. V. cuando iba a visitar a sus hijos en el Hogar Miradas Dulces no demostraba interés en ellos, no les dedicaba el tiempo que

requerían, no los acompañaba a los controles médicos y resultaba necesario que el personal del hogar la instara para que les brindara los cuidados pertinentes a veces de mala gana. En relación a A., que ingresó al hogar al mes de vida, estas conductas causaron que no tuviera con su madre un vínculo afectivo estable.

Esta forma de actuar en relación a sus hijos presenta adecuación con los resultados de la pericia psicológica de fs. 213, en la que se informa que: ``A nivel de metas motivacionales presenta alto nivel de interés en la obtención de experiencias placenteras, lo que correlaciona con la búsqueda de intensidad ... Frecuentemente tiende a implicarse en situaciones donde no ha considerado anticipadamente los posibles resultados, lo que necesariamente implica un incremento eventualmente significativo de los niveles de riesgo a los que se encuentra expuesta, actúa de forma desinhibida, con desaprensión y despreocupadamente. ... Sostiene, respecto de sí un desajustado nivel de autoconfianza; sus deseos de independencia y la preocupación por sus propios intereses, favorece un desempeño resuelto y con iniciativa, frecuentemente imprudente y poco reflexivo. Sostiene intereses empáticos y voluntad de mantener relaciones íntimas y afectuosas, sin preocuparse de por la reciprocidad que estas requieren de su parte ... En los análisis que realiza se le dificulta en forma significativa lograr una postura objetiva e impersonal; en ella tienden a primar las emociones por sobre las razones. Tiende a procesar sus experiencias en forma afectiva, lo que necesariamente induce estados subjetivos (agrado/desagrado, valor/disvalor, cómodo/incómodo, atraído/repelido); esto necesariamente implica reacciones viscerales. ... Presenta baja tolerancia a los límites externos y le cuesta ajustarse a marcos de referencia

Características de personalidad que redundan en aptitudes restringidas para un eficiente ejercicio de las funciones parentales, según concluye el perito del CAI Salud Mental a fs. 213 vta., y que el tratamiento psicológico que la Sra. V. realizó (fs. 47/48 y 194/200) no pudo remontar.

7.3) La familia extensa, tanto paterna como materna, no se presenta como una alternativa válida para acoger a R. y A., habiendo sido agotadas por DINAF todas las posibilidades de reintegro de los niños a la misma, conforme surge del informe de fs. 39/40 (apartado 2).

7.4) En función de todo lo expuesto, se concluye que el interés superior de A.M.F.V. y R.G.F.V. se identifica con poder crecer y desarrollarse en un ámbito familiar donde no existan violencia ni maltrato y que les brinde la contención y el afecto que merecen y necesitan, lo que sus padres y su familia extensa no pueden garantizar. Conclusión que no se ve afectada por el hecho que R., al ser oído en audiencia a fs. 214, manifestara que quiere irse a vivir con sus papás porque de la prolija compulsión de la causa se vislumbra que la intención del niño se vincula más con la necesidad de dejar el hogar de albergue que con el deseo real y profundo de vivir junto a sus padres. Según informa DINAF a fs. 307, ``el equipo ha observado indicadores de ansiedad en los niños que responden a la necesidad de regresar a la vivienda con sus progenitores, ya que al volver de las salidas preguntan por qué no pueden quedarse más días, que no les gusta estar en el hogar, han cuestionado que su hermana más chica (8 meses) se quede con los padres y ellos no. Además, han manifestado conductas agresivas que son siempre al volver por insatisfacción de estar otra vez en el hogar. Esta situación también se manifiesta en la minimización y la justificación que R. hace de las agresiones de su padre con A. (véase informe de fs. 316/317). Al respecto, DINAF afirma que en esta conducta ``... se observa manipulación, debido al riesgo que implica poner en conocimiento episodios por los que condicionarían su salida.

Más aún, R. llega al extremo de negar rotundamente que su papá lo haya agredido alguna vez (informe de fs. 330 vta.). Todo lo cual se encuentra en franca contradicción con los resultados de la pericia psicológica de fs. 358 y vta., en la que se concluye que en ambos niños se perciben indicadores compatibles con ser víctimas de violencia, estando fundamentada su crianza en las amenazas y los castigos por parte de los padres. Es que, en definitiva, ``escuchar a los niños, niñas o adolescentes -de conformidad con lo dispuesto por los arts. 5, 12 y cc. de la C.D.N y en especial por los arts. 3 incs. a), b), d); 24 y 27 de la ley 26.061- y por los arts. 26, 639 y 706 del CC y C- no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos colectados en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés... (expte. 231/13, ``M., T. L. C/ V. A. P. P/ TENENCIA , 14/10/2015), el que en el caso, como ya se dijera, radica en que R. y A. pueden vivir en un ambiente familiar libre de violencia y malos tratos.

8) Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación impetrado a fs. 332 por DINAF y ordenar la modificación de la resolución de fs. 322/326, declarando la situación de adoptabilidad de los niños A.M.F.V. y R.G.F.V. En tanto el decisorio apelado será modificado en el sentido apuntado, no resulta necesario expedirse respecto del agravio de la apelante referido al alcance de las facultades del juez de familia al ejercer el control de legalidad de las medidas de excepción dispuestas por la autoridad administrativa (art. 40 de ley 26.061). Por el modo en que se resuelve la cuestión, las costas se impondrán a los apelados por resultar vencidos (arts. 35 y 36 inc. I del C.P.C.). Por lo expuesto la Cámara

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 332 contra la resolución de fs. 322/326, la que queda redactada como sigue: ``I.- Declarar la situación de adoptabilidad de los niños R. G. F. V., DNI N° 51.319.846xxxxxx, y A. M. F. V., DNI N° xxxxxx, hijos del Sr. L. G. F., DNI N° xxxxxx, y de la Sra. S. D. V., DNI N° xxxxxx. II.- Notificar la presente resolución a los progenitores, a DINAF y al Ministerio Pupilar. III.- Dar intervención al RUA-EIA a los efectos pertinentes.

II.- Imponer las costas de alzada a los apelados por resultar vencidos.

III.- Diferir la regulación de honorarios correspondientes a la alzada hasta tanto se regulen los de primera instancia (15 de la ley 3.641).

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y BAJEN.

<i>Dr. Germán Ferrer</i>	Dra. Estela Inés Politino	Dra. Carla Zanichelli
<i>Juez de Cámara</i>	Juez de Cámara	Juez de Cámara