



Registrada bajo el Nro.: 522 (R)Folio Nro.:1129/1133

Expte. Nro. 155214 Juzg. de Familia N° 5

"S., G. M. C. S/ GUARDA DE PERSONA "

Mar del Plata,8.....de Octubre de 2013.

Con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 353/357 por la Sra. S. G. A. contra la resolución de fs. 329/330, del 5 de junio del 2013; y

VISTO:

El presente expediente traído a conocimiento de la Sala Tercera de este Tribunal de Alzada,

CONSIDERAMOS que:

Resulta necesario, como paso previo a la consideración de los agravios, efectuar un breve repaso por los antecedentes que desembocaron en el pronunciamiento apelado. Solo así, a nuestro entender, podría vislumbrarse cuál es la razón que inspirará nuestra decisión.

I. a) Antecedentes:

A fs. 2/3 luce glosado el informe del Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño donde se pone en conocimiento del Tribunal de Familia la adopción de una medida de abrigo, con fecha 16/01/2011, en relación a la menor G. M. C. S. la que es alojada, a los fines del cumplimiento de la medida en el Hogar convivencial - Aldeas Infantiles SOS de Mar del Plata.

A fs. 20/21 y con fecha 5/8/2011 el Tribunal de Familia, haciendo lugar a la solicitado por la Asesora de menores, otorga la guarda institucional de la niña G. M. C. S..

A fs. 142/148 el Tribunal de Familia Nro. 2, con fecha 12/6/2012 ordena el ingreso de los niños N. A., G. S. y C. S. al Hogar D. R., como así también ordena la restricción de acercamiento mutua entre la Sra. S. G. A.,



el Sr. F. M. (pareja de la progenitora) y los menores mencionados.

A fs. 222/223 se encuentra glosado el informe del equipo técnico del CPDeN Dorrego, de fecha 18/10/2012, en el cual los profesionales exponen en relación a la actitud asumida por la madre de los niños. Sr. S. G. A., que se ve en ella *"...una acción diltatoria, un total "manejo" de los dispositivos institucionales, que incluyen una variedad de dichos contrapuestos en el mismo día a diferentes efectores institucionales, así como un continuo ir y volver en cuanto a la necesidad de modificar la situación..."* a lo que agregan que ***"...la Sra. A. "tomó una decisión" que claramente perjudica el mejor interés de sus hijos, exponiéndolos a diversas vulneraciones de derechos..."*** (el resaltado nos pertenece).

A fs. 264/65, obra glosado el informe elevado por el perito psicólogo del equipo técnico del Juzgado de Familia, Lic. Marco Macías, en el cual se transcribe la entrevista que mantuvo con las autoridades del Hogar D. R. -donde se encuentra alojados los niños-, el 4/2/2013, junto con la Consejera de Familia, Dra. Silvina Alvarez Ferrari, señalandoles la Lic. Andrea De Perini que *"...desde que se interrumpieron las visitas al hogar de la progenitora de los pequeños paulatinamente los tres niños han ido pudiendo calmar su angustia y que es significativo en lo conductual el cambio..."* agrega que *"...el corte con la madre debe ser necesario para que los niños transiten experiencias que les den posibilidad de acercarse paulatinamente a "otros adultos" que pudieran ser significativos para la construcción de algún vínculo..."* (ver informe a fs. 264).

Finalmente, con fecha 24 de mayo del corriente el Lic. Marco Macías presenta un informe en el cual valora los dichos efectuados por lo menores en la audiencia mantenida el 23/5/2013, señalando que ***"...se considera que en este momento el encuentro con la madre no es viable. Un contacto materno-filial en este momento podría ser nocivo para los pequeños..."*** (ver fs. 317/vta.).

I. b) Decisión recurrida:



A fs. 329/330 la Sra. jueza de primera instancia resolvió, en primer lugar, autorizar a los Sres. G. G. y L. F., a mantener un régimen de comunicación amplio con los menores N. A., G. S. y C. S., consistente en la posibilidad de retirar los nombrados del Hogar D. R. de ésta ciudad, incluyendo la posibilidad de pernoctar en el domicilio del matrimonio.

En segundo lugar, ordeno la restricción de acercamiento de la Sra. S. G. A. y demás integrantes de su familia biológica -exceptuando a los menores R. A. A. y S. A.- a los niños N. A., G. S. y C. S., a su domicilio y demás lugares donde los mismos pudieren encontrarse, entendiéndose por tales instituciones educativas, ámbitos de recreación, y/o esparcimiento en un radio de 300 metros y hasta nueva resolución judicial.

I. c) Agravios de la apelante:

La Sra. S. G. A. por derecho propio, y con el patrocinio letrado del Dr. Osvaldo Caamaño, defensor de la unidad funcional de Defensa Nº 5, interpuso recurso de apelación a fs. 353/357, fundándolo en el mismo escrito.

Como primer fundamento argumenta que *"...la restricción de acercamiento ordenada resulta infundada, no determina cual es el hecho generador de la acción u omisión entendida en el marco de la violencia familiar que fundamente su adopción, resulta desproporcionada y no establece el tiempo de duración de la misma..."*.

Señala que el decisorio en crisis ordena la medida cautelar de restricción de acercamiento de su persona y demás integrantes de su familia, en protección de los niños, N., G. y C. sin establecer cual es la causa o hecho generador que afecta a los menores tutelados por la medida. Asimismo, entiende que habiendo la jueza de grado aplicado al caso la normativa que brinda la ley de violencia familiar (ley 12.569) debería haber indicado la aplicación concreta de la norma al caso en cuestión.

Sostiene, que también se ha violado el art. 12 de la ley 12.569 en razón de que no se ha establecido el término de duración de la medida, por



lo que - a su entender- disponerla "hasta nueva resolución judicial" puede conllevar a que la restricción de acercamiento sea dispuesta "ad infinitum".

Subraya que la resolución recurrida le causa agravio *"...por tener como consecuencia atentar contra el vínculo efectivo entre la progenitora y los menores institucionalizados, y la posibilidad de fortalecer el vínculo materno filial..."*.

Luego de efectuar un pormenorizado análisis de las normas que disponen el interés superior del niño, sostiene que en el caso de autos se deben aplicar dichos principios para lograr dar la contención y el cuidado de la progenitora a los niños N., G. y C., junto con el deber de supervisión y asistencia de los organismos estatales.

Finalmente critica el decisorio en cuanto a que la obstrucción de su régimen comunicacional con los menores, fundado en único argumento de afianzar el vínculo de estos con el matrimonio inscripto en el Registro de Aspirantes a guarda con fines adoptivos, no valora los efectos nocivos que producen sobre la identidad de N., G. y C..

II.- Tratamiento de los agravios:

II. a) Encuadre jurídico de la medida:

Debemos reconocer que le asiste razón a la apelante, en cuanto a que la medida cautelar de restricción de acercamiento de su persona y los demás integrantes de su familia respecto de sus hijos menores N., G. y C., al menos en los términos en que fue dictada, resulta incompatible con la normativa de la ley de violencia familiar (Ley 12.569), puesto que no establece un límite temporal ni explica situación de "violencia" que lo justifique. Sin embargo, como explicaremos más adelante, nada impide mantenerla con el carácter de medida cautelar genérica a la luz de los principios superiores que rigen la materia (arts. 232, 853 y ccdd.del C.P.C.).

Concretamente la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la



intervención institucional destinada a proteger al menor. Este principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que **la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, ante lo cual, frente al presunto interés del adulto se prioriza el del niño** (Cfr. C.S.J.N., *in re "S., C."*, del 2/8/2005 pub. *"El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios"*, Tagle de Ferreyra, Graciela, directora, Edit. Nuevo Enfoque Jurídico; 2009, Córdoba, pág. 86/87).

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos en la opinión consultiva 17/2000 ha expresado que *"...la expresión "interés superior del niño" -art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño- implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como **criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste...**"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos - 28/08/2002 - Opinión Consultiva OC- 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pub. en L.L. 2003-F, 108, con nota de Carlos A. Carranza Casares; L.L., 2003-B, 313).

Asimismo, debemos valorar que si bien uno de los principios rectores y básicos que derivan de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes es el de permanencia y preservación de los vínculos familiares de origen, mas como no hay derechos absolutos, **ese derecho puede ceder cuando esa preservación no es la medida que más se condice con el principio rector del interés superior del niño**. Esta es la solución que surge claramente del art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (de ahora en más C.D.N.).

En definitiva, cuando el interés superior del niño se enfrenta con otros intereses (vgr. el de los padres), siempre se debe hacer prevalecer al primero (cfr. Art. 3 de la C.D.N. y 3 de la ley 26.061).



Por otra parte, debemos señalar que esta pauta rectora del interés superior del niño, junto con el aporte técnico de los equipos interdisciplinarios, constituyen elementos fundamentales a la hora de decidir qué es lo mejor para el desarrollo integral de los niños, niñas o adolescentes involucrados. Si no existe vinculación con los padres, o **la misma es contraproducente para su protección integral, deberá priorizarse la solución que contemple el pleno desarrollo personal de los derechos del niño, niña o adolescente** (arts. 3, 5, 9, 27 y ccds. de la Conv. Derechos del Niño; 3, 7, 14 y ccds. de la ley 26.061; 1º, 2, 4, 11 y ccds. de la ley 13.298).

Paralelamente valoramos que las medidas cautelares familiares que -como el caso de autos-, tienden a la protección de la salud física o moral de los involucrados, se manifiestan como instrumentos con perfiles propios que escapan de las pautas del derecho procesal dispositivo dirigidas a la protección del patrimonio. Ante lo cual con la cautelar innominada que establece el art. 232 del Código ritual esta cautelares de familia adquieren un perfil propio que se refleja en sus condiciones de procedencia, trámite y la posibilidad de que sean ordenadas de oficio (cfr. Ferreyra de de La Rua, Angelina, *Régimen de contacto como medida cautelar*; pub. en obra colectiva *Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria*, Dir. Faraoni-Ramacciotti-Rossi; Edit. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, pág. 588).

Por esta causa, este tipo de medida cautelares "familiares" no se hallan supeditadas al acreditación de la verosimilitud del derecho con el alcance que se le asigna en las medidas cautelares de orden patrimonial. Basta la comprobación de ciertas circunstancias demostrativas por sí mismas de la situación que se tiende a proteger, para acceder a la protección que se solicita, como así también el peligro en la demora no siempre debe ser estrictamente acreditado o verificado por los jueces pues por regla general surge de la propia naturaleza de la situación que se tiende a proteger.



En consecuencia de ello, y luego de haber efectuado un exhaustivo análisis de las constancias del *sub lite*, observamos que los presupuestos que se deben ponderar al momento de otorgar una medida cautelar generica de restricción de acercamiento -verosimilitud del derecho y peligro en la demora-, se encuentran cumplidos acabadamente.

Efectivamente, las medidas cautelares que se disponen dentro del marco de un proceso atinente a cuestiones de familia se dictan con los elementos que en principio surgen de la causa, y que resultan esencialmente variables, **no resultando necesaria la prueba plena** de la existencia de un derecho o de una circunstancias de hecho, sino su mera acreditación o apariencia de que éste exista, lo cual ha sucedido en autos.

Por ello consideramos que, cuando menos en este estadio procesal y en grado de apariencia, se encuentra acreditada suficientemente la verosimilitud del derecho como así también el peligro en la demora para mantener la medida de restricción de acercamiento de la Sra. S. G., A. con sus hijos N. A., G. S. y C. S. dictada por la Jueza de grado (cfr. Fernández, Silvia, *"Protección cautelar en el derecho de Familia"*, en obra colectiva *"Tratado de las medidas cautelares"*, Dir. Carlos E. Camps, T II, Edit. AbeledoPerrot, Cda. de Bs. As., 2012, pág. 1310).

Finalmente, en relación al agravio referido al plazo de duración de la medida cautelar, y atento a la variación de la normativa por la cual se confirma la restricción de acercamiento de la Sra. G. A. con sus tres hijos (art. 232 CPC), aclaramos que, en el *sub lite*, resulta aplicable lo dispuesto en la segunda parte del art. 203 del código ritual, es decir, que la recurrente podrá solicitar la modificación de la cautela en cualquier oportunidad del proceso, claro está que para ello **deberá aportar nuevos elementos de juicio** (vgr. informes de los profesionales intervinientes acerca del sostenimiento de una terapia individual, etc.) que revelen cambios sustanciales en cuanto a las posibilidades de que la progenitora se acerque a los menores sin poner en riesgo la evolución favorable que los niños han



experimentado a partir del momento en que aquella dejó de irrumpir en el entorno de contención, afecto y cuidado que los niños lograron hasta el momento. Solo así podrá modificar el mantenimiento de la restricción (arts. 203, 232, 853 y ccds. del C.P.C.).

III.- Por ello, citas legales y doctrinarias efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3º ap. b), y 5to, 36, 68, 69, 161, 202, 203, 232, 241, 242, 246, 260, 853 y ccds. del C.P.C. y lo previsto en los arts. 3, 5, 9, 27 y ccds. de la Conv. Derechos del Niño; 3, 7, 14 y ccds. de la ley 26.061; 1º, 2, 4, 11 y ccds. de la ley 13.298

RESOLVEMOS:

I) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 353/358, y en consecuencia, confirmar con los alcances dispuestos en los considerandos el proveído de fs. 329/330, en lo que ha sido materia de agravio;

II) No se imponen costas en atención a la inexistencia de controversia (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.). **REGISTRESE.** Transcurrido el plazo del art. 267 del C.P.C., devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL