



NEUQUEN, 7 de mayo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**M. Z. S. I. S/ MEDIDA DE PROTECCION EXCEPCIONAL DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**", (**JNQFA4 EXP N° 93636/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por las Dras. Patricia **CLERICI** y Cecilia **PAMPFILE**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescente interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 54/55 vta., que rechaza, por el momento, la medida de protección excepcional solicitada, y ordena al Ministerio de Salud y Desarrollo Social la intervención en relación al rol parental de ambos progenitores, trabajo que deberá realizar en forma conjunta con la Defensoría apelante, otorgando un plazo de tres meses a fin de evaluar nuevamente la situación de la niña.

a) La recurrente se agravia entendiendo que ha mediado, de parte de la magistrada de grado, una arbitraria valoración de la prueba.

Dice que la magistrada de primera instancia relata los hechos denunciados por el Centro Hue Quiñe, pero deja de ponderar prueba fundamental para definir y resolver el requerimiento de la Defensoría, fundamentalmente los antecedentes obrantes en expedientes "Milla, Guillermo s/ medida de protección excepcional" y "Zapata, Susana Inés y otro s/ situación ley 2212", como así también lo solicitado a fs. 53 en cuanto a la suspensión de la responsabilidad parental y el requerimiento del informe que establece el art. 607 del Código Civil y Comercial en la vista evacuada a fs.



51/53, entendiendo que la sentencia debe ser nulificada por ello.

Cita jurisprudencia.

Reseña los elementos que, a criterio de la apelante, no han sido considerados por la a quo.

Insiste en que la jueza de grado entiende que la medida es prematura, sin efectuar una ponderación de los antecedentes y de la prueba ofrecida.

Transcribe parte de las conclusiones de la Lic. Cilley, a fs. 43 vta., y señala que el plazo sugerido en ese informe para que el equipo interviniente remita un informe evaluativo es el que ha corrido desde el rechazo de aquella medida de protección excepcional, que provocó que, desde abril de 2017, la progenitora cuente con acompañante domiciliario, como parte de un plan para brindarle fortalecimiento en el ejercicio del rol materno, subsistiendo a pesar de aquellas acciones positivas, para la niña, un entorno desfavorable para su constitución subjetiva.

Afirma que resulta notorio que no ha sido ponderado el arduo trabajo efectuado por el órgano de aplicación de la ley 2.302, y que si bien pudo constatarse que la niña se encontraba aseada y la casa ordenada, del mismo informe se desprende que es por el apoyo recibido de las entidades del Estado, pero subsisten cuestiones de gravedad como el maltrato, la negligencia y la falta de capacidad de la progenitora para proteger a su hija de una posible corrupción en su psiquis.

Se pregunta cuánto tiempo más debe esperarse cuando se han solicitado medidas excepcionales, por carecer la niña de familia extensa y haber llegado a un punto tal que no amerita mayor dilación porque se encuentran vulnerados derechos de la persona menor de edad, al encontrarse expuesta



a maltrato físico, psicológico, negligencia y posible atentado contra su integridad sexual.

Realiza consideraciones respecto del interés superior del niño.

Hace reserva del caso federal.

b) El padre de la niña no contesta el traslado de la expresión de agravios, y la madre lo hace en forma extemporánea.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y analizadas las constancias de la causa y las de los expedientes apiolados (nros. 72.456/2015 y 78.668/2016), entiendo que la resolución recurrida debe ser confirmada.

La situación en la que se encuentra la niña S. I. M. Z. es difícil de evaluar, ya que su familia ha protagonizado una historia crónica de malos tratos físicos y de violencia de extrema gravedad, al punto que ninguno de sus cinco hermanos conviven en el hogar familiar (la mayor fue dada en adopción por la madre, los tres siguientes fueron institucionalizados en la provincia de Río Negro, desconociéndose su estado actual, y G., el más cercano en edad a S.I., se encuentra en proceso de adopción); su hermano G. fue llevado personalmente por la progenitora a una institución estatal, alegando no poder sostener su crianza en razón de la violencia desplegada por el niño; pero la niña S.I no presenta signos de malos tratos físicos, ni tampoco de A.S.I., manifestando un desarrollo acorde a su edad, aunque no pueden ignorarse los indicadores de riesgo para la niña que surgen de los informes realizados en estas actuaciones.

Ahora bien, como en todo trámite en que se encuentra involucrada una persona menor de edad, el prisma con el que deben ser analizadas las circunstancias y adoptadas las



decisiones es el interés superior del niño o niña afectados (art. 706, Código Civil y Comercial).

Asimismo, debe tenerse presente que la separación del niño o niña de su entorno familiar es una medida que debe ser adoptada en casos extremos, ya que el art. 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: *"1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño..."*.

De igual modo, el art. 8 de la ley 2.302 establece que la separación del niño o niña de su familia constituye una medida excepcional y debe estar fundada en el interés superior de aquellos, y agrega que la falta o carencia de recursos materiales, en ningún caso, justificará su separación del grupo familiar.

María Victoria Famá, Andrés Gil Domínguez y Marisa Herrera explican que las causas que posibilitan la adopción de medidas excepcionales como la que se ha peticionado en estas actuaciones son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar. Dicen los autores citados, *"el objeto de ellas debe estar orientado a la cesación de la violación o amenaza de conculcación (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como así también la reparación de los daños que pueden haberse*



impetrado. La naturaleza se relaciona con su limitación temporal, donde rige el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y por ende, su fin último es posibilitar que con la adopción de esta clase de medidas se pueda regresar a la normalidad. En otros términos, que estas medidas sólo pueden prolongarse siempre y cuando persistan las causas (excepcionales) que las justificaron.

"A su vez en este marco cabría distinguir tres tipos de situaciones fácticas que darían lugar a la separación de un niño de su familia: 1) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual y de conformidad con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño a su familia en un sentido amplio de conformidad con el art. 7 del decreto 415/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo; b) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño de su núcleo familiar (por ejemplo, situaciones de abuso sexual o abandono de un niño en la vía pública), y c) los supuestos fácticos donde ellas comienzan siendo advertidas como causa de separación transitoria, pero dicha provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción... Dando cuenta de los problemas hermenéuticos que ha planteado la utilización de la categoría del interés superior del niño regulada en el art. 3 de la ley en análisis, y con miras a reducir la discrecionalidad y ambigüedad de su aplicación, el decreto reglamentario 415/2006... profundiza la estructura conceptual expuesta cuando establece que la garantía del interés superior del niño, niña y adolescente posibilita la separación o no permanencia en el medio familiar al momento en que se verifiquen "circunstancias graves que amenacen o causen



perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuera víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño” (cfr. aut. cit., “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, LL 2007-D, pág. 876).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II (autos “D.S., M. s/ Abrigo”, 5/9/2017, Rubinzal Online, 62130), con voto de Dr. Jorge M. Galdós, ha sostenido que *“el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los infantes a crecer en el seno de una familia y en un ambiente de amor y comprensión. Debe tenerse presente que en resguardo del interés superior del niño y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso despojado de toda concepción ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro plexo constitucional por imperio de la reforma de 1994...La familia es concebida como el núcleo de socialización primaria de todo niño dentro del que debe vivir, crecer y desarrollarse hasta que alcance su plena autonomía de manera paulatina o progresiva. La Convención sobre los Derechos del Niño, admite de manera expresa que la familia constituye la institución primordial para que los niños, niñas y adolescentes desarrollen el ejercicio pleno de sus derechos, pero ello no es un derecho absoluto sino, como todos los derechos, tiene un límite y es que sea en beneficio o en el interés superior del niño (arts. 7 y 9 de la CDN; Herrera, Marisa, “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 17). Resulta*



menester recordar que tratándose de menores debe estarse primordialmente a lo que mejor convenga al superior interés del niño, entendiéndose éste como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática, para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso...Asimismo, el principio del interés superior del menor proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que los tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquellos”.

Conjugando los conceptos reseñados, y conforme lo ha entendido la jueza de grado, no se advierte que en la situación de S.I. se den aquellas circunstancias excepcionales que permitan la separación de la niña del núcleo familiar en el que se encuentra inserta.

Surge de las constancias de la causa que la niña no presenta lesiones físicas que indiquen la existencia de maltrato, como así también se ha descartado abuso sexual.

S.I. se encuentra escolarizada, concurriendo a la sala de 4 años del Jardín de Infantes n° 42 de esta ciudad, a la vez que es llevada por su madre a los controles periódicos en el Hospital Heller, encontrándose al día con el calendario de vacunación.

El informe social obrante a fs. 44/47 de estas actuaciones señala, *“al momento de la entrevista se apreciaron buenas condiciones de orden e higiene, no impresionando una cotidianeidad caótica...El grupo familiar presenta una situación*



socioeconómica precaria, de suma vulnerabilidad. Ninguno de los adultos posee trabajo estable. La Sra. Z. realiza trabajos esporádicos de limpieza y el Sr. A. de albañilería.

"S.Z. cuenta con ayuda social institucional (aporte económico para el abono del alquiler) y percibe la asignación universal de ANSES.

"De lunes a viernes asisten al comedor comunitario a fin de garantizar una comida al día...El grupo familiar concurre desde hace un mes a una iglesia evangélica, participando incluso S.I. de la escolita para niños...La niña ha incorporado al Sr. A. como figura paterna...El Sr. A...se dirige con afecto a S.I., haciendo alusión a momentos a solas que comparte con la misma, como llevarla a la plaza, por ejemplo...La Sra. Z. referencia positivamente el acompañamiento de la figura de apoyo y equipo técnico, siendo el Sr. A. quién moderadamente introduce algunos cuestionamientos respecto de algunas intervenciones, como por ejemplo: prohibirle a S.I. llamarlo papá, no cumplir la cantidad de horas estipuladas, entre otros. Desde el Centro Hue Quiñé, informan que la intervención de la acompañante se vió interrumpida por la actitud hostil del Sr. A...niega que exponga a la niña a videos pornográficos, mencionando que ha sido propaganda que le llega a su teléfono celular y que S.I. a veces manipula, ya que juega con el mismo. Misma posición de negación asumen ambos adultos cuando se aborda la forma en que ponen límites a la niña, negando haberla privado de alimentos como forma de castigo. Expresan que han pasado hambre por falta de alimentos, por la situación socioeconómica que atraviesan".

Concluye la licenciada en servicio social del Equipo Interdisciplinario: *"De los datos observables durante la entrevista domiciliaria no surgen indicadores inmediatos de riesgo para la niña en la permanencia en el grupo familiar...La niña S.M.Z. se encontraba aseada, adecuadamente vestida, en un*



hábitat limpio y ordenado. Se mostró muy espontánea en la entrevista. Sus necesidades de atención médica e inclusión en un espacio educativo han sido cubiertas por los adultos referentes. No obstante, se presume que estas acciones son realizadas con la ayuda y/o impulsadas por el equipo interviniente (ya sea dupla psicosocial o acompañante)...Se observa que, desde la ruptura del vínculo de opresión y violencia vivenciado con el Sr. M., la Sra. Z. ha ejercido su rol materno de manera permanente con asistencia externa ya que individualmente presenta condicionantes estructurales para un adecuado desempeño del mismo; asociados a su historia de maltrato, abandono, institucionalización prolongada y escaso nivel de instrucción.

"Pese a que esta asistencia del rol materno lleva ya dos años, la Sra. Z. continúa presentando una alta dependencia respecto de terceras personas y a modo de pronóstico, se estima que siempre requerirá de la ayuda externa. Se aprecian dificultades para la comprensión de indicaciones básicas relativas al cuidado de la niña".

Por su parte, la psicóloga interviniente (informe de fs. 42/43 vta.) sostiene respecto de la progenitora que en lo relativo al rol materno, se revelan importantes e históricas dificultades en sus posibilidades de sostenerlo, "evidenciándose repetidas pérdidas de sus hijos. En la particularidad con S.I. dicho rol surge ligado a la satisfacción de necesidades básicas. Demanda de la niña cuestiones que superan lo esperado para su edad cronológica. Esto inevitablemente conlleva frustración para S., pudiendo reconocer que apela al castigo físico como modalidad de puesta de límite".

En cuanto a la niña, la profesional psicóloga señala que muestra cierta cautela al abordar asuntos referidos a la vida familiar, con actitudes evasivas; "hace



principalmente mención al Sr. A.V. a quién llama papá, mostrando sobre él aspectos negativos ("me pega cuando me porto mal") como positivos ("jugamos a las escondidas", "me lleva a la plaza"). Respecto a su progenitora, sus alusiones denotan una posición pasiva.

"El material obtenido revela un funcionamiento psíquico acorde a su edad cronológica, tanto desde lo cognitivo como desde lo emocional. Se evidencia que cuenta con un caudal de recursos subjetivos que superaría lo esperado para la etapa vital que atraviesa, pudiéndose inferir que ello sería compatible con esfuerzo de sobreadaptación, esfuerzo que podría estar ligado a endebles figuras adultas en su entorno cercano... Respecto a S.I., se infiere que no resultaría su actual entorno el más favorable para su proceso de constitución subjetiva. Por ello, se considera de suma importancia que se trabaje con la progenitora en pos de procurar el desarrollo de habilidades maternas".

Surge de los informes referidos que, como lo señaló la perito psicóloga, el entorno familiar de S.I. no es ideal, y tampoco es el más adecuado para el desarrollo integral de la misma, pero no están dadas las condiciones de gravedad que habiliten la exclusión de la persona menor de edad de dicho entorno familiar, aunque sea transitoriamente.

Dejo de lado la precaria situación económica de la familia, ya que ella, bajo ningún punto de vista, justificaría el apartamiento de la niña.

El riesgo que acecha a S.I. es, en realidad, la poca o nula idoneidad de la madre para desempeñarse como tal pero, en este momento, esta incapacidad materna no tiene la entidad que torne procedente la medida requerida por la Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.



Rescato de la madre la aceptación de la ayuda externa, y el hecho que en los años que lleva recibéndola, y si bien es cierto que depende de esta asistencia externa, ha avanzado respecto del aseo y orden del hogar, como así también en la escolarización de su hija y controles médicos. No creo que pueda verse como reproche que la madre haya adoptado estas decisiones en orden a su hija como consecuencia de la asistencia externa, en tanto tal asistencia externa tiene como objetivo precisamente la adopción de estas conductas de cuidado materno-filial.

Los aspectos negativos de la vinculación familiar: puesta de límites mediante castigos físicos; poca diligencia en evitar el acceso de la niña a contenidos destinados a adultos; algunos aspectos de la dinámica de la convivencia cotidiana como la ropa que se usa dentro de la casa, o al momento de dormir, entiendo que pueden ser superados mediante el acompañamiento externo, al que la madre y su actual pareja se muestran permeables, más allá de algunos inconvenientes habidos.

Consecuentemente, coincido con la solución propuesta por la jueza de grado, ya que no aparece una vulneración de derechos de la persona menor de edad que aconseje la separación del núcleo familiar. Si es cierto que la situación de S.I. requiere de un control estricto y periódico, y quizás en el futuro, si no se revierten los aspectos negativos de la dinámica familiar, puede adoptarse alguna otra medida de protección, pero no en este momento.

Ello así porque el interés superior de S.I. requiere que se respete su derecho a ser criada y cuidada por sus progenitores (en este caso, por la madre), y a crecer en el seno de su familia, aunque ella sea ensamblada.



No dejo de advertir que la historia familiar es negativa, pero entiendo que debe darse la posibilidad a S.I. de permanecer en el hogar familiar, y no seguir el camino de sus hermanos, más aún, cuando actualmente, y tal como surge de los informes reseñados, no existen indicadores de riesgo inminente respecto de la niña.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y confirmar el resolutorio recurrido.

Sin costas en la Alzada, dada la naturaleza del presente trámite.

La Dra. Cecilia **PAMPHILE** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 54/55 vta., sin costas de Alzada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - Dra. CECILIA PAMPHILE
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria