NEUQUEN, 28 de marzo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"G. B. C. S/ GUARDA" (JNQFA4** Nº **43240/2010),** venidos nuevamente a esta **Sala II**, integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI**, 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 progenitora de los niños de autos interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 142/143 vta., que no hace lugar al reintegro de M. y B. peticionado por la recurrente, y dispone con carácter cautelar no innovar en la situación de cuidado personal de los niños por el término de treinta días, período en el cual deberán promoverse las acciones de fondo correspondientes.

a) La recurrente se agravia porque, si bien la resolución apelada reconoce su derecho a que sus hijos permanezcan bajo su cuidado, y que el plazo de la guarda se encuentra ampliamente cumplido, como así también que los niños se encuentran en una indefinición jurídica, rechaza el pedido de reintegro.

Entiende que esa decisión la coloca en estado de indefensión, ya que no obstante reconocer que le asiste razón, rechaza lo pretendido, alterando la consecuencia lógica del reconocimiento.

Se queja de que se mande a iniciar las acciones correspondientes, señalando que tal decisión vulnera su derecho de defensa, ya que ha hecho uso de la vía correspondiente para poder ejercer su responsabilidad parental.

Considera que la resolución de grado carece de fundamentación suficiente, más aún cuando ni siquiera se ha tenido en miras que la voluntad de sus hijos puede estar influenciada por el adulto que ha estado a cargo de su cuidado.

Critica que no se haya mencionado norma alguna para rechazar su petición, no valorándose los hechos expuestos respecto de la violencia de la que fue víctima de parte de su madre, ni la presión que sus hijos sufren de parte de su abuela.

Dice que no se ha ponderado el interés superior del niño.

Sigue diciendo que vagamente se ha señalado que los niños han estado bajo el cuidado de la abuela, pero ello no implica que la madre no pueda retornar a ocuparse de ellos.

Señala que existe prejuzgamiento de parte de la a quo ya que manda a la abuela a promover las acciones de fondo.

Manifiesta que no puede considerarse en forma integral lo manifestado por sus hijos, conforme lo hace el dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño, ya que si bien los niños cuentan con autonomía para expresarse, no puede dejar de ponderarse el tiempo que ha transcurrido sin que mantengan contacto con su mamá, y la actitud obstaculizadora de la abuela.

Se agravia también porque la sentencia de primera instancia nada dice del contacto con sus hijos, además de no adoptarse una solución integral para el grupo familiar, dilatando en el tiempo una situación fáctica que no cuenta con resguardo jurídico.

Cita prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de la ley 26.061.

Formula reserva del caso federal.

b) La abuela materna de los niños contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 152/154 vta.

Dice que la resolución apelada se funda en los dictámenes del psicólogo del Equipo Interdisciplinario y de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Agrega que la voluntad e intención de los niños fue el principio rector en este proceso, y entiende que el rechazo del reintegro se funda en el interés superior de ellos.

Sigue diciendo que los niños fueron debidamente oídos y su opinión fue tenida en cuenta y valorada para llegar a la resolución adoptada.

Rechaza el prejuzgamiento denunciado por su contraria.

Recuerda que la madre nunca pidió la revinculación con sus hijos, sino directamente el reintegro.

c) A fs. 163 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, propiciando la confirmación de lo decidido por la jueza de primera instancia.

Dice que frente a la colisión de intereses de los niños con los adultos, el de los primeros es el que debe prevalecer, con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, adelanto opinión respecto a que no le asiste razón a la recurrente.

Si bien el plazo por el cual se ha decretado la medida de no innovar se encuentra vencido, versando la mayor parte de los agravios sobre el rechazo de la petición de

restitución de los hijos a la madre, corresponde abordar el tratamiento de la apelación.

A contrario de lo que sostiene la apelante, la resolución de primera instancia se encuentra fundada, respeta el derecho de defensa de la peticionante y, principalmente, preserva el interés superior de la niña B. y el joven M.

Surge de estas actuaciones que M., hoy de 14 años de edad, y B., actualmente con 10 años de edad, viven bajo el cuidado de su abuela materna desde prácticamente el nacimiento de cada uno de ellos, con poco o nulo contacto con su madre, conforme lo ha reconocido ella misma.

Solamente esta circunstancia justifica el rechazo de la petición de reintegro de los hijos a la madre. Más allá del derecho de los hijos a ser criados por sus progenitores, y de la madre a criar a sus hijos, estamos ante una situación de hecho y jurídica (la abuela cuenta con la guarda judicial de sendas personas menores de edad) que se ha extendido durante catorce años para el mayor de los hermanos, y durante diez años para la niña, y que abarca toda la vida de las personas menores de edad hasta el presente.

No se puede, entonces, de un día para el otro, alejar a B. y M. de su ámbito familiar actual, para llevarlos a convivir con su mamá y el grupo familiar de ésta (esposo y suegro) –ver fs. 110-.

El art. 25 de la ley 2.302 garantiza a niños, niñas y adolescentes el derecho a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias.

En el grupo familiar de origen de B. y M. no estuvo la mamá, siendo reconocido por ellos como conformado por la abuela y el tío, con quienes han generado vínculos afectivos en los que sustentan la convivencia como familia.

Es posible que la progenitora pueda, en el futuro, insertarse en este grupo familiar, o que los hijos reconozcan como familia al grupo conviviente de la madre, pero ello no sucede ahora, por lo que corresponde respetar el derecho enunciado en el ya citado art. 25 de la ley 2.302.

Pero además, ambas personas menores de edad han manifestado su voluntad de no convivir con su mamá.

El informe del licenciado Cabezas –profesional psicólogo de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente-, obrante a fs. 138/139 de autos da cuenta del resultado de las entrevistas individuales realizadas a B. y a M.

Con respecto a B., en esa época de nueve años de edad, el informe da cuenta que: *"Respecto de su madre biológica sobre quién evidencia un distanciamiento subjetivo, llamándola por su nombre L., refiere estar en conocimiento respecto de la citación a Defensoría, manifestando con decidida convicción su negación a convivir con su progenitora, "Yo no quiero ir con ella", "siempre viví con la abuela". Relata que en ocasiones se ven y comparten una merienda en el centro, situación que señala no es con frecuencia, sin compartir otros espacios y actividades.*

"Agrega que la intención de L. es "que convivamos con ella" pero expresa que además de su negativa, su residencia no cuenta con las condiciones habitacionales, conviviendo además otras personas, familiares de su pareja…a quienes describe como problemáticas y conflictivas".

En relación a M., entonces de trece años de edad, informa que: *"Respecto de su madre biológica también la llama por su nombre L., con quién manifiesta un distanciamiento afectivo, si bien reconoce que tiene la oportunidad para poder vincularse expresa que no siente el deseo de hacerlo, "yo*

puedo ir a verla pero no tengo ganas". Evidencia sentimientos de malestar y angustia ante la posibilidad de tener que retirarse de su ámbito familiar al cual reconoce de pertenencia y sentirse alojado por haber transitado toda su infancia, manifestando su decisión de permanecer conviviendo con la Sra. V..

"Asume un posicionamiento crítico respecto de L. …acompañado de cierto malestar por vivenciar sentimientos de abandono respecto de su crianza, demandando falta de atención y vinculación afectiva en momentos de su niñez, "nunca vino, nunca se preocupó por nosotros", "ni para los cumpleaños me saluda". Agrega que en la vivienda de L. convive mucha gente con conductas de consumo de alcohol, en la cual no se ha sentido a gusto…".

Como vemos, la voluntad de los hijos ha sido claramente expresada.

Si bien es cierto que nunca puede descartarse la influencia de adultos sobre las niñas y niños y los jóvenes, la opinión manifestada por los hermanos de autos aparece respaldada, y hasta lógica, a la luz de la vida de ambos, la que ha transcurrido desde su nacimiento y hasta el día de hoy, bajo el cuidado de la abuela materna.

Esto no quiere decir que en un futuro la situación no pueda ser revertida, pero en la actualidad no están dadas las condiciones para que B. y M. sean restituidos a su progenitora.

Y estas circunstancias son las que ha tenido en cuenta la a quo para fundar su decisión. Claramente sostiene la jueza de grado que, si bien existen los derechos de la madre, ello no puede llevar a otorgar en forma automática el reintegro de los niños a la progenitora, por cuanto los mismos

han estado al cuidado de la abuela materna desde sus respectivos nacimientos.

De lo dicho se sigue que no solamente la sentencia de primera instancia se encuentra fundada, sino que, además, preserva adecuadamente el interés superior de M. y B., evitando la alteración abrupta de su vida familiar.

III.- En cuanto a las acciones que la jueza de grado manda promover, tal decisión no importa la afectación del derecho de defensa de la recurrente, desde el momento que la exhortación es a ambas partes y no solamente a la abuela materna.

De hecho, surge del sistema Dextra que la apelante ha promovido juicio por régimen de comunicación con sus hijos, con fecha 20 de noviembre de 2018 (posterior al dictado de la sentencia recurrida), el que se encuentra en trámite, y aparece como una vía procesal más idónea para lograr la revinculación materno-filial.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la segunda instancia, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión traída a conocimiento de la Alzada, y que la madre pudo entender razonablemente que contaba con derecho para litigar, se imponen en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCPyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en las sumas de $ 4.300,00 para la Dra. ... –Defensora Oficial patrocinante de la progenitora-; y $ 4.300,00 para el Dr. ... –patrocinante de la abuela-, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, y 15 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando **GHISINI 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. 142/143 vta.

II.- Imponer las costas por la actuación en la segunda instancia, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCPyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en las sumas de $ 4.300,00 para la Dra. ... –Defensora Oficial patrocinante de la progenitora-; y $ 4.300,00 para el Dr. ... –patrocinante de la abuela-, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, y 15 de la ley 1.594.

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. FERNANDO GHISINI
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria