

50756

Gral. San Martín, Mendoza, 23 de Abril de 2007.-

AUTOS y VISTOS: Los presentes autos N°50756/07, caratulados; “**ROSALES, Rodrigo Orlando y N.N. hijo de Marta E. Escudero) P/MEDIDA TUTELAR**”, en estado de resolver la situación de los niños Rodrigo Orlando Rosales y Rocío Bianca Rosales ante la remisión efectuada por el Juzgado de Paz de La Paz, después de haber adoptado las medidas tutelares que le habilita la Ley 6354, y ante la conmoción pública que han provocado las medidas adoptadas, habiendo dado lugar a la intervención de la Comisión de Derechos Humanos dependiente de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia del Gobierno de Mendoza,; y

CONSIDERANDO:

I- Que el caso se enmarca dentro de la competencia tutelar de los Juzgados de Familia, en lo prescripto por el art. 53 Inc. b) de la Ley N° 6354, en cuanto resulta necesario “*decidir sobre la situación familiar de menores e incapaces en casos que los mismos hubieran sufrido o pudieren sufrir perjuicio por...descuido o trato negligente...mientras se encuentren bajo la custodia de los padres...*”.

Así fue que, ante la denuncia policial radicada en la Comisaría 22° de La Paz sobre el riesgo de vida que corría un pequeño de aproximadamente dos años, el que habitaba junto a su madre en una pieza ubicada en el predio del ferrocarril, usurpada, por haber sido visto parado entre las vías, en ocasiones de transitar trenes, lo que había puesto sobre aviso a los maquinistas para tener precaución en ese lugar. Recibida la denuncia por el Juzgado de Paz con jurisdicción en el lugar, toma la intervención que le habilita el art. 198 inc. b) de la Ley 6354, y ordena practicar pericia social en el lugar y pericia psíquica a la progenitora.

La trabajadora social del C.A.I. a cargo de la medida se comunica telefónicamente con el Juzgado de Paz e informa que el pequeño se llama Rodrigo Orlando, hijo de Marta Edith Escudero y de Simón Rosales, de dos años de edad, el que se encuentra en grave riesgo moral, material y físico: al arribar, el pequeño se encontraba circulando por las vías del ferrocarril y su mamá durmiendo; en el domicilio existen ratas y murciélagos; arriba de la mesa habían huesos viejos y sucios, y el niño mordía una pata de pollo sucia y vieja; aparentemente, la madre podría padecer algún retraso mental, y se encuentra embarazada de cinco meses; concluyendo que es necesaria la

intervención del Tribunal (constancia fs. 13). Al elevar el informe respectivo (fs.28 y vta), la trabajadora social ratifica la situación adelantada telefónicamente: la habitación que habitan forma parte de un tanque de agua en desuso, de pequeñas dimensiones, no tiene ventanas, sólo dos puertas; la puerta de ingreso se ubica a tres metros de las vías, y la otra abertura está a un metro de las vías del ferrocarril, por donde pasan trenes de carga; la higiene del lugar es deplorable. No cuentan con sanitarios. La madre y el niño almuerzan en la guardería, y la cena no es habitual. Hace aproximadamente un año que viven en ese lugar (fs.28/vta).

Se practica pericia psíquica a la progenitora. El informe indica que Marta Escudero tiene un *“funcionamiento cognitivo compatible con un nivel intelectual fronterizo”*; *“dispone de escasos recursos internos por lo que no logra efectuar procesos reflexivos; en el área del pensamiento priman los contenidos concretos; a nivel afectivo se percibe vinculada a su hijo, no obstante su conducta durante la entrevista evidencia cierta limitación para percibir adecuadamente situaciones de riesgo para el niño”*. Concluye que *“presenta ciertas limitaciones externas (económicas y ambientales), e internas (mayormente intelectuales) que frente a su embarazo avanzado puede concluirse que tanto ella como su hijo se encuentran en situación de vulnerabilidad”*, por lo que se considera conveniente indagar en la red familia si existe un adulto responsable que pueda colaborar en su protección (conf. fs.27).

Comparecen al Juzgado de Paz las hermanas de Marta Escudero, Sras. Viviana Escudero, Gladys Escudero y Miriam Escudero, las que declaran que su hermana no es una persona normal; no la pueden contener, no acepta consejos ni opiniones sobre su vida y ni sobre la crianza de sus hijos (acta fs. 14).

Al día siguiente, nuevamente se presentan al Juzgado los tíos maternos, Sres. Viviana Escudero, José Luis Escudero, Gladys Esther Escudero, y los progenitores del niño causante, Marta Edith Escudero y Simón Rosales. Este último reconoce no ser el padre biológico de Rodrigo, si del bebé por nacer; y la progenitora ratifica que Rodrigo no es hijo de Rosales, y que lo reconoció para ayudarla económicamente.

El 29 de Diciembre de 2006, se otorga la guarda tutelar de Rodrigo a su tía materna Sra. Viviana Escudero (conf. fs.18).

En Febrero de 2007, la psicóloga de la Dirección de Promoción

Social y Vivienda de la Municipalidad de La Paz, Lic. Miriam Quiroga, eleva un informe de Marta Edith Escudero. Indica que *“se evidencia una alteración o déficit de la actividad actual en relación a la comunicación, cuidado personal, habilidades sociales e interpersonales, utilización de recursos comunitarios, actividades académicas funcionales, trabajo, salud, seguridad; el nivel de capacidad con el que cuenta le permite moderadamente algún tipo de formación laboral y de sus cuidados personales, movilizarse de un lugar a otro, siempre y cuando le resulten familiares; para que estas acciones resulten efectivas necesita supervisión de un contexto contenedor, que refuerce permanentemente estas habilidades; en la actualidad, no es esta la situación social de Marta, siendo evidente el deterioro de sus capacidades y de su calidad de vida en general”*; *“no cuenta actualmente con tratamiento psiquiátrico y/o psicológico que logre un mejor aprovechamiento de su potencialidad, cuenta sólo con el abordaje social que le permite satisfacer mínimamente sus necesidades básicas”* (fs.29).

El 14 de Febrero de 2007, la Sra. Gladys Ester Escudero, denuncia en el Juzgado de Paz que su hermana Marta ha dado a luz una niña el pasado 7 de Febrero; que se encuentra viviendo en la casa de Paulina Rosales y es conocido en La Paz la vida que tiene esta mujer, el trato que le da a sus hijos y a su familia; no sabe por qué pone tanto celo en el cuidado de su hermana, desconoce cuáles sean sus verdaderas intenciones, pero cree que maneja a su hermana, y pretende irse a vivir con ella a la casa que han prometido a Marta, y administrarle la pensión por incapacidad que están gestionando en el municipio; nuevamente el Sr. Rosales va a reconocer a la hija de Marta, pero ella cree que no es el padre; el Sr. Rosales no ha ido a ver a Marta ni la ayuda en nada, y cree que sólo desea reconocer a la niña para que lo incluyan en el Plan Familia; el Sr. Rosales vive con una señora de apellido Cuello, que es esquizofrénica, le cobra la pensión, y no tiene ninguna intención de formar una familia con Marta (acta fs. 50).

Se practica encuesta ambiental en el nuevo domicilio denunciado. La vivienda es de propiedad de la Sra. Pascua López, quien reside con su hija Paulina Rosales y los cinco hijos de ésta, cuyas edades oscilan entre los 18 años y los 7 años. Al momento de la visita se observa hacinamiento, las condiciones habitacionales son precarias. Durante el diálogo, la delegada actuante observa una forma de vinculación violenta en sus integrantes, especialmente de Paulina hacia sus hijos; evidencia en Marta marcadas limitaciones para asumir su propia subsistencia y aún más la función materna.

Considera que el grupo familiar Rosales es un grupo de vinculación violenta con pautas culturales marginales (fs. 124 y vta).

El 19 de Febrero del corriente año, se presentan en el Juzgado de Paz el matrimonio formado por Miguel Ángel Viñals y Dora Viviana Robledo, quienes expresan llevar nueve años de casados, haber intentado sin éxito tener hijos, y después de haber realizado lo posible y lo imposible para poder procrear, decidieron anotarse en el RUA, en el 2º Juzgado de Familia, inscripción que data del 2 de Junio de 2005; a través de sus familiares, han tomado conocimiento de la difícil situación en que se encuentra la bebé, hija de su prima lejana Marta, y por ello se ha presentado al Tribunal para que la actuante supiera que ellos cuentan con todas las posibilidades para recibir a la niña (acta fs. 125).

El 21 de Febrero, el Juzgado de Paz, decide otorgar la guarda tutelar de la bebé N.N. Escudero al matrimonio Viñals-Robledo, y dispone que por intermedio de una trabajadora social del C.A.I. se retire a la pequeña, para su posterior entrega en el Tribunal a sus guardadores (resolución de fs. 127/129); medida que se efectiviza según informe de fs. 146. A fs. 142 obra acta dando cuenta la notificación a los progenitores de la guarda dispuesta respecto de la bebé, y el Sr. Rosales informa haber reconocido a la niña, a la que han llamado Rocío Bianca Rosales.

A fs. 149 y vta. el Ministerio Pupilar toma intervención, se notifica de todo lo actuado y dictamina que considera adecuadas las medidas tutelares adoptadas en relación a ambos niños, solicitando se practique un diagnóstico socio-ambiental en el domicilio de los guardadores de la niña, lo que se ordena a fs. 150, y el informe se agrega a fs. 156 y vta.

A fs. 154 el Juzgado de Paz dispone la remisión de la causa al Juzgado de Familia en Turno Tutelar, siendo recepcionado por este Primer Juzgado de Familia el 28 de Marzo del corriente.

Hasta aquí, el relato de los hechos y de las actuaciones procesales llevadas a cabo por el Juzgado de Paz de La Paz, relacionadas con la situación denunciada de Rodrigo Orlando Rosales y de Rocío Bianca Rosales, hijos de Simón Rosales y Marta Edith Escudero, según copias de nacimiento agregadas a fs. 140 y 144.

II- Recepcionada la causa por este Primer Juzgado de Familia, se dispone en primer lugar correr vista de todo lo actuado al Ministerio Pupilar. El mismo día de la recepción del expediente en la sede del Tribunal

(28/03/07), se presenta la Dra. Ana Micaela Alterio, Coordinadora de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Justicia, y mantiene una entrevista personal con la suscripta y la Sra. Asesora de Menores, donde hace conocer su preocupación por la situación en la que ha quedado la Sra. Escudero después de la medida adoptada; aclara que la intervención de la Comisión de Derechos Humanos se debe a la denuncia efectuada ante ese organismo por vecinos de la Sra. Escudero; que ella ha mantenido entrevistas personales con la Sra. Escudero, el Sr. Rosales y con la madre del Sr. Rosales; son personas muy humildes, no están declaradas incapaces; la Sra. Escudero se encuentra muy angustiada por la situación, ya que se encontraba amamantando a la bebé; desea recuperar a su hija, e ignora dónde se encuentra; la medida adoptada y la forma cómo se implementó ha exasperado a los vecinos (constancia fs. 159).

El Tribunal dispone la citación de los progenitores para el día 4 de Abril

del corriente, a fin de ser evaluados por el C.A.I. Salud Mental, para obtener elementos que permitan discernir sobre la capacidad de cada uno de ellos para ejercer los roles paternos, y la conveniencia y oportunidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, suspendido por las medidas tutelares adoptadas.

Asimismo se dispone la citación del matrimonio guardador de la pequeña Rocío Bianca para el día 10 de Abril, quienes comparecen según acta de fs. 160, y expresan estar en conocimiento que poseen una “guarda tutelar” de la pequeña.

El día viernes 13 de Abril, el C.A.I. Salud Mental completa las pericias de los progenitores, y la suscripta mantiene entrevista personal con ellos y con la guardadora de Rodrigo y su esposo. De esa audiencia surge que si bien, en principio, el matrimonio Frías-Escudero no tienen inconvenientes en asumir también la guarda tutelar de Rocío, dado la mala relación que mantienen con el Sr. Rosales y su familia, como la no muy buena relación que tienen con Marta, no creen poder respetar y promover un régimen de visitas de los padres hacia sus sobrinos; y en ese mismo acto, el Sr. Rosales manifiesta su deseo que ambos niños sean albergados en una Familia Cuidadora para poder ellos visitarlos sin inconvenientes.

Al lunes siguiente -16 de Abril-, se presentan espontáneamente en el Tribunal los hermanos de Marta Escudero, Sres. Viviana Escudero, Raúl Antonio Escudero, Gladys Ester Escudero y Miriam Escudero, y el cuñado,

Sr. Martín Miguel Frías. Los Sres. Frías-Escudero comunican a la suscripta y a la Sra. Asesora de Menores que están dispuestos a asumir a Rocío junto a Rodrigo, y que no tienen inconvenientes que su madre los visite, todos los días, en el domicilio, e incluso colabore en el cuidado de sus hijos Rodrigo y Rocío; hacen saber que podría implementarse un régimen de visitas para ambos padres, un día a la semana en la sede del Juzgado de Paz de La Paz, supervisado por los profesionales del C.A.I. Asimismo, los hermanos de Marta Escudero solicitan se practique examen de ADN a los niños.

El día jueves 19 de Abril, nuevamente se presentan en forma espontánea, la Sra. Viviana Escudero, acompañada por su hermana Gladys Escudero y el esposo de ésta. Sr. Eusebio Contreras. La Sra. Viviana Escudero expresa a la suscripta y a la Sra. Asesora de Menores que se presentó en su domicilio una mujer y le pidió no aceptara tener a Rocío, que hablara en el Tribunal para que la pequeña quedara con el matrimonio guardador; aclaran que ellos no han comentado nada de lo que se habló en la audiencia privada mantenida con ambas magistradas; Marta se ha aparecido en el domicilio escondiéndose detrás de los árboles; ha tenido problemas con su hermano Raúl Escudero, quien desea que ella le entregue la bebé a Marta. Por todo lo expuesto, manifiesta no querer arriesgar a su propia familia, descuidarla ni tener problemas por hacerse cargo de los sobrinos, de allí que ha decidido desistir de la guarda de Rodrigo y de la posibilidad de tener a Rocío.

III- El relato tan pormenorizado de los hechos y actuaciones judiciales obrantes en autos, tiene la finalidad de ayudar a comprender desde el punto de vista legal y humano la difícil situación a resolver: dos pequeños hermanos que se encuentran viviendo separados de sus padres -a quienes se les cuestiona su capacidad para ejercer los roles paternos-, y también viven separados entre ellos -el mayorcito, de dos años, con la familia de una tía materna, y la bebé, de tres meses de edad, con un matrimonio guardador, sin hijos-.

Resulta necesario, para comprender la decisión a adoptar, encuadrar correctamente la intervención del Tribunal de Familia.

La ingerencia del poder judicial en la vida familiar de Marta Escudero y de sus hijos, se produce por la denuncia efectuada por un ciudadano, vecino de la zona de residencia de la Sra. Marta, quien hace saber sobre la situación de riesgo en que veía al pequeño Rodrigo; situación de riesgo que es corroborada por la trabajadora social cuando asiste al domicilio

y comprueba in situ el estado en que se encontraban el pequeño Rodrigo y su madre embarazada.

De la lectura del informe social agregado a fs. 28 y vta, surge evidente la falta de protección integral del pequeño Rodrigo y del ser por nacer: vivienda inadecuada, sin ventilación suficiente, sin aseo, implantada en un lugar riesgoso, muy próxima a las vías de ferrocarril donde transitan trenes de carga, sin adecuada contención, tanto Rodrigo como su mamá, ya que ella cursaba un embarazo avanzado, estaba sola y en cama por no sentirse bien, mientras su hijo de dos años estaba afuera de la vivienda, sobre las vías del ferrocarril.

Al evaluar psicológicamente a Marta Escudero, se observa un nivel intelectual fronterizo; escasos recursos internos que no le permiten efectuar procesos reflexivos; ligada afectivamente a su hijo, pero con limitaciones para percibir adecuadamente las situaciones de riesgo para el niño. Por ello, se considera que tanto la madre como el niño se encuentran en situación de vulnerabilidad, dado las limitaciones externas e internas que padecen, y se sugiere indagar en la red familiar para buscar adultos responsables que puedan brindar protección a la madre y al niño.

Así entonces, la alternativa de otorgar la guarda tutelar de Rodrigo a su tía materna resultó ser una medida adecuada en ese momento, máxime ante el estado de gravidez avanzado que tenía su madre.

Cuando Marta Escudero da a luz a su bebé, Rocío Bianca, se traslada a vivir a otro lugar: a la casa de Pascua López, madre del Sr. Simón Rosales. En ese lugar reside además Paulina Rosales, hija de Pascua y hermana de Simón, la que tiene cinco hijos; duerme en una cama con su beba, y al lado duerme el hijo de Paulina, de 18 años. En la vivienda se observa hacinamiento, y las condiciones habitacionales son precarias. Se trata de un grupo familiar que mantienen vinculaciones familiares violentas, especialmente la Sra. Paulina con sus hijos; con pautas culturales marginales.

Frente a los informes psicológicos y sociales, y ante el nacimiento de la bebé, dado la presencia de una mamá con limitaciones para ejercer su rol y sin contención de adultos responsables para la crianza de esa niña, se resuelve otorgar la guarda tutelar al matrimonio Viñals-Robledo, quienes se habían presentado ante el Tribunal comunicando la posibilidad de asumir la niña.

IV- Tanto la Sra. Marta Escudero como el Sr. Simón Rosales han expresado

ante los medios de prensa el deseo de recuperar a sus hijos. También lo han manifestado a esta magistrada; sin embargo, este deseo, lógico y consecuente del hecho de ser padres, debe ser avalado por elementos de prueba idóneos y necesarios que garanticen a ambos niños la protección integral que amparan la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional N° 26.061, y la Ley Provincial N° 6354, dado la situación que motivó la intervención del Poder Judicial.

La Convención sobre los Derechos del Niño desde su Preámbulo, reconoce que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños; por ello debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; y **el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.** De allí que los Estados Partes –siendo nuestro país uno de ellos al aprobarla por Ley N° 23849-, se comprometen **asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres.**

Por su parte, la Ley N° 26.061 tiene por objeto la **protección integral de los derechos** de las niñas, niños y adolescentes, para **garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente** de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte; los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el **principio del interés superior del niño**, entendiendo este como la **máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.**

La Ley Provincial N° 6354 establece que el objeto de la misma es la **protección integral del niño y del adolescente**, como **sujeto principal de los derechos** establecidos en la misma y el ordenamiento legal vigente; **el Estado garantizará el interés superior de los mismos, en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles las oportunidades y facilidades para el desarrollo físico, psíquico y social.**

En estos principios radica el nudo de la situación tutelar producida. ¿Están estos padres en condiciones de ofrecer a sus hijos, de tan sólo tres años y tres meses de vida, la protección integral a que tienen derecho como sujetos? ¿Pueden Rodrigo y Rocío crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y

armonioso desarrollo de su personalidad? ¿Pueden Marta Escudero y Simón Rosales garantizar a sus hijos Rodrigo y Rocío, el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente? ¿Pueden Marta Escudero y Simón Rosales comprender el principio del interés superior de sus hijos como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley, brindándoles las oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social?

Estos son los interrogantes del caso. Si bien Marta y Simón “desean” recuperar a sus hijos, vivir todos juntos, hacerse cargo de ellos, es responsabilidad de esta magistrada interceder en la situación familiar para garantizar a estos dos niños, Rodrigo y Rocío, de sólo tres años uno y tres meses la otra, el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico vigente, para que tengan las oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Hasta este momento, las pericias sociales practicadas en el hogar de los niños, donde residía su madre; y las pericias psíquicas de ambos padres, no arrojan respuestas favorables para proceder a ese reintegro.

De las entrevistas personales mantenidas con los progenitores y con los familiares de la madre, surge que Marta y Simón no conforman una pareja estable. El Sr. Rosales tiene otra mujer, con la que convive desde hace 21 años, y la que se encuentra enferma. Con Marta se relaciona desde hace tres años, aproximadamente, pero sin convivir con ella.

Surge de las constancias de autos, de lo expuesto por Marta Escudero y por Simón Rosales, que Rodrigo no es hijo biológico del Sr. Rosales, lo “reconoció”; y también habría dudas sobre la paternidad biológica de Rosales respecto de Rocío.

En la entrevista mantenida con la Dra. Claudia Gómez, psiquiatra del C.A.I., y con la Lic. Estela Moreno, psicóloga de dicho Cuerpo, el Sr. Rosales relata que pasaba tiempo con ambas mujeres (Sra. Cuello y Sra. Escudero); que hacía más de un año que vivía con la Sra. Escudero en la casilla del ferrocarril donde fue encontrada con su hijo Rodrigo; que el lugar donde se encuentra ahora residiendo la Sra. Escudero -la casa de su madre, Sra. Pascua López-, es transitorio, no pueden vivir allí porque no tienen espacio; que anteriormente la Sra. Escudero vivió en la casa de su madre, la

Sra. Pascua López, pero discutían porque a Marta no le gustaba que su “suegra” le reclamara que se ocupara más del niño, que no saliera tanto, que no se fuera a bailar; también expresa que vivieron dos meses en un pesebre de un caballo; reconoce también que Marta en algún momento se dedicaba a la prostitución, por lo que no sabe quién es el padre de Rodrigo; relata que él también se crió en casa cuna, desde bebé hasta los diez años, y cuando fue reintegrado a su familia se escapó, vivió en la calle, hasta que formó su primer pareja, consumió alcohol desde los 12 años, y afirma haberlo dejado hace varios años.

La Sra. Escudero, por su parte, expresa a las profesionales que ella estaba bien con su hijo en la casilla del ferrocarril; que debieron haberle avisado que la iban a ir a ver; afirma que no corría peligro Rodrigo en las vías del tren porque “*cuando sentía el ruido, salía corriendo*”; también afirma que vivía sola en esa casilla, y el Simón iba a cada rato.

Las pericias psíquicas e informes psicológicos indican,
respecto del Sr.

Simón Rosales (conf. fs. 165/166):

- A nivel de pensamiento priman los contenidos concretos, tiene

dificultad en elaborar procesos reflexivos;

- En su personalidad presenta indicadores psíquicos de impulsividad,

tiende a describirse en forma idealizada, como contenedor y responsable, no efectuando análisis autocríticos de ninguna índole;

- Su concepto de pareja y de familia es atípico, no incluye cualidades

como la convivencia efectiva, la estabilidad de un hogar, asumir como responsabilidad sostenida en el tiempo a las personas con las que se relaciona;

- No se advierten vínculos afectivos sólidos en el plano de pareja;
- Evidencia falta de recursos psíquicos internos para percibir la

problemática, con muy baja capacidad de alarma y tendencia a esperar soluciones de parte de su entorno, lo que implica rasgos de personalidad pasivo dependientes;

- Respecto de los menores, no se percibe vínculo afectivo significativo

de tinte parental –en las técnicas no aparecen ninguno de los niños-;

- Se concluye que *“no representa una figura adulta responsable*

como para compensar las limitaciones de la progenitora; el ejercicio de la función paterna no se encuentra edificado”.

Respecto de la Sra. Marta Escudero, existen dos pericias psíquicas y un informe psicológico (conf. fs. 27/vta, 29 y 165/166). De ellos surge:

- Su funcionamiento cognitivo es compatible con un nivel intelectual

fronterizo;

- En su personalidad se percibe una autoestima baja, impulsividad e

inmadurez psicoafectiva;

- Dispone de escasos recursos internos, por lo que no logra efectuar

procesos reflexivos;

- En el área del pensamiento priman los contenidos concretos;
- A nivel afectivo, se percibe vinculada con su hijo, sin embargo se

evidencia cierta limitación para percibir adecuadamente situaciones de riesgo para el niño;

- Se evidencia una alteración o déficit de la actividad actual en

relación a la comunicación, cuidado personal, habilidades sociales e interpersonales, utilización de recursos comunitarios, actividades académicas funcionales, trabajo, salud y seguridad;

- Su nivel de capacidad le permite moderadamente algún tipo de

formación laboral, de sus cuidados personales, movilizarse de un lugar a otro; pero para que estas acciones resulten efectivas, necesita de un contexto contenedor y que refuerce permanentemente estas habilidades;

- Presenta funciones psíquicas enlentecidas;
- En su personalidad prevalecen los rasgos pasivo dependientes;

no cuenta con recursos internos suficientes como para proponerse metas y alcanzarlas, se encuentra supeditada a la ayuda de otros; tiene muy bajo nivel de expectativas;

- Se siente victimizada; no se cuestiona su desempeño del rol

materno;

- A nivel afectivo se encuentra ligada a sus dos hijos; no obstante su

capacidad empática está disminuida pues se centra en sí misma;

- Respecto a su pareja, no se advierten vínculos sólidos;
- **Se concluye que “presenta marcadas limitaciones psíquicas para**

el ejercicio de la función materna que le impiden contener a los menores en forma autónoma; precisa de acompañamiento y supervisión permanente para la crianza de sus hijos; estimándose necesario que reciba orientación psicológica tendiente a afianzarla en el ejercicio del rol materno”.

V- Condensando los elementos psíquicos y sociales obtenidos mediante

la intervención del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, y las entrevistas personales mantenidas con los padres y familiares de la madre, advierto que, hasta ahora, la Sra. Marta Escudero y el Sr. Simón Rosales no han conformado una pareja estable que asumiera en forma responsable la paternidad-maternidad que ostentan legalmente; que ambos presentan limitaciones para el ejercicio del rol parental: el Sr. Rosales no demuestra vínculo afectivo significativo de tinte parental, no representa una figura adulta responsable como para compensar las limitaciones de la progenitora, el ejercicio de la función paterna no se encuentra edificado; y la Sra. Escudero presenta marcadas limitaciones psíquicas para el ejercicio de la función materna que le impiden contener a los menores en forma autónoma, precisa de acompañamiento y supervisión permanente para la crianza de sus hijos.

Sí considero prudente y oportuno, teniendo en cuenta el marco normativo dentro del que estamos interviniendo –competencia tutelar-, ofrecer a lo padres la oportunidad de mejorar los aspectos destacados en los distintos informes recabados, definirse en cuanto a la relación entre ellos, resolver satisfactoriamente el aspecto habitacional teniendo en miras sus hijos, cumplimentar orientación psicológica para obtener las herramientas necesarias a fin de cumplir adecuadamente los roles parentales.

Teniendo en cuenta este “periodo de prueba” a que deben ser sometidos estos progenitores, considero atinado albergar ambos niños -hermanos de corta edad-, en el Programa de Amas Externas de la DINAADYF, Zona Este, a fin de garantizar a ellos y a sus padres la posibilidad de mantener contacto. Asimismo, permitirá al Tribunal supervisar

ese contacto para obtener más elementos que despejen las dudas que aún pesan sobre estos padres respecto de la posibilidad o no de asumir en forma responsable e integral la patria potestad que ostentan sobre sus hijos menores de edad.

VI- Párrafo aparte merece la situación que se ha producido respecto de la guarda tutelar de Rocío otorgada al matrimonio Viñals-Robledo. Y digo esto porque no puedo desconocer lo que ellos mismos expusieron en oportunidad de presentarse en el Juzgado de Paz al ofrecerse como posibles guardadores: su condición de matrimonio con trece años de casados, sin posibilidad de engendrar, y con anhelos de adoptar un bebé.

Considero que debe también pensarse en este matrimonio, que si bien dicen comprender los alcances de la guarda tutelar otorgada, en el fuero íntimo de su ser abrigan expectativas de adopción respecto de la pequeña Rocío; expectativas que hoy no pueden asegurarse, pues resulta necesario primero determinar si la pequeña es susceptible de una declaración de desamparo que habilite su adoptabilidad.

Dado las reales expectativas que abrigan los Sres. Miguel Ángel Viñals y Dora Viviana Robledo, considero necesario no someterlos a la difícil situación de mantener la guarda tutelar de la pequeña y deber soportar un régimen de comunicación con los progenitores, con la posibilidad siempre latente de un reintegro al grupo familiar de origen. Justamente, estimo más ajustado a la situación en las que ellos se encuentran, “liberarlos” de esta guarda tutelar asumida, a fin de continuar expectantes en la lista de pretensos adoptantes en la que se encuentran inscriptos.

VII- Conforme lo expuesto y analizado, compartiendo en un todo lo dictaminado por la Sra. Asesora de Menores -con quien hemos celebrado las distintas audiencias mantenidas y trabajado profundamente y con plena conciencia el principio de inmediatez, tan importante en este fuero-, estimo necesario albergar a los hermanos Rodrigo Orlando Rosales y Rocío Bianca Rosales en el Programa de Amas Externas dependiente de la DINAADYF, Zona Este, autorizando a ambos progenitores a visitar a sus hijos, con la supervisión del Equipo Técnico de la DINAADYF, para evaluar el resultado de dichas visitas, imponiendo a la progenitora la obligación de recibir orientación psicológica para afianzar el ejercicio del rol materno.

Consecuentemente con lo dispuesto, deberá darse por concluidas las guardas tutelares dispuestas a fs. 18 respecto de Rodrigo Orlando Rosales,

y a fs. 127/129 respecto de Rocío Bianca Rosales (en ese momento bebé N.N. hija de Marta Edith Escudero).

Así mismo, dado las dudas suscitadas respecto de la verdadera paternidad de los niños, coincido con el Ministerio Pupilar en la necesidad de practicar examen de ADN a ambos niños y sus padres, debiendo efectuarse el mismo a través del Cuerpo Médico Forense, y amparados en la Ley 7130.

VII- En consecuencia, conforme lo previsto por las normas citadas y lo dispuesto por los Arts. 104, 179 y 180 inc. g) y j) de la Ley 6354,

RESUELVO:

1) DAR POR CONCLUIDAS las guardas tutelares dispuestas a fs. 18

respecto de Rodrigo Orlando Rosales, y a fs. 127/129 respecto de Rocío Bianca Rosales (en ese momento bebé N.N. hija de Marta Edith Escudero).

2) ORDENAR EL ALBERGUE de los hermanos menores de edad

RODRIGO ORLANDO ROSALES, D.N.I N° 45.586.385, y ROCIO BIANCA ROSALES, D.N.I. N° 47.727.220, en el Servicio de Amas Externas dependiente de la DINAADYF, Zona Este.

3) A fin de cumplimentar la medida dispuesta en el Punto 2), ORDENAR

la citación de los Sres. Miguel Ángel Viñals, Dora Viviana Robledo y Viviana Escudero, quienes deberán comparecer a los estrados del Tribunal acompañados de los niños Rocío Bianca Rosales y Rodrigo Orlando Rosales, y a los progenitores Sres. Simón Rosales y Marta Edith Escudero para el día veintitrés de Abril próximo a las once horas, oportunidad en que todos los citados deberán ser notificados de la presente y los pequeños deberán ser trasladados por una Trabajadora Social del C.A.I. al Ama Externa seleccionada por la DINAADYF Zona Este.

4) AUTORIZAR VISITAS a ambos progenitores

respecto de sus dos hijos,

las que deberán ser supervisadas por el Servicio Técnico de la DINAADYF, Zona Este, conforme las condiciones y modalidades que dicho organismo arbitre, debiendo informar al Tribunal sobre el cumplimiento, desenvolvimiento y resultado de las mismas, teniendo en miras la obtención de elementos que despejen las dudas que pesan sobre los padres respecto a la posibilidad o no de asumir en forma responsable e integral la patria potestad que ostentan sobre sus hijos menores de edad.

5) IMPONER a la Sra. Marta Edith Escudero la obligación de recibir orientación psicológica para afianzar el ejercicio del rol materno, conforme lo dictaminado por el C.A.I. Salud Mental a fs. 166.

6) PRACTICAR EXAMEN DE ADN a los menores Rodrigo Orlando Rosales y Rocío Bianca Rosales, y a sus padres, Sres. Simón Rosales y Marta Edith Escudero, por intermedio del Cuerpo Médico Forense, amparados en la Ley 7130.

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. OFICIESE. CUMPLASE.

50756

Gral. San Martín, Mendoza, 24 de Setiembre de 2007.-

AUTOS y VISTOS: Los presentes autos N°50756/07, **caratulados; “R., Rodrigo Orlando y N.N. hijo de Marta E. Escudero) P/MEDIDA TUTELAR”**, en estado de resolver la solicitud de reintegro efectuada por los Sres. Marta Edith E y Simón R. a fs. 260 y vta, a través de su mandataria según poder acompañado a fs. 200/201, respecto de sus hijos menores de edad R. O. R. y R. B. R.; y

CONSIDERANDO:

I- Que los antecedentes del caso se encuentran ampliamente desarrollados

y analizados en el auto de fs. 173/179, oportunidad en que el Tribunal dispuso el albergue de los niños R. O. y R. B. en el Servicio de Amas Externas de la DINAADYF por un período máximo de tres meses.

La decisión adoptada respondió a la necesidad de garantizar la protección integral de los pequeños, hasta tanto sus padres cumplimentaran una serie de medidas impuestas con el fin de ayudarlos a asumir responsablemente los derechos y las obligaciones de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad.

De las constancias obrantes en autos, posteriores al albergue, se desprende con claridad que la intervención tutelar del Tribunal permitió obtener un encuadre social y familiar más venturoso y estable para los pequeños junto a sus padres.

Recordemos que en el primer momento de la intervención judicial, la pericia psicológica efectuada por el C.A.I. a la progenitora, en Diciembre de 2006 (conf. fs. 27), dictamina que Marta Edith E. posee un *“funcionamiento cognitivo compatible con un nivel intelectual fronterizo”*; *“dispone de escasos recursos internos por lo que no logra efectuar procesos reflexivos; en el área del pensamiento priman los contenidos concreto”*; *“presenta ciertas limitaciones externas (económicas y ambientales), e internas (mayormente intelectuales)...”*. Y la psicóloga de la Dirección de Promoción Social y Vivienda de la Municipalidad de La Paz, Lic. Miriam Quiroga, informó el 9 de Febrero de 2007 (conf. fs.29) que *“se evidencia una alteración o déficit de la actividad actual en relación a la comunicación, cuidado personal, habilidades sociales e interpersonales, utilización de recursos comunitarios, actividades académicas funcionales, trabajo, salud, seguridad; el nivel de capacidad con el que cuenta le permite*

moderadamente algún tipo de formación laboral y de sus cuidados personales, movilizarse de un lugar a otro, siempre y cuando le resulten familiares; para que estas acciones resulten efectivas necesita supervisión de un contexto contenedor, que refuerce permanentemente estas habilidades; en la actualidad, no es esta la situación social de Marta, siendo evidente el deterioro de sus capacidades y de su calidad de vida en general”; “no cuenta actualmente con tratamiento psiquiátrico y/o psicológico que logre un mejor aprovechamiento de su potencialidad, cuenta sólo con el abordaje social que le permite satisfacer mínimamente sus necesidades básicas”.

II- Al decidir la medida de albergue, me preguntaba si la Sra. Marta Edith E. y el Sr. Simón R., estaban en condiciones de ofrecer a sus hijos la protección integral a que tienen derecho como sujetos; si podían R. y R. crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; si podían Marta Escudero y Simón Rosales garantizar a sus hijos R. y R., el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente; si podían Marta E. y Simón R. comprender el principio del interés superior de sus hijos como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley, brindándoles las oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social (conf. auto fs. 176 vta, tercer apartado).

Ahora es el momento de responder esos interrogantes.

Con la intervención del Tribunal, y la colaboración de distintos organismos involucrados en la problemática familiar social de esta pequeña e incipiente familia, se ha podido avanzar en pos de la protección integral de los pequeños, respetando su derecho primario a convivir en el seno de su familia biológica (Preámbulo y Arts. 7, 9 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Efectivamente, desde el albergue provisorio de los niños en el Servicio de Amas Externas de la DINAADYF, sus padres tomaron conciencia de la necesidad de recibir ayuda psicológica, y de mantener un apoyo humano externo a la comunidad familiar primaria (padre e hijos), que sirviera de soporte para que pudieran cumplir adecuadamente los roles parentales a los que la naturaleza les había dado oportunidad.

Surge de los certificados e informes psicológicos de la Lic. Miriam Elizabeth Quiroga, terapeuta de los Sres. Escudero y Rosales, obrantes a fs. 199, 219/220, 223/228, 255/258, que ambos progenitores han acudido

regularmente a las sesiones establecidas. El último informe contiene información demostrativa de la situación actual de la pareja parental:

- *“La Sra. E. presenta mejor estado de ánimo y mayor motivación basada*

en la esperanza de recuperar a sus hijos. Manifiesta mediante diversas conductas la responsabilidad que comprende, acepta indicaciones y propuestas para lograr mayor eficacia en el desempeño de su rol mostrando amplia capacidad adaptativa. Comprende desde la profundidad de su afecto hacia los niños que el aprendizaje de nuevas posturas y la reorientación de conductas ya adquiridas redundarán en el beneficio de los niños y consecuentemente de sí misma. Experimentar la posibilidad de compartir tiempo con sus hijos con mayor frecuencia ha fortalecido el espíritu de la paciente afirmando paulatinamente una actitud positiva frente al futuro. Esta actitud se ve favorecida por el permanente apoyo que recibe de su contexto cercano y de los vecinos en general. En síntesis se observa que la Sra. Escudero alcanza paulatinamente los objetivos propuestos en el inicio de esta intervención psicológica, conservando determinadamente su deseo e intención de recuperar a sus hijos”.

- *“El Sr. R. ha asistido sistemáticamente a las entrevistas. Mantiene como*

objetivo primordial realizar todas las acciones posibles para conseguir que Rodrigo y Rocío retornen a su ámbito primario de vida. Un factor importante a destacar es el fortalecimiento del vínculo parental, puesto que esta lucha mantenida por el Sr. Rosales ya no responde solamente a su deseo de “ayudar a Marta” como puede haber sido planteado en un primer momento, sino también como su necesidad afectiva de permanecer con los niños, y lo que es aún más valioso, la consideración que es junto a ellos como padres donde los niños se encontrarán cuidados, protegidos y queridos”.

- *En la última entrevista realizada el 21 de Julio del corriente, oportunidad*

en que se reunió a todo el grupo familiar se observó : “Vínculo afectivo profundo entre la Sra. E. y sus hijos, y entre el Sr. R. y ambos niños; vínculo afectuoso y de respeto entre los padres; clara y marcada necesidad de contacto mutuo y permanente entre los cuatro miembros familiares; muestras permanentes de afecto del niño hacia ambos padres; puesta clara de límites desde ambos, con mayor énfasis desde la imagen paterna”.

- *Concluye: “tanto la Sra. E. como el Sr. R. se encuentra en*

condiciones de afrontar juntos la responsabilidad que implica la estructuración de una red familiar primaria y su mantenimiento a través del tiempo. A pesar del alto costo y desgaste emocional que este proceso ha alcanzado en la vida de estas personas, vale la pena rescatar la firmeza con la que han sostenido sus convicciones y sus objetivos, reafirmando como prioridad el bienestar de los niños y su unión como pareja”.

Las variadas **pericias sociales** practicadas en el domicilio donde reside la progenitora – conf. fs. 215/216, 245/246, 251/vta- han corroborado la situación actual de Marta E. y de Simón R.: Marta convive con el matrimonio Z-A, en forma provisoria, hasta tanto le entreguen una casa en el B° Boyero de la zona; se ocupa de las tareas de la casa, desempeña tareas domésticas remuneradas en el S.U.T.E., satisface básicamente las necesidades y requerimientos de sus hijos, con la supervisión de los otros adultos que residen con ella.

Mientras se mantuvo el albergue de los niños en el Servicio de Amas Externas del DINAADYF, los progenitores visitaron a los niños en la casa del Ama Externa. De esas visitas el Equipo Técnico informa: *“los progenitores han cumplido con el régimen de visitas oportunamente acordado con ellos y la institución. Las tareas que competen al rol materno que le fueron propuestas por la Sra. Cuidadora, fueron bien desempeñadas. El vínculo afectivo que tiene con sus hijos se encuentra conservado”.* Y concluye: *“las visitas observadas se desarrollaron en un contexto recortado e influido por variables ajenas al contexto natural donde ejercen los roles parentales espontáneamente dentro de la cotidianidad, por lo que la evaluación que pudiera efectuarse en este marco resulta limitada”* (conf. fs. 236/237).

Es por ello que a partir del mes de Julio se autorizaron visitas de los niños, los fines de semana, en la casa donde reside la progenitora en La Paz, encargándose los progenitores de retirar y reintegrar los pequeños al Ama Externa. Asimismo, se dispusieron controles por el C.A.I., Área Social, en el momento de tales visitas, para constatar el desarrollo de las mismas, el estado de los niños, del lugar, el desenvolvimiento de lo pequeños y de los adultos presentes en el momento del control social. Con esa modalidad se efectuaron dos controles (conf. fs. 245/246, 251).

El Equipo Técnico de DINAADYF sugiere al Tribunal permitir que los niños prolonguen su estadía con los progenitores, dado que resulta necesario dar por finalizada esta primera etapa de adaptación implementada,

surgiendo un estado ambivalente del pequeño Rodrigo, quien espontáneamente pide estar con su mamá (conf. fs. 263/265). Por ello, a partir del 27 de Julio próximo pasado se autorizó las visitas de los niños en el domicilio de los padres, permaneciendo con ellos hasta nueva disposición del Tribunal; y se encomendó a un asistente social del C.A.I. constatar in situ el desarrollo de las visitas, en dos oportunidades, informes agregados a fs. 274/275 y 279.

Del último control domiciliario (fs. 279) se destaca: *“los niños se observan limpios y muy bien vestidos; el desenvolvimiento de Rodrigo es bueno, natural y alegre; manifiesta gustarle estar en esa casa y se lo observa muy ligado a su hermana; la niña está permanente en brazos de la madre; sonrío ante la presencia del hermano; se solicitan las libretas de salud de los pequeños y ambos presentan un último control médico el 31 de Julio del corriente; Rodrigo asiste a la guardería “Reina Batata” de 13,30hs a 16,30hs, siendo trasladado por su madre; la Sra. E. sigue trabajando Lunes, Miércoles y Viernes de 15 a 18hs; el Sr. Rosales viene a diario a visitar a los niños y colabora con leche, pañales y mercadería”*. Concluye: *“los menores se encuentran en buen estado y adaptados a la nueva situación”*.

También se incorpora en autos el resultado de la **prueba de ADN** efectuada a los padres y a los niños, la que arroja el siguiente resultado: se excluye la existencia de vínculo biológico de paternidad del Sr. Simón R. respecto de R. O. ; y la existencia de vínculo biológico de paternidad del Sr. Simón R. respecto de R. B. R, con una probabilidad de paternidad superior al 99,99% (conf. fs. 270).

III- Al analizar la decisión a tomar, hace cinco meses atrás, consideré *“prudente y oportuno, teniendo en cuenta el marco normativo dentro del que estamos interviniendo –competencia tutelar-, ofrecer a lo padres la oportunidad de mejorar los aspectos destacados en los distintos informes recabados, definirse en cuanto a la relación entre ellos, resolver satisfactoriamente el aspecto habitacional teniendo en miras sus hijos, cumplimentar orientación psicológica para obtener las herramientas necesarias a fin de cumplir adecuadamente los roles parentales”*.

Con las medidas dispuestas en el auto de fs. 173/179, buscaba someter a los progenitores a un “periodo de prueba” para obtener más elementos que despejaran las dudas respecto de la posibilidad o no de asumir en forma responsable e integral la patria potestad que ostentan sobre sus hijos menores de edad.

Las limitaciones psíquicas de Marta Edith E. para asumir en forma autónoma el ejercicio de la función materna, evidentemente, no pueden superarse en tres meses de tratamiento psicológico; pero con el tratamiento iniciado ha logrado encontrarse en mejor estado de ánimo, aceptar indicaciones y propuestas para lograr mayor eficacia en el desempeño de su rol, mostrar amplia capacidad adaptativa, comprender desde la profundidad de su afecto hacia los niños que el aprendizaje de nuevas posturas y la reorientación de conductas ya adquiridas redundarán en el beneficio de los niños y de sí misma.

Por su parte, el Sr. R, mediante la terapia implementada, mantiene como objetivo primordial realizar todas las acciones posibles para conseguir que Rodrigo y Rocío retornen a su ámbito primario de vida; ha fortalecido el vínculo parental, evidencia necesidad afectiva de permanecer con los niños, y considera que es junto a ellos como padres donde los niños se encontrarán cuidados, protegidos y queridos.

Es así que la Lic. Quiroga, terapeuta de ambos padres, sostiene que *“tanto la Sra. E. como el Sr. R se encuentran en condiciones de afrontar juntos la responsabilidad que implica la estructuración de una red familiar primaria y su mantenimiento a través del tiempo”*.

Asimismo, el entorno humano que rodea a la mamá es conciente de la necesidad de acompañamiento permanente en la crianza y educación de sus hijos, a quienes ama y protege primariamente. Por esta razón, en dos ocasiones, la suscripta junto con la Sra. Asesora de Menores e Incapaces, entrevistaron a la Sra. Mabel Adelina N y al matrimonio Z-A, quienes se han comprometido, en especial la Sra. N, a ser soporte de esta mamá para que los niños puedan seguir junto a ella, en el ámbito de pertenencia de su grupo familiar primario, brindando la ayuda necesaria y el acompañamiento que permita a Marta, criar y educar a ambos niños.

En la última entrevista mantenida con los papás y los niños, éstos estaban muy saludables; Rodrigo, muy apegado a su mamá; los padres expresaron asistir semanalmente al tratamiento psicológico; tienen posibilidades que en un mes les entreguen la vivienda, y cuando Marta vaya a vivir con sus hijos al nuevo hogar, la Sra. N ya ha buscado una persona para que la ayude en la crianza de sus hijos; el Sr. Rosales expresa su deseo de

contraer matrimonio con Marta (conf. acta fs. 289).

IV- De las variadas medidas implementadas –albergue de los niños en Amas Externas, tratamiento psicológico de los padres, visitas de los papás en el lugar de albergue, visitas de los niños en el domicilio de la mamá con control social, permanencia junto a su mamá con controles sociales- se han obtenido suficientes elementos objetivos para analizar cuál es el interés superior de los pequeños hermanos Rodrigo y Rocío.

Como observa Inés M. Weinberg: “El interés superior del niño es un término flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así, el interés superior del niño dependerá de circunstancias específicas. Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño” (“Convención sobre los Derechos del Niño”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, Pág.101-102).

Hoy por hoy, Rodrigo y Rocío necesitan de su madre, quien ha demostrado fehacientemente, amarlos, pues se sometió y cumplimentó todas las exigencias impuestas desde el Tribunal: cambió de domicilio, asiste regularmente a tratamiento psicológico, trabaja. Y otro tanto ha hecho el Sr. Rosales, quien se haya más involucrado en la situación de los niños como padre, y con miras a regularizar la relación familiar.

Asimismo, existen adultos responsables dispuestos a apoyar a esta mamá, para que pueda mantener sus hijos junto a ella, criarlos y educarlos: el Sr. Rosales, la Sra. N y el matrimonio Z-A, además de otros vecinos de la zona, conocedores de la historia familiar de Marta y sus hijitos que defienden el derecho de esta madre de permanecer junto a sus pequeños.

En defensa del derecho primario de todo hijo de vivir junto a sus padres, y existiendo cimientos fácticos que vislumbran posibilidades de resguardar la protección integral de Rodrigo y de Rocío, corresponde reintegrar el ejercicio de la patria potestad a sus padres Marta Edith E y Simón R.

Sin perjuicio de ello, y coincidiendo con lo dictaminado por el Ministerio Pupilar, estimo conveniente se practiquen controles domiciliarios

mensuales por el término de tres meses, a través del C.A.I.

V- En consecuencia, conforme lo previsto por los arts. 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 264 y conc. del C.Civil, arts. 180 inc. c) de la Ley 6354,

RESUELVO:

1) **ORDENAR EL REINTEGRO** del ejercicio de la patria potestad de los niños R O R y R B R a sus padres Marta Edith E y Simón R.

2) **PRACTICAR controles domiciliarios por intermedio del C.A.I., Área Social**, en forma **mensual** y por el **término de tres meses**, a fin de constatar el estado de los niños.

3) **NOTIFICAR** a los progenitores, al Ministerio Pupilar y a DINAADYF, Zona Este.

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. OFICIESE.

NIÑOS EN RIESGO PRECISAN JUECES QUE SE ARRIESGUEN

Eduardo José Cárdenas ¹

Se trata de un caso interesante, muy bien llevado y resuelto. No lo voy a resumir, para que el lector interesado no se pierda los detalles de los hechos. La lectura de los dos fallos que enmarcaron el proceso lo pondrá también en contacto con el pensamiento del juez durante los meses en que éste se desarrolló. Podrá entonces elaborar sus propios comentarios y agregarlos a los que haré a continuación.

1. El juez en su segunda sentencia dice que los “padres tomaron conciencia de la necesidad de recibir ayuda psicológica y de mantener un apoyo humano externo a la comunidad familiar primaria (padre e hijos), que sirviera de soporte para que pudieran cumplir adecuadamente los roles parentales a los que la naturaleza les había dado oportunidad. (...) Las limitaciones psíquicas (de la madre) para asumir en forma autónoma el ejercicio de la función materna, evidentemente, no pueden superarse en tres meses de tratamiento psicológico”.

A mi entender el magistrado, más que poner su confianza en cambios internos de los protagonistas, se inclinó por anudar redes sociales fragmentadas. Su instinto no le falló y en realidad no hizo más que, sin muchos prejuicios y hasta contraculturalmente, tomar los datos que la realidad del caso le ofrecía pero que otro juez podría haber desechado y hasta enfrentado agresivamente. Así por ejemplo:

A. En la primera sentencia está consignado cómo la madre y el niño vivían en soledad y con riesgo grave para este último, pero también se dice cómo, cuando el niño fue internado, las hermanas,

hermanos, cuñados y cuñadas de la madre reaccionaron de inmediato con conductas que alternaron entre el duro juicio de condena hacia ella y una incipiente colaboración.

B. También colaboró, a su manera y quizás interesadamente, la vecina que prestó a la madre y al hijo un pobrísimo lugar en su propia casa, donde también vivían una hija y cinco nietos.

C. Fue muy importante la intervención de los vecinos de la madre, también reseñada en el fallo. Ellos se movilizaron a favor de ella y, cuando le quitaron el hijo, formularon una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos. El juez aparentemente no se molestó por esta actitud y siguió trabajando con la red social viva que rodeaba a esta mujer, y que ya se había puesto de manifiesto como un recurso a utilizar (recurso que al existir a la vez revelaba que la salud mental de la protagonista no podía estar tan deteriorada como aparecía).

D. Esa red social que podríamos llamar “natural” se complementó luego con la red “profesional” impuesta por el sistema judicial: el juez, sus colaboradores, la terapeuta, los asistentes sociales, etc. La madre y el padre de la criatura (en realidad “las dos criaturas” porque a esta altura ya ha habido otro nacimiento), al aceptar esta red profesional, mostraron que estaban acostumbrados a “trabajar en equipo” y éste fue otro lado fuerte del caso.

E. El padre de los chicos (que tiene, además de la madre de ellos, otra mujer, enferma mental, a la que no había abandonado – quizás por una mezcla de piedad e interés) hizo una denuncia ante los medios de prensa. Denuncia de la cual también se hizo eco el juez en su sentencia y que no lo predispuso en contra del denunciante: al contrario, la vio como una expresión de su “deseo de recuperar a sus hijos”. Buscando apoyos exteriores eficaces,

añado por mi cuenta.

F. Cinco meses después, en la segunda sentencia, aparecieron nuevos personajes de ayuda. La madre convivía ahora “con el matrimonio Z-A, en forma provisoria, hasta tanto le entreguen una casa” en un barrio de la zona.

G. Además el S.U.T.E. (no sé qué esconde esta sigla, quizás un sindicato) le había dado trabajo y desempeñaba allí “tareas domésticas remuneradas”.

H. También era significativo que una señora N y el matrimonio Z-A se comprometieran, “en especial la Sra. N, a ser soporte de esta mamá para que los niños puedan seguir junto a ella, en el ámbito de pertenencia de su grupo familiar primario, brindando la ayuda necesaria y el acompañamiento que le permita criar y educar a ambos niños. (...) Cuando la madre vaya a vivir con sus hijos al nuevo hogar, la Sra. N ya ha buscado una persona para que la ayude en la crianza de sus hijos”, dice el fallo.

I. El padre de los niños expresaba su deseo de contraer matrimonio con la madre (quizás también aquí se mezclaran diversos propósitos: esperemos que no haya abandonado a su suerte a la enferma mental con quien había convivido hasta ese entonces...).

J. Los vecinos de la zona seguían firmes: “Asimismo, concluye el juez, existen adultos responsables dispuestos a apoyar a esta mamá, para que pueda mantener sus hijos junto a ella, criarlos y educarlos: el padre, la Sra. N y el matrimonio Z-A, además de otros vecinos de la zona, concedores de la historia familiar de la madre y sus hijitos, que defienden el derecho de esta madre de permanecer junto a sus pequeños”. Véase como este juez valoró la presencia activa y colaboradora de estos vecinos, que antes le hicieron una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos, lo

que a muchos jueces inclinaría a ignorarlos o combatirlos.

En resumen: una buena labor judicial, donde la autoridad se ejerció para coordinar y reparar una red social que existía pero que estaba rota. El riesgo del niño estaba contextualizado por la soledad de la madre (ella vivía en una casilla al lado de la vía del tren y el chiquito deambulaba solo por esa vía). La protección era posible porque la comunidad existía pero estaba apagada o en litigio (falta ver si todas las hermanas, hermanos, cuñados y cuñadas de la madre cerraron filas para ayudar: estimo que debe haber sido así).

2. Cuando uno come bien, pide más. Como me gusta cómo trabaja este juez (de quien no sé el nombre cuando estoy escribiendo estas líneas) sugeriré algunas ideas a título de colaboración para el futuro. Ellas podrán ser desechadas por ineficaces, obviamente, pero quizás algunas puedan ser escuchadas si las circunstancias lo indican.

Hace 21 años Augusto Mario Morello escribió un artículo que sigue siendo un proyecto para el futuro. Vale la pena releerlo cada tanto. Se llama “Un nuevo modelo de justicia”.² Allí se presentaba la imagen de un nuevo juez que fuese creador, acompañante, entrenador y protector de sociedades en crisis dentro la gran sociedad postmoderna.

El amplio proceso de maduración de la cultura y de la conciencia política ocurrido en estos decenios permite avanzar en la concreción de un magistrado que trascienda lo que entendemos por juez. “No hay disonancias en que recorremos una ocasión inédita para verificar la *experimentación* de nuevas formas de justicia”, dice Morello en el trabajo citado.³ No otra cosa ha hecho de hecho, valga la redundancia, el juez del caso que comentamos. Pero entiendo que quizás podría haber ido algo más allá, y sobre eso me explayaré en este punto.

“En la órbita de una sociedad posindustrial, los participantes en los asuntos sociales son partes integrantes y necesariamente colectivas”, dice Morello. Esta observación describe precisamente – y no por casualidad - el caso que comentamos. Y continúa: “El juego social es ahora esencialmente un juego en el que el juez está *empujado a salir de su rol pasivo de árbitro* para adoptar la actitud del ‘entrenador’ que algunas veces por sus consejos, mientras otras por sus decisiones, se esfuerza en concurrir a la ‘victoria colectiva’” .⁴

En estas condiciones, añade el maestro, “el perfil del juez se modifica radicalmente. Sus conocimientos jurídicos y procedimentales, si bien son indispensables, dejan de ser suficientes (...). Generalmente la multiplicación de conocimientos exigidos a los jueces corresponde a la *multiplicación de los roles que han tenido que asumir*. Es por eso que a un juez de menores se le requiere que sea al mismo tiempo un ‘padre’, un ‘confesor’, un ‘psicólogo’ y un ‘médico’. El futuro juez de la familia deberá ser un padre de familia que se hace ‘psicólogo, sociólogo, consejero’” .⁵

“Ello lleva a una nueva intensidad de comunicación con el justiciable *que se asocia a la solución*, (...) el juez opera como un agente de cambio social”, determina Morello.⁶

En el caso que comento, el juez mantuvo sin duda una intensa comunicación con el colectivo que lo protagonizaba. Lo que propongo aquí es *experimentar un procedimiento que asocie a ese colectivo a la solución*, para mejorar la calidad de agente de cambio social que detenta el magistrado. En otras palabras: utilizar el proceso como un instrumento de cambio para generar competencia, poder y espíritu colaborativo en los participantes, *a través del mismo proceso*.

A este fin mis preguntas son las siguientes: ⁷

¿Qué pasaría si el tercero denunciante, cualquiera sea el mismo (un policía, un vecino, una médica, una psicóloga, un familiar, una maestra jardinera, un docente, etc.) integrase el proceso? Mi experiencia me da una respuesta positiva. Habitualmente no se lo convoca a las audiencias ni se recaba su opinión sobre futuras decisiones. Se lo ignora porque no es “parte”. Su figura se diluye o se esconde detrás de la figura del Defensor de Menores.

¿Qué ocurriría si en una audiencia el juez estimulara a la familia a comprender el sufrimiento que hizo que el denunciante actuara, al denunciante a comprender los esfuerzos que hacen los adultos de la familia para criar a sus hijos, a todos a realizar una tarea colaborativa a favor del niño y de ellos mismos? ¿Si esta tarea colaborativa se plasmase en una serie de “próximos pequeños pasos” consensuados entre denunciante, familia y juez? El juez y el defensor de menores añadirían ideas, planes y sugerencias pero buscarían el consenso sincero y luego se limitarían a evaluar, dar el visto bueno y homologar lo convenido. Podrían acordarse nuevas audiencias, seguimientos, controles, pedidos de recursos a otras instituciones públicas y privadas, etc.

¿Qué pasaría si el juez no sólo recibiese a denunciante y familia denunciada, sino a toda la red social que los rodea y crease un contexto de *conversaciones abiertas*, incorporando a la toma de decisiones consensuadas con él a la familia, incluida la extensa, a los referentes significativos, a los profesionales, a los denunciantes, a los eventuales guardadores y a las instituciones a que pertenecen, y al mismo niño (según su grado de madurez y buscando la oportunidad), sus representantes y asesores? ¿Podría hacerlo ocupando su posición de magistrado postmoderno descrita por Morello, sin que ello significase deponer su autoridad, investida de

la ley de orden público que pregona que una persona menor de edad debe ser protegida y no maltratada, pero usándola de un modo creativo?

Llamamos “conversaciones abiertas” a aquéllas en que todas las opiniones son respetadas y no rebatidas ni despreciadas, a aquéllas en que los interrogantes son sostenidos y no rápidamente contestados, a aquéllas en que los problemas no se cierran hasta que todos consensúan sus soluciones. Una vez que se sabe que el niño no será dañado nuevamente ¿qué pasaría si las audiencias se transformaran en conversaciones abiertas y sustentables, sin cierres abruptos?

Este proceso es posible si el magistrado tiene:

- capacidad, como demostró tener el juez del caso que comentamos, de percibir las bondades y recursos de las partes del sistema con el que está interactuando. Los denunciantes pueden ser a veces exagerados en sus afirmaciones y posturas, pero también son personas o instituciones sensibles, comprensivas y prontas a ayudar. Los adultos cuidadores pueden ejercer la violencia hasta límites increíbles, pero eso no quita que sean personas que quieren a sus hijos, como dice Rudolf Kempe (el primero en describir el síndrome del niño maltratado, que hoy lleva su nombre). La red social (familiares, amigos, vecinos, compañeros de trabajo, etc.) puede tener litigios irresueltos, prejuicios y condenas implícitas y viejas facturas impagas, pero también puede colaborar y cerrar filas en torno del niño y de su familia. Si el juez logra crear un clima de respeto y cooperación (que se inicia con su propia actitud respetuosa y cooperativa) entre denunciante, familia y red social, bajará el deseo de culpar y exculparse de cada uno y aumentará la posibilidad de sumar entre ellos.

- espíritu de aventura y coraje como para internarse en un

procedimiento que lo puede llevar a lugares inciertos donde su formación como abogado no lo ayudará. Debe confiar en los demás y en su posibilidad de crecimiento (ya que antes ha experimentado que él solo con la ley no puede mejorar la situación) y en que el viaje que harán juntos los llevará a buen lugar (lo que no quiere decir que siempre el niño será reintegrado a la familia de origen, como en este caso, sino que el proceso habrá dado posibilidad de crecimiento y empoderamiento a sus participantes). Y confiar también en que quienes lo rodean, en especial sus superiores, comprenderán lo que está haciendo y lo respetarán o valorarán (de otro modo tendrá que recurrir al reconocimiento de otros referentes de su misma profesión o de otras afines, dando a conocer lo que hace).

- flexibilidad para trabajar en equipo con los profesionales de su misma disciplina y de otras, integrantes del Juzgado y de fuera.

¿Qué sucedería si durante su transcurso el juez escuchara a todos y promoviese la producción *consensuada* de un plan centrado en objetivos realistas y factibles de implementación, tendientes a la promoción de la familia, para que ésta se ponga en condiciones de proteger y no dañar a la persona menor de edad? ¿Qué ocurriría si se consensuaran, con respecto a ese plan, los fines y los medios, los efectores y los plazos para su realización, *de modo que quienes deban llevarlo a cabo y en especial los miembros de la familia, sepan qué es lo que deben cumplir y cuándo, quién y cómo evaluará la situación luego?* ¿Qué sucedería si se acordara también, en conversaciones abiertas, las consecuencias que tendría la no consecución de los objetivos propuestos y/o el cumplimiento de los próximos pasos consensuados?

¿Cuál sería el resultado si, inclusive, cuando no hay más remedio que tomar medidas drásticas (internar al niño, excluir a alguien del hogar o inclusive pensar en la posible entrega de la

criatura en adopción), el juez y el defensor de menores las conversara no sólo con la familia (salvo que se trate de medidas cautelares cuya ejecución precise del secreto previo, que deban decidirse y ejecutarse de inmediato, antes de la audiencia) sino también con el denunciante (habitualmente temeroso de que su denuncia conduzca a esos extremos) y la red social? A ellos se les puede ocurrir una idea mejor o aceptar las propuestas del Juzgado, siempre que hayan participado antes de las audiencias y otras actuaciones procesales.

¿Qué podría ocurrir si los provisorios guardadores de la persona menor de edad (ama externa, familia sustituta, hogar de tránsito, familia acogedora, miembros de la familia extensa, instituto, etc.) formasen parte del equipo que va a consensuar un programa de objetivos y medios para el cambio? Es una de las formas, quizá la principal, de transformarlos en colaboradores y no en antagonistas de la familia de origen. De este modo, los guardadores estarán comprometidos con el éxito de la familia de origen y colaborarán para que el niño que tienen en guarda vuelva a estar con sus padres, en lugar de ver esta devolución como un perjuicio para el niño y por tanto sabotearla inconscientemente, como tan a menudo sucede.⁸

¿Qué pasaría, en suma, si los jueces, para aliviar el riesgo de los niños en riesgo, estuviesen dispuestos a arriesgarse ellos mismos?

Notas

[←1]

E mail: eduardocardenas@estudiodefamilia.com.ar

[←2]

Fue publicado en La Ley (1986-C-800).

[←3]

Art. cit., IV, c). La bastardilla es mía y he querido resaltar la palabra para mostrar que un hombre sabio y prudente como el autor no teme que, también con sabiduría y prudencia, experimentemos nuevas modalidades de proceso judicial. ¿Por qué no habríamos de hacerlo?

[←4]

Morello, art. cit., VII. En este caso la bastardilla es de Morello, quien a su vez cita a Francois Ost, en: Gerard, Ph., van der Kerchove, M. y Ost, Francois, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, ed. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 45.

[←5]

Morello, art. cit., VI. La bastardilla es de Morello, quien cita a Gansholf van der Meersch W.J., *Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire*, en J.T., p. 520, 1973, cit. por Ost, ob. cit., p. 39 y nota 130.

[←6]

Art. cit., VII y VIII. En este caso la bastardilla es mía.

[←7]

Estas preguntas son una nueva vuelta de tuerca a las *Propuestas para el proceso de protección de persona de hoy y de mañana*, escrito por el autor en conjunto con Marisa Herrera. Véase el punto 4. “Cómo superar los déficit del sistema actual” y en especial el 4.1., “Cómo el proceso de protección de persona puede promocionar a la familia”. Publicado en Revista Jurídica on line “El Dial” (www.eldial.com), el 30/08/2004.

[← 8]

Puede consultarse al respecto con mucho provecho la obra de Minuchin, Patricia, Colapinto, Jorge y Minuchin, Salvador, *Pobreza, familia e instituciones*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2000.

Table of Contents

[Notas](#)