

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (ARGENTINA)

Sala: primera

Fecha: 21 noviembre 2007

Fallo:

En Mendoza, a veintidós días del mes de noviembre del año dos mil siete reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 88.189, caratulada: "D.D. EN J° 21.167 C.A.L. C/ D.D. P/ PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD S/ INC.".

Conforme lo decretado a fs. 112 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI; segundo: DR. FERNANDO ROMANO; tercero: DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE.

ANTECEDENTES:

A fs. 17/51 el Sr. D. D., por sí, deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial a fs. 249/261 de los autos n° 21.167/13.188/03, caratulados: "C.A.L. c/ D.D. p/ Privación patria potestad".

A fs. 67 se admite formalmente el recurso de inconstitucionalidad y se ordena correr traslado a la parte contraria quien, a fs. 73/81, contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 86/88 vta. comparece la Asesora de Menores e Incapaces, aconseja hacer lugar al recurso planteado, y dejar sin efecto la sentencia que ordena privar al progenitor de la patria potestad respecto de sus dos hijos menores.

A fs. 89 se oficia al C.A.I. para la realización de la evaluación solicitada por el recurrente a fs. 35.

A fs. 96 y vta. obra informe del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, sector Salud Mental, fechado el 11/4/2007, firmado por la psicóloga Lic. Estela Maris Ferrero y por la siquiatria Laura Hernández.

A fs. 107/108 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fs. 111 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 112 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

A fs.115 se suspendió el plazo para resolver y se citó a las partes a una audiencia, no compareciendo el recurrente, con razones justificadas; a fs. 130 se fijó una nueva audiencia, que se celebró ante esta Sala, a fs. 143, el 31/7/2007; allí se convino suspender el trámite del recurso e intentar realizar entrevistas entre el padre y el niño R. D. D. Estas entrevistas se realizaron bajo el control de la asistente social y una mediadora, designadas por esta Sala. A fs. 151/152 se agregaron los informes de la asistente social. Conforme constancia de fs. 149 el Sr. D. D. no concurrió a la entrevista fijada para el día 10/10/2007, sin comunicación alguna al tribunal de las razones de su ausencia.

A fs. 150, el 11 de octubre, con fundamento en la incomparecencia del padre sin justificación, la recurrida solicitó la reanudación de los plazos procesales suspendidos y el dictado de la sentencia.

A fs. 150 vta. se dispuso continuar la causa según su estado y que rigiese el plazo para dictar sentencia.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, DIJO:

I. PLATAFORMA FÁCTICA. Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 15/5/2002, en autos n° 12.358/02, A. C. y D. D. comparecieron en forma conjunta ante el Juzgado de Familia de General Alvear; solicitaron se homologara un acuerdo de tenencia, alimentos y régimen de visitas, al que

habían llegado, de común acuerdo. A fs. 7 de esos autos el tribunal homologó el convenio.

Dos meses más tarde, a fs. 8, compareció la Sra. A. L. C. y denunció que desde la presentación de aquel acuerdo, hasta el 5/7/2002, D. D. no había cumplido lo convenido ni respecto a las visitas ni a los alimentos; que su conducta era prácticamente de persecución, visitando a los menores todos los días, en horarios inapropiados, sin contemplar las necesidades, ni las bajas temperaturas; que durante la convivencia debió soportar hechos de violencia, amenazas y otros improperios; que todo esto hace que el régimen amplio de visitas que se había convenido originariamente no funcione, por lo que solicitó se ordenase las visitas en días alternados y horarios concretos, de acuerdo a la época y edades de los menores.

Paralelamente, el Sr. D., dejó constancia ante la policía de Villa Atuel de las dificultades existentes en el régimen de visita. En octubre de 2002, por ante el Cuerpo de Mediadores de la Segunda Circunscripción Judicial, las partes llegaron a un nuevo acuerdo sobre el régimen de visitas.

Dos meses más tarde, el 27/12/2002, la Sra. A. C. interpuso una medida cautelar. Relató actos de violencia moral a los que había sido sometida durante la vida en comunidad hasta que el esposo, por un acuerdo, dejó el hogar conyugal el 6/5/2002. Dijo que los acuerdos sobre visitas nunca se habían cumplido de manera razonable, siendo los niños retirados en horarios diferentes a los acordados, incluso estando enfermos; que el padre presiona a los niños y que la niña M. A. se encuentra lesionada psicológicamente, como lo acredita con el informe de la Lic. Silvina Pérez que acompaña. Con fundamento en la ley provincial 6672 y en la ley nacional 24417, petitionó las siguientes medidas cautelares: (a) un régimen estricto de visitas del progenitor, ordenando días y horarios, sin posibilidad de que la menor M. A. se quede a dormir en la vivienda del progenitor; (b) prohibición al Sr. D. D. de acercarse al domicilio que fuera el hogar conyugal; (c) que los menores sean retirados y regresados por la Srta. Rosalía Ramírez (persona que convive con los padres del Sr. D. D. y por quien los menores tienen mucho afecto) en los días y horarios que se dispongan; d) se ordene que D. D. inicie tratamiento sicoterapéutico, a cuyo fin se realice previamente un diagnóstico médico psicológico por intermedio del CAI.

A fs. 47, durante la feria, el juez subrogante determinó día y hora en que los niños debían ser retirados por la Srta. Rosalía Ramírez y ordenó a D. D. someterse a un tratamiento sicoterapéutico; no hizo lugar a la prohibición de acercamiento.

A fs. 55 la Srta. Rosalía Ramírez informó al tribunal que razones laborales y domésticas le impedían cumplir con lo ordenado.

A fs. 66, el 3/3/2003, la Jueza titular de Familia de General Alvear: (a) suspendió el régimen de visitas establecido a fs. 47 y vta.; (b) ordenó a D. D. abstenerse de concurrir a la vivienda que fuera el hogar conyugal; (c) proveyó custodia policial a la denunciante y a sus hijos menores; (d) ordenó que por intermedio del CAI se proceda a realizar controles periódicos en el domicilio de la Sra. A. L. C. y, (e) atento a que se había denunciado la probable comisión de delitos contra la integridad sexual de la menor M. A. D., ordenó compulsar de las presentes actuaciones para remitir a la Fiscalía de Instrucción. Fundó su decisión en los informes psicológicos que daban cuenta que "la niña A. se encontraba en situación de "riesgo grave" debido a la conducta perversa desplegada por su padre, quien manipula física y psicológicamente a la niña, ejerciendo su poder agresivo sobre sus dos hijos"; "que los niños son víctimas de violencia psicológica por parte del padre y que considerando las características de la personalidad del mismo, lo tornan peligroso"; "que el progenitor exterioriza " violencia, descontrol, manipulación, contradicción", manejándose en forma viscosa y sicopática".

A fs. 69/70 se agregó informe sicodiagnóstico del Lic. Ramón López Indica que después de cinco entrevistas "no se evidenciaron indicadores de patología, y se descartan síndromes clínicos, obteniendo un perfil armónico en sus rasgos constitutivos, sólo con un marcado nivel de actividad y extroversión". Concluye que "el Sr. D. no necesita tratamiento psicoterapéutico alguno, aunque puede ser de utilidad el adecuado asesoramiento profesional para sobrellevar los efectos y alcances de su nueva configuración familiar".

A fs. 71/73 D. D. solicitó comunicación con sus hijos con asistencia de un profesional del CAI; fundó su decisión en el informe del Lic. Ramón López.

A fs. 76 y vta. se agrega informe de la licenciada en psicología Miriam Pía quien concluye que "la menor se presenta emocionalmente equilibrada, viviendo junto a su madre y hermano, sin realizar visitas a su padre"; "en este momento, la menor no refiere situaciones ni conductas que pudieran tipificarse como abuso sexual por parte de su padre, no evidenciándose secuelas, si el hecho denunciado se hubiese producido".

A fs. 82 la Asesora de Menores aconsejó que previo a tramitar la petición del padre relativa a restituir el régimen de visitas debía ser juzgada la conducta del progenitor en el Cuarto Juzgado de Instrucción, donde tramitaba el juicio por abuso sexual.

A fs. 84 el Juez de Familia entendió que no resultaba oportuno rever la medida tutelar y difirió pronunciamiento sobre la petición del Sr. D. D. hasta tanto se resolviera el expediente penal.

Apeló el padre. A fs. 98, desistió del recurso; fundó el desistimiento en que el expediente penal había sido resuelto el 6/10/2004, por lo que solicitó se llamaran autos para resolver su petición de reanudar las relaciones con sus hijos.

A fs. 106 se agregó informe de la Lic. en psicología Alejandrina Sanfurgo quien sobre la base de lo que A. le relata, aconseja prohibir por el momento las visitas de la nena a su padre, por el riesgo que significa para su salud mental las conductas perversas que atribuye al padre y a la familia de origen, por ser de alto riesgo psicológico.

A fs. 107 se agrega otro informe de la misma licenciada quien comunica que "A. C. está siendo asistida psicológicamente en la Asesoría de la Mujer, siendo víctima de maltrato por parte de su marido, quien reúne el perfil de hombre violento; que A. cometió el error de iniciar trámites legales sin comunicarle al abogado que era víctima de violencia conyugal"; "que se ha detectado mediante entrevista psicológica que la niña de cinco años ha sido manipulada física y psicológicamente por su papá cuando se encuentra a solas con él; que luego se observó también la misma conducta para con su pequeño de dos años, por lo que se solicita desde esa área asistencial legal para los menores que se encuentran en situación de riesgo emocional muy importante".

A fs. 109 la Lic. en psicología Miriam Pía considera conveniente "no revictimizar a los menores con otros estudios y tomar medidas urgentes a fin de resguardar física y psicológicamente tanto a la Sra. C. como a sus hijos, que se encuentran en serio riesgo, dada las características psicológicas del Sr. D., que lo tornan peligroso, teniendo reacciones impulsivas violentas y difíciles de controlar", por lo que "considera que se deben suspender las visitas a los hijos por el riesgo que implican para la integridad psicofísica, hasta tanto se acredite tratamiento psicológico psiquiátrico y evolución del mismo, debiendo a posteriori pautar el contacto con los mismos.

A fs. 110/111 se agrega informe de sicodiagnóstico suscripto por la Lic. Silvana Pérez; aconseja que los niños y el padre se sometan a tratamiento terapéutico y que la niña A.D., cuando visita a su padre, no pase la noche en el domicilio de éste; además, que se escuche y respete la decisión de los niños en la frecuencia y tiempo de las visitas domiciliarias.

A fs. 114 la misma licenciada informa sobre "violencia, descontrol, manipulación y contradicción del Sr. D. D., todo lo cual tornó caótico el clima de la sesión realizada en diciembre de 2002".

A fs. 151, el 29/12/2004, la Jueza de Familia ordenó el cese de las medidas de restricción y designó una audiencia de conciliación a los fines de restablecer el vínculo paterno-filial.

2. Por otro lado, en autos n° 13.189/03, A. L. C. solicitó el divorcio vincular. Allí pidió, medidas precautorias, la atribución del hogar conyugal y la prohibición de acercamiento.

A fs. 25/33 compareció el demandado, negó los hechos y reconvino. Una serie de incidencias procesales se han desarrollado en ese expediente, sin que exista sentencia.

3. Separadamente, por autos n° 7.493, caratulados: "F. c/ D. Pérez, D. p/ Abuso sexual" originarios del Juzgado de Instrucción de General Alvear, iniciados el 5/5/2003, se tramitó una denuncia realizada por la madre sobre la base de una serie de informes psicológicos, obrantes en el expediente 12.358/02 del Juzgado de Menores.

El 27/4/2004 el Juzgado de Instrucción ordenó una prórroga extraordinaria de la instrucción, y el 29/7/2004 sobreseyó definitivamente la causa por el vencimiento de la prórroga extraordinaria antes referida.

4. Finalmente, en autos n° 13.188/03 originarios del Juzgado de Familia de General Alvear, iniciados el 30/5/2003, la Sra. A. L. C. solicitó la privación de la patria potestad contra el Sr. D. D. respecto de sus hijos M. A. y R. D. D. Relató lo acontecido en los expedientes antes referenciados y acompañó, entre otros, los informes psicológicos emanados por las Lic. Alejandrina Sanfurgo y Silvina Pérez. Notificado el demandado, no compareció, por lo que a petición de la actora, se lo declaró rebelde el 7/10/2003 a fs. 29 vta.

A fs. 34 compareció el demandado, fijó domicilio, y petitionó se le practicaran entrevistas psicológicas para determinar las características de su personalidad, a través del CAI.

Se rindió la siguiente prueba:

(a) Pericial de la Lic. A. Salinas (fs. 58/60). Informa que "el Sr. D. D., en un primer contacto, muestra una fachada formal, estructurada socialmente, que le permite sacar provecho de las situaciones y de los recursos con que cuenta. Es una persona de autoestima elevada, avanza en el medio ambiente sin tomar en cuenta a los demás, es incapaz de ver sus cosas buenas y malas en forma discriminada, lo que muestra son defensas que no

tienen consistencia, que declinan rápidamente, apareciendo un ser débil, frágil, confuso, que no puede funcionar adecuadamente como adulto diferenciado. D. no ve la realidad tal cual es. se deja llevar por sus impulsos y las situaciones agresivas le hacen perder objetividad". "Es una persona inmadura emocionalmente, con impulsos instintivos infantiles. No ha logrado visualizarse como padre protector; sólo ve sus necesidades afectivas infantiles. No logra discriminar los roles de adulto-niño. Sus hijos no son visualizados como niños sino que él los ve como seres iguales a él con quien se puede establecer una relación adulta, de pares, de pareja". "Su identidad es confusa...No se hace cargo de sus dificultades emocionales y por lo tanto no hay posibilidad de autocrítica, ni de reparación de hechos o situaciones". Respecto de la niña M. A. D., de seis años al momento de la pericia, informa que en más de una oportunidad ha referido que su padre tenía con ella juegos que no le gustaban, que le molestaban, y que él lo sabía; manifiesta con firmeza que no quiere ver al papá; muestra rechazo a seguir hablando de esa situación, que la angustia; "la figura paterna la vive como amenazante y poco confiable. Le inspira temor e inseguridad". En cuanto al niño R., de tres años y siete meses, "padece miedos, ansiedades y conflictos que expresa claramente en los juegos y verbalmente; vive la imagen paterna como muy persecutoria; manifiesta verbalmente temor a hablar de su papá y que no lo quiere ver; asimismo comenta que su papá tenía juegos con su hermanita que él, con su actitud y expresiones, señala como inadecuados".

A fs. 63/65 obra dictamen del Lic. en psicología Ramón O. López, ya referenciado.

A fs. 66 la Jueza escucha a la niña M. A. quien manifiesta que no quiere ver al padre, "porque le metía los dedos en la nariz y le tocaba el chochito"; "que su papá le ha hecho muchas cosas feas y a su mamá también; que cuando llegaba a la casa del trabajo le decía palabras feas a su mamá, y que ahora ellos están separados; que su papá sólo le pegaba cuando se portaba mal; que a su hermano nunca le pegó; que no quiere volver a verlo aunque su papá cambiara; que tampoco quiere ver a su abuela Norma".

A fs. 79/80 el demandado impugnó la pericia realizada por la Lic. Salinas, y pidió se fijara una audiencia para interrogarla.

A fs. 84/85 el Lic. Ramón O. López informa al tribunal que los niños no refieren haber sufrido o presenciado conductas de connotación sexual, y dado el normal desarrollo en cuanto a sus procesos evolutivos, su rendimiento escolar, su integración con sus pares, el normal desenvolvimiento en el plano familiar, etc., es imposible inferir que hayan sido víctimas de actos aberrantes contra sus personas e integridad, ya que

no se detectaron elementos como para hacerlo; más bien, es posible que por las distintas alianzas impuestas, los niños se ven ante la situación de que el ver o hablar del padre es como una traición a su mamá; esto último, sobre todo, en A. Es claro, mucho más en R., que los niños presentan un estado de confusión respecto a los roles paternos en el sentido de no poder explicar la situación actual de separación y conflicto, y a la posibilidad de haber quedado en el medio de una disputa de la cual, obviamente, son ajenos.

A fs. 86 la asistente social informa sobre el grupo familiar que integra D. D., su madre y la Srta. Rosalía Ramírez, hermanastra del demandado. La Srta. Ramírez manifiesta que el hermano está trabajando y que no ven al niño desde que terminaron las clases, irrumpiendo en llanto, ya que agrega que los extrañan mucho desde que antes de este litigio, todos los fines de semana los menores lo pasaban con ellos.

A fs. 87, la auxiliar informa sobre el grupo familiar de la Sra. C. y sus dos hijos. C. le relata que no ha vuelto a ver a su ex esposo; "que no continúa con el tratamiento psicológico, ya que se siente bien; que A. hace varios meses fue dada de alta".

A fs. 117, el 1/10/2004, se realizó la audiencia de vista de causa se transcribe parte de la testimonial de:

(a) Graciela Rita Granero, empleada doméstica, quien declarara que ella nunca vio situaciones de violencia ni respecto de la madre ni del padre hacia los niños; después de la separación, cuando el padre venía a buscarla, la niña se ponía a llorar porque no quería ir; que la menor le contó que los juegos del padre cuando se bañaban en la pileta no le gustaban; que desde que los niños no visitan a su padre están mucho más tranquilos; que la niña no está agresiva ni se despierta llorando; desconoce que después de la separación el Sr. D. haya ocasionado algún disturbio en la familia; que cuando tenía un régimen de visitas se llevaba a los niños aunque estuvieran enfermos; que la niña andaba con los pantalones bajos en la casa, en el comedor; que esto no sucedía cuando los padres vivían juntos; que comenzó a suceder después de la separación; que ella tenía orden de entregar a los niños al Sr. D. cuando este venía de visitas.

(b) Norma Beatriz Sepúlveda, compañera de la escuela de la Sra. C.; sabe que en una oportunidad tuvo una discusión muy fuerte y fue golpeada; no ha visto que el matrimonio discutiera delante de los niños; relata que la Sra. C. nunca se quejó que el padre golpeará a los niños, pero le comentó que cuando los niños se metían en la pileta no usaban mallas y que el padre los manoseaba.

(c) A. Soledad Salinas, Lic. en psicología quien informa: que A. ha evolucionado con el tratamiento realizado y se manifiesta como una niña normal; reitera su opinión respecto de la pérdida de objetividad del Sr. D.; que la Sra. C. se muestra más adulta, madura, decidida.

(d) Silvina Roxana Pérez, quien intervino como psicóloga y emitió informe en el año 2002. Dice que los niños han sido testigos de situaciones violentas; en su opinión, una persona que ha sido abusadora, siempre lo será, por ser el único cuadro clínico imposible de producir modificaciones; cataloga al Sr. D. como "un perverso abusador"; no aconseja la reanudación del vínculo de los niños con el padre; cree que D. necesita una terapia directiva, para no cometer los mismos errores; que a pesar de realizar terapia, podría modificar algunas conductas, pero no dejaría de ser un perverso.

A fs. 125 se agrega dictamen del perito Ramón López, quien considera que ha habido violencia simétrica. Señala que R. no recuerda hechos significativos; la nena recuerda más, y alterna hechos de violencia con momentos gratos como cumpleaños compartidos; nunca relató ningún hecho de connotación sexual que haga sospechar que haya existido algún tipo de abuso; el desarrollo de los niños es normal, son dinámicos, tienen capacidad de adaptación; la nena tiene un buen rendimiento escolar y siempre lo tuvo. En su opinión, los niños no necesitan tratamiento psicológico; tampoco el Sr. D.; que el restablecimiento del vínculo de los niños con el padre debe estar mediado por un asesoramiento técnico, por ejemplo un asistente social; que se debe facilitar que se reanude, y que no puede tipificar al Sr. D. dentro de ninguna patología del DSM4, Manual de Organización de la Salud; que en las tres entrevistas que mantuvo con la niña no detectó secuelas de posible abuso sexual: Entiende que existe una delgada línea entre lo que es un juego sexual y un abuso sexual; que los juegos como los que tenía el progenitor con la niña, como es el juego de la hormiguita, no son inadecuados, debido a la inmadurez o rasgos de inmadurez detectados en el Sr. D. en los cuales se pone a la altura de un niño; que el padre ha tomado conciencia de lo negativo de los juegos y no volverá a repetirlos.

5. A fs. 127 la Jueza de primera instancia rechazó la demanda por privación de patria potestad. A fs. 128/130 fundó la decisión. La actora apeló y expresó agravios a fs. 154/157 vta.

6. A fs. 184/196 vta. la Cámara revocó la sentencia de fs. 127/130 e hizo lugar a la demanda, disponiendo la privación de la patria potestad del demandado D. D. respecto de sus hijos M. A. y R. D. D. fundó su decisión en los siguientes argumentos:

(a) La patria potestad es hoy un conjunto de deberes de los padres para la protección de los menores; no se trata de un derecho subjetivo sino de una función.

(b) El demandado no sólo no contestó la demanda, sino que dio lugar a que se lo declarara rebelde, siendo aplicable lo dispuesto por los arts. 168 inc. I y 75 del C.P.C. Este plexo normativo se integra con la nota al art. 168 inc. I del C.P.C., que indica con claridad las consecuencias de la incontestación de la demanda. Si bien ésta no alcanza para ser parangonada con el allanamiento, crea una presunción favorable a las pretensiones del actor y faculta al juez a estimar tal silencio como un reconocimiento de los hechos afirmados, que corresponde conjugarse con los elementos de convicción que se hayan acompañado al escrito inicial y a las demás pruebas producidas. En definitiva, aunque la falta de contestación de la demanda y la rebeldía como reconocimiento de la verdad de los hechos no debe aplicarse en forma automática, quedando librada al razonable criterio judicial, el juzgador debe considerar las circunstancias que surgen de la causa, especialmente en procesos de familia, en el caso privación de la patria potestad, en los que no sólo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los niños directamente afectados por la resolución a dictarse. La prueba incorporada permite tener por acreditada razones suficientes para hacer lugar a la privación de la patria potestad, tal como se pasa a Alizar.

(c) Se trata de un matrimonio desquiciado, con permanente violencia, que no sólo ha perturbado la vida de los cónyuges, sino la de los hijos, receptores de esa mala situación.

(d) El padre aparece como poseedor de características personales que se han exteriorizado en hechos que, lejos de satisfacer la naturaleza jurídica de la patria potestad, la desmedra. Salvo la opinión del Lic. Ramón López (fs. 63/64, 84/85 y fs. 125/126) y de la psicóloga M. Pía (fs. 93 y 126 y vta.), el resto de la prueba corrobora la presunción que surge de la incontestación de la demanda y desfavorece la posición del demandado; toda esa prueba demuestra que D. D., a través de una conducta inconveniente y abusiva, ha puesto en peligro la salud psicofísica y moral de sus hijos, especialmente la de M. A.

(e) Los dichos que la propia menor formula a la Sra. Juez aquo, en presencia de la Asesora de Menores, en la audiencia de fs. 66, son de fundamental importancia.

(f) A fs. 136 y vta. de los autos n° 12.358/02, la Jueza de Menores, con los elementos allí aportados, determina que se ha constatado una "situación de maltrato emocional, en la categoría de abuso sexual respecto de la niña".

(g) La actora refiere que para el mes de julio de 2002, tanto ella como su hija M. A. comenzaron a tener entrevistas psicológicas con la Lic. Silvina Pérez, quien, en diciembre de ese año, efectuó un informe (fs. 4/5 de este expediente); en ese documento afirma que la niña M. A., que por entonces tenía 5 años de edad, presenta un cuadro de "angustia generalizada, con confusión emocional. . . que no quiere ver a su papá; que ha sido víctima de violencia familiar desde que nació y sigue siendo víctima de maltrato por el hecho de ser el chivo expiatorio de una crisis familiar que no respeta acuerdos ni concreta soluciones beneficiosas para los niños".

(h) La Lic. Alejandrina Sanfurgo, de la Asesoría de la Mujer dependiente de la Municipalidad de General Alvear, informa que la niña "presenta características propias de las personas que han vivenciado o padecido situaciones de maltrato en el hogar" y que "debería prohibirse por el momento las visitas de la nena a su padre". La mencionada profesional ha declarado en forma coherente en la vista de causa

(i) La pericia de fs. 58/60 de la Lic. A. Salinas también describe al Sr. D. D. como una persona inmadura emocionalmente, que no se visualiza como padre protector.

(j) En la vista de causa, la psicóloga Silvina Pérez define al Sr. D. como un "perverso abusador"; la tacha de la demandada es improcedente, no sólo por lo baladí de la razón invocada sino porque no se advierte causal para dudar de la veracidad de sus dichos, siendo estos muy valiosos por haber tenido contacto profesional con el grupo familiar.

(k) La testimonial prestada en la vista de causa por Graciela Granero, persona que prestaba servicios en la casa familiar, es de significativa importancia.

(l) En autos n° 12.893/02 acumulados al expediente n° 12.358/02 el Juzgado de Familia estableció un régimen de visitas transitorio y ordenó a D. D. someterse a un tratamiento sicoterapéutico, nada de lo cual fue cumplido por el Sr. D. Adviértase que ese tratamiento sicoterapéutico no sólo fue aconsejado por los médicos sino impuesto por una resolución judicial, lo que adquiere notoria importancia para descalificar sus condiciones personales.

(ll) El cúmulo de la prueba indica que se trata de una persona emocionalmente inmadura, que no ha logrado visualizarse como padre protector y que aún a través del informe del Lic. Ramón López se ratifica que D. tiene miramientos exclusivos hacia su propio yo, a punto tal que se llevaba a los niños aunque estuvieran enfermos, y aunque llorasen, y al mismo tiempo, privó de la más elemental asistencia alimentaria a sus hijos menores.

D. D.se presenta como un mero reclamante de derechos, pero en nada oferente, ni mucho menos hacedor del bienestar, protección, y buena formación integral de sus hijos.

(m) El 3/3/2003 la Jueza de Familia sostuvo que las actuaciones allí producidas imponían la adopción de medidas de protección respecto de los menores por la conducta abusiva y violenta de su progenitor, por lo que dispuso suspender el régimen de visitas, proveyendo de custodia policial a la denunciante.

(n) La opinión de los Lic. Ramón López y Miriam Pía es absolutamente contradictoria con el resto de prueba acumulada reseñada en los puntos anteriores, por lo que no puede tener el peso que pretende el demandado. Además, la Lic. Miriam Pía carece de idoneidad para responder a la tipificación del art. 307 inc. 3) pues ha sido llamada para asistir profesionalmente al tribunal pero no para hacer calificaciones propias de la ciencia jurídica. Sus conclusiones relativas a que no existen señales de que la niña ha sido víctima de abuso sexual se contraponen con las de la sicoterapeuta que ha asistido a la menor A. D. desde fines de enero de 2003, la Lic. Alejandrina Sanfurgo. Se discrepa con la poca importancia que atribuye a los juegos que el progenitor tenía con la niña; lo cierto y concreto es que estos juegos implican una conducta notoriamente inadecuada e impropia de un padre que debe velar por la "protección y formación integral de sus hijos". Por lo mismo, también se considera equivocado que se propicie "el encuentro del padre con sus hijos" a través de visitas "aunque estén asistidas por un profesional", puesto que en las actuales circunstancias y habida cuenta que el régimen de visita fue suspendido por decisión judicial, ese encuentro razonablemente, se muestra como notoriamente inconveniente.

(ñ) Por lo tanto, se discrepa con el fallo apelado cuando afirma que las "impugnaciones al progenitor no han sido debidamente acreditadas en este juicio" desde que la prueba rendida es suficiente para tener por demostrada que la conducta del padre ha puesto en peligro la salud psicofísica y la moralidad de los niños, además de desentenderse de la asistencia material de ellos, evidenciando una personalidad potencialmente idónea para continuar dañando, al haberse resistido a todo tratamiento sicoterapéutico. Hay una conducta del Sr. D. evidentemente desviada, que no causó más daño y el producido afortunadamente ha quedado neutralizado, porque cesó el contacto del padre con sus hijos y porque éstos permanecieron bajo control y tratamiento sicoterapéutico.

(o) Es inimaginable que la niña haya actuado fabulosamente contando hechos no acaecidos y fingiendo alteraciones emocionales de conducta. Todo esto debe vincularse con la propia característica de los hechos, que hacían que aconteciera en la intimidad del padre con sus hijos, y por ello ajenos a la percepción directa de testigos.

(p) No quedan dudas, entonces, que la conducta anómala del padre hacia los niños es idónea para dañar, o al menos para poner en peligro su salud psicofísica. La abundante prueba, ya analizada, denota con certidumbre que D. ha puesto en peligro la salud física y síquica y la moralidad de sus hijos, todo lo cual encuadra en el art. 307 inc. 3) del C.P.C., a lo que hay que sumar que se ha desentendido de la asistencia material de sus hijos, configurando un supuesto de abandono.

(q) El decaimiento de la patria potestad es pues una medida acorde con la situación planteada, máxime si se tiene presente lo dispuesto por el art. 308 del C.C. que ha introducido la posibilidad de que la pérdida de la patria potestad sea dejada sin efecto cuando aparezca claramente tipificada la enmienda paterna.

II. LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE.

El recurrente sostiene que la decisión recurrida es arbitraria. Argumenta del siguiente modo:

1. Primer agravio.

La sentencia es autocontradictoria. Luego de señalar que la falta de contestación de la demanda y la rebeldía crean una presunción que no puede aplicarse en forma automática, tiene por acreditado lo dicho en la demanda disponiéndose la privación de la patria potestad. Ninguna de las razones que el tribunal proporciona es suficiente para una sanción de tamaña gravedad. El tribunal apoya su decisión en estas razones:

(a) El matrimonio está desquiciado, con permanente violencia que ha incidido en los hijos, ambiente en el cual el padre aparece como poseedor de características personales exteriorizadas en hechos demostrados que desmedra la naturaleza jurídica del instituto y su finalidad;

(b) Los dichos de la menor de cinco años;

(c) Los argumentos que la jueza de familia tuvo en cuenta en la resolución de fs. 47 para suspender el régimen de visitas en marzo del año 2003;

(d) Los informes del Lic. Pérez de diciembre de 2002 y de Alejandrina Sanfurjo de febrero de 2003;

(e) El padre no ha cumplido con tratamientos psicoterapéuticos ordenados por el tribunal;

(f) Conforme la pericia de A. Salinas, el padre es una persona inmadura;

(g) Las testimoniales de las Sras. Granero, empleada doméstica de A. C., de Sepúlveda, compañera de A. C., y del esposo de esta última, el Sr. Ulises Altava. Para verificar si esa prueba es suficiente para privar de la patria potestad debe tenerse especialmente en cuenta la importancia que el tiempo tiene en estos procesos; es propio del derecho de familia advertir la dimensión temporal; por el contrario, el tribunal ha manejado el material existencial de la causa sin considerar circunstancias posteriores que surgen de la prueba aportada y que, coordinadamente, hubieran llegado a una decisión diferente; ha tenido en cuenta la demanda planteada el 30/5/2003 pero no los acontecimientos sucesivos, ignorando las siguientes constancias:

(1) La declaración de la madre de los niños (fs.87, 29/4/2004). Allí dice que no ha vuelto a ver a su esposo; esto significa que el Sr. D. no agravó el conflicto familiar existente, cumplió con lo impuesto por la justicia (no acercarse a la vivienda); también afirma que no la hostiga ni a ella ni a sus hijos; reconoce que "no continuó con tratamiento psicológico y que A. hace varios meses que fue dada de alta, o sea, el 29/4/2004". Adviértase que la suspensión del régimen de visitas fue en marzo de 2003. En otras palabras, el tribunal no valora que suspendido el régimen de visitas en marzo de 2003, respetó la medida y se abstuvo de concurrir al domicilio donde vive la esposa y los menores.

(2) La pericia psicológica efectuada a la menor, de cinco años, en setiembre de 2003 (fs. 76). Los profesionales del CAI afirman que "la menor no tiene integrada la figura paterna a su núcleo familiar; no hace referencia negativa en forma taxativa a la figura paterna; no hace ninguna acotación de connotación sexual en la hora del juego; no se evidencia trauma psicológico". O sea, en setiembre de 2003 no se evidencian secuelas.

(3) La pericia que se efectúa al demandado (fs. 93, 7/6/2004): refiere las técnicas utilizadas y concluye que "su personalidad no puede tipificarse como patológica dentro del manual diagnóstico de trastornos mentales . . .".

(4) Los autos n° 12.358/02: en esas actuaciones solicitó se permitiese ver a sus hijos con la presencia de la asistente social, difiriéndose el pronunciamiento hasta que se resolviesen los autos n° 13.188/03. La jueza manifiesta que el demandado no se ha acercado a la vivienda ni ha

hostigado a la Sra. C. ni a sus hijos; no hay constancia de conflicto y por lo tanto convoca a una audiencia para fijar un régimen de visitas.

(5) El 29/7/2004 se lo sobreseyó en la causa n° 7493 iniciada por compulsión penal ordenada por el mismo Juzgado de Familia.

(6) Entre el 7 de abril y el 16 de mayo de 2003 D. realizó entrevistas y pruebas psicológicas que originaron el informe de sicodiagnóstico agregado el 26/5/2003, tampoco valorado.

(7) En autos 13.863/04, medida autosatisfactiva, la Sra. Juez de Familia fijó fecha para la entrevista en el CAI con los menores; la actora y los hijos no asistieron en ninguna de las dos oportunidades por lo que se autorizó la presencia del Sr. D. en el domicilio que viven los menores con la asistente social.

Todo esto muestra que la Cámara valoró la prueba y las circunstancias de hecho estáticamente, siendo que conforme los principios que imperan en la materia la cuestión, debe abordarse dinámicamente.

Esta carencia de valoración ha llevado a la Cámara a dictar una resolución inconstitucional por arbitrariedad.

Segundo Agravio.

El tribunal se aparta de la sana crítica en la apreciación de los hechos y la prueba. Interpreta arbitrariamente los elementos probatorios y arriba a un resultado irrazonable.

El fallo no analiza críticamente las periciales; por el contrario, el modo de razonar acerca de la prueba pericial producida en el proceso y de los informes del CAI. adolece de vicios lógicos.

La Lic. Silvina Pérez utiliza la técnica de entrevistas personales con la madre y la niña y de ella concluye, sin otros fundamentos, que el Sr. D. es un perverso abusador, con estilo comunicacional bizarro, viscoso y sicopático. El Lic. Sanfurjo no conoce al presentante pero dice que tiene rasgos de perversión y en la audiencia de vista de causa reconoce que no lo citó y que podría haberlo citado. La pericia de la Lic. Salinas, que fue impugnada por el presentante, resulta excesivamente valorada por el tribunal, quien descalifica sin mayores fundamentos la actuación del Lic. López y de la psicóloga del CA. En forma terminante, López concluye que no se evidencian indicadores de patología y descarta síndromes clínicos en el demandado; que la Sra. C. es poco colaborativa y distante y se siente molesta; que los menores reconocen que no quieren ver a su papá "porque su mamá se va a enojar"; R. responde que le gustaría verlo. En definitiva, el perito dice que "los niños no refieren
Mayo 2008

haber sufrido o presenciado conductas de connotación sexual" y dado el normal desarrollo en cuanto a sus procesos evolutivos, rendimiento escolar, integración, normal desenvolvimiento es imposible inferir que hayan sido víctimas de actos contra sus personas e integridad.

La psicóloga Miriam Pía pertenece al CAI, organismo que asiste a la Justicia. La sentencia discrepa con la opinión de la profesional respecto de los juegos que puede tener un progenitor con su hijo. Por el contrario, la Sra. Juez de primera instancia, con mayor realismo, ilustra con un trabajo de doctrina sobre las dificultades en la comprobación de las denuncias de abuso sexual intrafamiliar; señala que en los últimos tiempos ha habido un aumento de denuncias por abuso sexual intrafamiliar; muchas de ellas forman parte de los argumentos que se invocan para obstruir el régimen de visitas al progenitor no conviviente, en el marco de un divorcio o separación. Conductas que durante la convivencia aparecían naturales o no llamaban la atención (higienizar al niño, compartir el baño, la cama, etc.) en la interacción familiar pasan a formar parte de aspectos dañinos o abusivos que son adjudicados a la otra parte a quien, a partir de ese momento, se considera un extraño capaz de desplegar conductas que antes nunca habían sido advertidas. La práctica ha puesto en evidencia, tanto en caso de abuso real como fantaseado, la preexistencia de una estructura familiar particular en la cual ambos progenitores contribuyen, consciente o inconscientemente, a producir funcionamientos abusivos sobre los hijos. Se debe considerar la presencia de problemas en ambos padres y no en uno solo, como suele hacerse habitualmente desde una concepción clásica.

Todo esto es afirmado por una sicóloga del CAI, que demuestra su especialización. La descalificación de fs. 259 vta. ignora todos estos datos.

Tercer agravio.

El tribunal entiende fundamental los dichos que la propia menor M. A. formula ante la Sra. Juez aquo, en presencia de la Sra. Asesora de Menores. El derecho a ser oído no es un medio de prueba. El Juez de Familia, suficientemente capacitado, debe desentrañar cuál es la voluntad real más allá de lo declarado sobre la base de eventuales adoctrinamientos e interferencias. Los menores deben ser escuchados toda vez que hayan adquirido madurez suficiente. En el expediente no se escucha a R., pero sí a la niña, de cinco años, sin evaluar si ha adquirido esa madurez o si estaba sujeta a adoctrinamientos e interferencias.

En definitiva, el tribunal da importancia a los dichos de la menor, de cinco años, sin evaluar que no tiene aún formado un juicio suficiente, y no valora la posibilidad de que exista adoctrinamiento, tal como surge claramente de las

entrevistas realizadas entre el padre y los hijos ante el C.A.I. Las pericias e informes psicológicos no han detectado secuelas de abuso sexual por lo que está claro el adoctrinamiento de los menores por parte de la Sra. C. y su entorno.

Cuarto agravio.

El tribunal también es arbitrario cuando afirma que el Sr. D. incumplió el tratamiento psicoterapéutico impuesto por una decisión judicial, circunstancia que adquiere notoria importancia para descalificar sus condiciones personales. Esta afirmación no surge de las constancias de autos. El 10/11/2003 solicitó que a través del CAI se le practicara entrevista psicológica para determinar el carácter de su personalidad. El juzgado proveyó: "Téngase presente para su oportunidad". Después de esto, se agregó el informe efectuado el 7 de abril y el 16 de mayo de 2003 con cinco entrevistas y pruebas sicodiagnósticas que informan que no se evidencian indicadores de patologías y que no necesita tratamiento psicoterapéutico.

Quinto agravio.

La afirmación de que el padre es una persona emocionalmente inmadura que no ha logrado visualizarse como padre protector, que muestra un comportamiento para con sus hijos donde aparece como un mero reclamante de derechos es insuficiente para hacer perder la patria potestad; que según la pericia de A. Salinas el padre sea una persona inmadura, no significa que ocasione daños psicofísicos a sus hijos. Las testimoniales de la Sra. Granero acreditan que no se han visto situaciones de violencia hacia los niños y desconoce que D. haya ocasionado disturbio alguno en la familia por el régimen de visitas. La testigo Sra. Sepúlveda sólo sabe lo que le comenta la Sra. C.; igual evaluación puede hacerse del testigo Ulises Altava.

III. DICTAMEN DEL CUERPO AUXILIAR INTERDISCIPLINARIO, SECTOR SALUD MENTAL, FIRMADO POR LA SICÓLOGA ESTELA MARIS FERRERO Y LA SIQUIATRA LAURA HERNÁNDEZ (fs. 96 y vta.).

Las profesionales mencionadas en el título pertenecen al CAI de la Primera Circunscripción Judicial. Informan al Tribunal que la compulsión del expediente y las evaluaciones psicológicas realizadas tanto a los niños como a los progenitores muestran los siguientes indicadores compatibles con el síndrome de alienación parental:

1. Obstrucción a todo contacto. La progenitora vivencia que el padre no es apto para el desempeño del rol parental, por lo que no ha propiciado el contacto de sus hijos con él.

2. Denuncias de abuso. Existen antecedentes de denuncia de abuso sexual en el cual el progenitor fue sobreseído; no se encuentran en el momento actual indicadores compatibles con haber experimentado una situación de abuso sexual.

3. Deterioro de la relación posterior al divorcio. Está acreditado que la relación de los niños con el padre se deterioró después de la separación.

4. Reacción de miedo por parte de los hijos. Se evidencia especialmente en R., quien si bien expresa que cuando visita a su papá en el juzgado, le pareció bueno, luego no quiere verlo por temor a la reacción de su mamá y su herma.

5. Campaña de denigración. El discurso de los niños es de tipo adulto, denotando influencias negativas hacia un posible contacto con el progenitor.

6. Justificaciones fútiles. No se observan en los niños indicadores de maltrato por parte del progenitor hacia ellos; la negativa a verlo está basada, en R., en relato de su herma y familiares, y en A., en que su padre hace papeles en el juzgado para verlos y quiere obligarlos a que lo hagan.

7. Ausencia de ambivalencia. Ambos niños están seguros de no querer mantener un vínculo con el padre.

8. Fenómeno de independencia. Los niños afirman que nadie los ha influenciado y que solos han llegado a adoptar esta actitud.

9. Sostén deliberado. Los niños se encuentran aliados a la progenitora, la defienden en el conflicto, idealizando su figura.

10. Ausencia de culpabilidad. Los niños no sienten culpa por negarse a ver al padre ni por la denigración que de él hacen.

11. Escenarios prestados. R. cuenta hechos que manifiestamente no ha vivido y que ha escuchado contar.

12. Generalización a la familia extendida. La negativa se ha extendido a la familia extensa del progenitor.

Por todo lo expuesto se confirma el diagnóstico de "síndrome de alienación parental estadio III grave, en el cual la progenitora es la alienadora y el progenitor el alienado".

Se sugiere:

Mayo 2008

www.afamse.org.ar

a) que el grupo familiar realice tratamiento psicológico familiar especializado en restitución de vínculos a la brevedad posible, ya que el tiempo influye negativamente y las posibilidades de revinculación disminuyen;

b) que ambos progenitores realicen, además, tratamientos psicológicos individuales que les permitan reflexionar sobre la problemática y elaborar la misma. Se estima conveniente supervisar el tratamiento a través de la presentación de certificaciones, ante el tribunal interviniente.

IV. DICTAMEN DE LA SRA. ASESORA DE MENORES E INCAPACES.

A fs. 86/88 vta. la Sra. Asesora de Menores e Incapaces aconseja hacer lugar al recurso. Funda su posición en los siguientes razonamientos:

En materia de privación de patria potestad el bien jurídicamente tutelado es la seguridad y el normal desarrollo sicofísico y moral del menor. El art. 307 del C.C. prevé en tres incisos las causas de privación de la patria potestad originadas en los delitos cometidos por los padres, abandono del hijo, y sometimiento de los menores a situaciones de peligro moral o material. El inc. 3° engloba con amplitud las situaciones de peligro en que el actuar de los progenitores puede colocar a sus hijos menores. No alude, como lo hace el código español e italiano al "grave incumplimiento de los deberes paternos"; centra su regulación en el "peligro material o moral a que puede quedar sometido el menor cuando el padre o madre ejercitan sobre él malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia". Corresponde al juez estimar si la concurrencia de uno solo de estos comportamientos es suficiente para crear la situación de peligro moral o material, o si es menester la concurrencia de varias de las conductas descriptas por la norma.

Obviamente, debe aplicarse el principio general del interés superior o mejor interés del niño, instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general, y por lo tanto, un mandato del constituyente al juez quien debe darle contenido específico conforme a la circunstancia del caso. Por consiguiente, el supuesto establecido en el art. 307 inc. 3° sólo puede ser causa suficiente para decretar la privación de la patria potestad si la medida concuerda con el mejor interés del hijo, tal como se lo ha resuelto a nivel jurisprudencial (J.A. 1989III486).

El mejor interés del hijo justifica la restitución de la patria potestad de acuerdo a lo que dispone el art. 308 del C.C. La necesidad de una coherencia en el ordenamiento jurídico indica que no puede decretarse la privación si ello representa un perjuicio al hijo.

El caso no es de fácil solución. Tampoco puede ser objeto para dar una decisión en justicia el hecho de evaluar la aplicación de una sanción legal a un progenitor, más allá que la misma sea definitiva o revisable. Por el contrario, debe ser analizada en un contexto en el cual están implicados dos hijos y su progenitor, y también la madre de los niños quien juega un papel preponderante. Se encuentran comprometidos valores fundamentales que tienen que ver con los sentimientos, lazos sanguíneos y afectivos.

La CSJN ha incluido a la patria potestad que deriva del nexo sanguíneo y de la procreación en el catálogo de los derechos no enumerados que la Constitución anida implícitamente. Se destacan dos reglas fundamentales: a) la patria potestad de los padres de sangre afínica implícitamente en la Constitución; b) esa raíz constitucional exterioriza un derecho natural (ED 48581).

La pérdida de la patria potestad constituye una sanción de extrema gravedad, que debe interpretarse de manera restrictiva, y decretarse en forma excepcional; el hecho de que la reforma de la ley haya establecido su revocabilidad (art. 308 C.C.) no obsta a esa conclusión. Más que una sanción, la privación de la patria potestad debe ser considerada una medida de protección al hijo. Si el progenitor no puede abdicar ni renunciar a esta función que es de orden público, el Estado tampoco puede despojar al padre de esa función, cuando tal decisión, lejos de resguardar y beneficiar al niño crea condiciones desfavorables para su desarrollo, que requiere en la medida de lo posible, de la figura materna y paterna.

En el caso, la conducta del progenitor ha sido evaluada por los psicólogos intervinientes. Esos informes también se refieren a la situación psicológica de los menores y su progenitora. Las sentencias de grado, en cuidadoso análisis, refieren cada uno de los diagnósticos y resultados, a los que cabe remitirse.

Se considera de mucha importancia el hecho nuevo planteado por el Sr. D. a fs. 33 vta. con referencia a los autos n° 13.863/04, caratulados: "D. D. s/ Medida Autosatisfactiva" que se tienen a la vista. Esos autos refieren las visitas realizadas entre el padre y los hijos con posterioridad al dictado de la sentencia hoy recurrida. A fs. 118 se agrega el informe elaborado por el C.A.I. el 5/6/2006 que concluye que dada la complejidad del caso, ha sido supervisado por el Dr. Raúl Rivarola, Jefe del Área de Salud Mental del Mayo 2008

C.A.I., por la referente del área Lic. Estela Ferrero y por la médica siquiatria Dra. Laura Hernández. Se detecta que la familia padece síndrome de alineación parental, que la Sra. C. sería el progenitor alienador, y el Sr. D. el alienado. Los menores presentan un negativismo afectivo caracterizado por rechazo, distanciamiento y oposicionismo a mantener trato, contacto, comunicación con su padre, cuadro que ha sido incrementado en las cinco intervenciones por mí asistidas. Dada esta situación se considera conveniente, desde el punto de vista psicológico que:

- a) toda la familia reciba tratamiento sicoterapéutico;
- b) dicha terapia familiar debe tender a reconstruir el vínculo dañado entre el padre y sus hijos y tener participación activa la Sra. C.;
- c) el tratamiento debería ser realizado por un profesional no interviniente en el expediente judicial por ninguna de las partes, sea a nivel público o privado, especializado en psicoterapia familiar".

Este informe debe ser tenido en cuenta al momento de resolver porque si bien son hechos posteriores al dictado de la sentencia, su importancia y actualidad ameritan su valoración. Tiene dicho esta Sala, en seguimiento de la Corte Federal, que las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (ED 148633; LL Gran Cuyo 1999179). En consecuencia, al momento de dictar sentencia, el juez debe atender a las circunstancias existentes a esa fecha, pues no sólo corresponde valorar las propias de la traba de la litis, sino también los hechos modificatorios o extintivos producidos durante la tramitación del pleito, siempre que con ello no se viole el derecho de defensa en juicio. Esto resulta de fundamental aplicación cuando se trata de juicios donde está comprometido el futuro de un niño. Este informe refleja una situación familiar de desavenencias y gravísimos conflictos que subyace desde que se iniciaron las causas. La conducta del progenitor respecto de los menores, si bien ha resultado reprochable como las instancias anteriores lo han considerado, no tiene entidad suficiente para constituir una causal de privación de patria potestad. En cambio, da lugar a que se tomen por parte del tribunal medidas urgentes respecto de los menores y los progenitores a los fines de componer la situación familiar.

Es imprescindible tomar en cuenta el cuadro conflictivo a la hora de definir una medida como es la desvinculación paterno-filial, pues debe apreciarse en el caso en qué medida el ambiente de enconos y descalificaciones ha incidido. Los niños han sufrido más por la batalla entre sus padres que por los hechos denunciados por la actora. Es cierto que los hijos ya han padecido la mayor parte de su infancia las consecuencias de un divorcio destructivo de Mayo 2008

los padres, del cual generalmente, ambos integrantes de la pareja conyugal son responsables, cada uno a su manera. Cabe ahora preguntarse si conviene que la Justicia legitime un distanciamiento, o si no resulta más alentador para los hijos buscar los mecanismos de refuerzo que permitan rescatar los aspectos positivos de la relación y apostar a la reparación y al cambio.

V. LA PRETENSIÓN ACOGIDA.

En autos se ha hecho lugar a la pretensión de privación de la patria potestad. No se trata de una decisión que suspende visitas, ni que toma medidas urgentes en casos de violencia familiar; por el contrario, el derecho en disputa es la autoridad de los padres, aunque no se discuta cuáles son los efectos de esa privación y si la misma deja o a salvo la posibilidad de fijar visitas (Para esta cuestión ver decisión del Tribunal Supremo de España, 30/4/1991, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 26, abril agosto 1991, pág.567, con nota de A. Seisdedos Muiño, "Patria potestad: privación. Conservación por el padre privado de la patria potestad del derecho de visita"; para los efectos de la sentencia, ver Azpiri, Jorge, "Juicios de filiación y patria potestad", 2° ed., Bs. As., ed. Hammurabi,2006, pág. 338 y ss).

VI. PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

1. Marco legal.

El art. 307 del Código Civil dispone: "El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1) Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o bienes de alguno de sus hijos, o como autor instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. 2) Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aún cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero.3) Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia".

En el caso, la sentencia recurrida ha enmarcado la conducta del demandado en el inciso 3); o sea, no está en discusión la cuestión relativa a si la condena prevista en el inciso 1 hace o no cosa juzgada automática a los efectos de

ordenar la pérdida (Para esta cuestión, ver sentencia de la Cam. Nac. Civ. sala F, 13/9/2004, voto del Dr. Zannoni, LL 2004F567, y comentario parcialmente adverso de Cecilia Grosman, "La privación de la patria potestad y el interés superior del niño", LL 2004F972).

2. Un criterio rector.

Está fuera de todo debate que estando en juego el derecho al desarrollo de la personalidad del niño, rige el art. 3 de la Convención Internacional de los derechos de niño conforme el cual "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Ver Grosman, Cecilia, "La privación de la patria potestad y el interés superior del niño", LL 2004F972). En otros términos, el beneficio del menor ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar y, por tanto, de la privación de la potestad de los padres (Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Barcelona, ed. Atelier, 2006, pág. 35; Castillo Martínez, Carolina del Carmen, "La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales", Valencia, ed. Práctica de derecho, 2000, págs. 21 y ss.).

3. Otro criterio rector.

Por otro lado, y siempre dejando a salvo el interés superior del niño, no puede desconocerse que la patria potestad sobre los hijos biológicos ha sido considerada una función que integra el haz de los derechos constitucionales de los padres (Ver CSN 1/11/1983, Fallos 3051825).

4. Otros criterios genéricos de interpretación y aplicación de la normativa.

La privación de la autoridad de los padres se tipifica en conductas paternas reñidas con los fines de la patria potestad, institución que aspira a la protección y formación integral de los niños. Por eso, correctamente, la doctrina española analiza esta figura deteniéndose, previamente, en su carácter protector o punitivo; en el primer caso (carácter protector), el dato fundamental es la situación en la que se encuentra el menor; en el segundo (carácter punitivo) tiene mayor relevancia la valoración de la conducta del progenitor demandado (ver Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Barcelona, ed. Atelier, 2006, pág. 35).

Pues bien, aunque la medida tiende especialmente a la protección del hijo y no a penalizar al progenitor (Ver Lloveras, Nora, comentario al art. 307, en Bueres Highton, directores, Código Civil, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995, t. 1 pág. 1297; Montecchiari, Tiziani, La podestà dei genitori, Milano, ed. Giuffré, Mayo 2008

2006, pág. 239) no puede dejar de considerarse que "la sombra de la sanción también está presente", y que no se trata de cualquier sanción, sino de una de carácter grave, desde que implica que el progenitor condenado no podrá ejercer las atribuciones esa institución jurídica.

Sea cual sea la naturaleza, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la privación de la patria potestad (en cualquiera de las tres causales enumeradas en el art. 307) es recurso extremo; por lo tanto: (a) supone la existencia de hechos graves (Cám. Nac. Civ.sala C, 20/12/1988, JA 1989III489); (b) implica que el sancionado ha incumplido palmariamente los deberes a su cargo, establecidos principalmente en el art. 265 del CC, siendo insuficiente para la privación el cumplimiento más o menos irregular; (c) Las causales deben interpretarse restrictivamente (Ver, entre muchos, Solari, Néstor, "Criterios para la privación de la patria potestad", Doc. Jud. 20062473; Cám. Nac. Civ. sala H, 2/2/2006, Doc. Jud. 2006241 y ED 217301; Cám. Nac. Civ. sala A, 11/6/1990, LL 1992A290, con nota de Uriarte, J.A., "La noción de abandono referida a la patria potestad de hijos extramatrimoniales de padres no convivientes". Estos criterios son seguidos por la doctrina y jurisprudencia española, país al que nos une una especial tradición jurídica común; ver, entre muchos, Audiencia provincial de Cadiz, 10/12/1996, Rev. General de Derecho, año LIII, n° 63435, Julio Agosto 1997, pág.10.214; Audiencia Provincial de Bilbao, 19/11/1991, Rev. General de Derecho, año L, n° 591, diciembre 1993, pág.12.981; Audiencia Provincial de Vitoria, 22/11/1996, Rev. General de Derecho, año LIII, n° 633, Junio 1997, pág.8.407; compulsar también jurisprudencia citada por Castillo Martínez, Carolina del Carmen, "La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales", Valencia, ed. Práctica de derecho, 2000, págs.57 y ss.).

La interpretación restrictiva de la normativa se apoya en textos de rango constitucional. Así, el art. 9.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: "Los Estados Parte velarán porque 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 ej., 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 su residencia". O sea, la regla es la no separación.

5. Interpretación de la causal específica prevista en el art. 307 inc. 3).

El art. 307 inc. 3 engloba con amplitud las situaciones de peligro en las que el actuar de los progenitores puede colocar a los hijos menores (Uriarte, Jorge A., "Privación de la patria potestad y suspensión del ejercicio", en Enciclopedia de derecho de familia, Bs. As., ed. Universidad, 1994, t. III, pág. 286), siendo suficiente la potencialidad, aunque no se haya producido el resultado (D'Antonio, en Ferrer-Medina-Méndez Costa, directores, Código Civil anotado, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2004, t. III, pág. 308; del mismo autor, "Nuevo régimen legal de la patria potestad", Santa Fe, ed. Rubinzal, 1985, pág. 262; Bísvaro, Beatriz, "Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264", Bs. As., ed. Astrea, 1990, pág. 97). El proceder del progenitor descrito en este inciso "no se compadece con el medio esperado por la ley para que el menor se desarrolle plenamente; de ahí, entonces, la necesidad de paralizar las conductas que hacen peligrar la formación del hijo, privando al padre de su autoridad" (Lloveras, Nora, "Patria potestad y filiación", Bs. As., ed. Depalma, 1986, pág. 286; conf. Bossert Zannoni, "Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264", Bs. As., ed. Astrea, 1985, pág. 364).

De cualquier modo, lo expuesto no priva que, en todo caso, se exija una marcada o manifiesta gravedad, al igual que en el resto de las causales.

El inc. 3) reconoce su fuente en el art.3781 del CC francés que se refiere a la privación, "independientemente de toda condenación penal, contra la madre o padre que por malos tratamientos, por el consumo habitual y excesivo de alcohol o por el uso de estupefacientes, por conducta notoria o comportamientos delictuosos, o por la falta de cuidados o de dirección, pone manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del niño".

La jurisprudencia francesa también interpreta restrictivamente esta causal, y afirma que el mero riesgo de un eventual peligro no autoriza la aplicación de la sanción; en esta línea se ha decidido que no está probado el peligro por el solo hecho que el padre haya sido condenado por tenencia de drogas o por tentativa de contacto sexual con una sobrina de 15 años (Ver jurisprudencia reseñada en Code Civil, Dallos, ed. 106, 2007, pág.547).

6. El carácter temporal y la interpretación restrictiva.

El carácter temporal de la privación (por la posibilidad de su revocación) no empece a la interpretación restrictiva de las causales pues en la práctica, la privación acostumbra a ser una medida definitiva, por lo que el juez, para determinar si procede o no privar de la potestad, debe tener en cuenta que es una medida que supone la extinción de la relación entre el menor y el progenitor privado de la potestad aunque pueda recuperarla si cesan las causas (Ruisánchez Capelastegui, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Barcelona, ed. Atelier, 2006, pág. 41).

7. Otros pautas tenidas en consideración por la doctrina y la jurisprudencia.

La jurisprudencia española ha tenido en consideración, como pautas complementarias, entre otras, la pasividad del progenitor durante el pleito, demostrativa de su falta de interés; la conducta obstruccionista y contraria a la buena fe, etc. (Ver estos datos en Castillo Martínez, Carolina del Carmen, "La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales", Valencia, ed. Práctica de derecho, 2000, págs.57 y ss.).

8. La opinión del niño.

El derecho de todo niño a ser oído está previsto en el art. 12 de la Convención. Además, los arts. 2, 24 y 27 insisten (casi hasta el cansancio) sobre este derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Obviamente, el niño debe ser escuchado en un proceso que implica una ruptura significativa con su progenitor. De cualquier modo, el juez debe tener en consideración que en este tipo de procesos, las influencias de un progenitor sobre el niño son moneda corriente por lo que debe alzar muy cuidadosamente el resto de la prueba para verificar hasta dónde la voluntad del niño ha sido libremente expresada.

VII. LA APLICACIÓN DE ESTAS PAUTAS AL CASO A RESOLVER.

Adelanto mi coincidencia con lo dictaminado por la prestigiosa Sra. Asesora de Menores a fs. 86/88, por lo que votaré por la revocatoria de la sentencia y, consecuentemente, el rechazo de la demanda. En mi opinión, al momento de dictar esta sentencia, la prueba incorporada no permite tener por probado que el demandado "pone en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia".

Explicaré por qué:

1. La ley habla de poner en peligro la "salud física o psíquica". En el caso, no existe prueba alguna de que los niños hayan sido objeto de malos tratos físicos por lo que la cuestión apunta, fundamentalmente, a la salud psíquica.

Parece obvio que, a los fines de determinar el peligro en la salud psíquica, el juez debería poder contar con prueba que le permita llegar a grados de convencimiento razonables. Lamentablemente, no es lo sucedido en autos. Los profesionales intervinientes parecen haber atendido a personas diferentes y no al mismo padre, la misma madre, los mismos niños. Los dictámenes son tan contradictorios que van de un extremo al otro. Mientras unos califican al demandado de "perverso abusador incorregible", otros sostienen que ni siquiera necesita tratamiento psicológico; mientras unos

denuncian serios daños en la salud psíquica de los niños, con el mismo énfasis, otros dicen que no se detectan ni siquiera indicios de abuso sexual, que el comportamiento es totalmente regular, y que esa situación es imposible en niños abusados; mientras unos muestran a la madre como persona equilibrada, otros indican que es alienadora, etc.

¿Qué debe hacer el tribunal frente a discrepancias tan notorias?

Como he dicho, la pretensión deducida no transita por la vía de medidas urgentes, propias de los procesos de violencia familiar, en las que, frente a la duda, el cálculo de probabilidades impone el tribunal tomar medidas provisionales de protección. Por el contrario, se trata de una acción que rompe importantes vínculos jurídicos entre el progenitor y los hijos.

En tales circunstancias, la falta de certeza de la prueba impone la interpretación restrictiva aceptada por la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, a la que antes he hecho referencia pues, como regla: (a) el interés superior del niño impone que éste mantenga contacto y vínculos jurídicos con ambos progenitores; (b) la autoridad parental, en tanto función, tiene base constitucional.

2. Reconozco que la conducta procesal del demandado no presenta gran coherencia. Por un lado, no ha sido obstruccionista, ha intentado a través de su profesional reanudar los lazos con sus hijos, etc., pero por el otro, carece de constancia, de perseverancia; por decirlo de otro modo, desconoce aquella frase de Montaigne que dice "El niño no es una botella que hay que llenar, sino un fuego que es preciso encender".

Me refiero, entre otras cosas, a que no respondió a los esfuerzos del tribunal por reanudar las relaciones entre padre e hijo. En efecto, sin que se dieran explicaciones, dejó de concurrir al régimen fijado en esta sede, con acuerdo de la madre, quien sí mostró colaboración.

No obstante, esta circunstancia no conmueve la regla, cual es que, salvo causas debidamente comprobadas y actuales, los hijos tienen derecho a mantener vínculos jurídicos con sus padres.

3. Tampoco se me escapa la necesidad de que la opinión de los niños sea tenida en cuenta, pero la contundencia del informe del equipo interdisciplinario del Cai perteneciente a la Primera Circunscripción de este Poder Judicial (ajena a la jurisdicción de origen) genera, al menos, la duda sobre si lo dicho o por la niña responde a su voluntad real o si, por el contrario, su libertad no es tal. Por otro lado, la inmediatez existente en primera instancia (y no en la Cámara) me inclina a pensar que el tribunal del primer grado, al rechazar la pretensión, detectó algún indicio de esa falta de libertad.

4. Finalmente, tengo también en consideración que en el caso no se da la sustitución del progenitor ausente por otro (compañero o nuevo cónyuge de la madre) que realmente haya cumplido el rol del padre (caso resuelto por el TEDH, 28/10/1998, "Söderbäck c/Suecia"); por el contrario, estos niños, privados de la autoridad paterna, tendrían, de aquí en más, inexorablemente, sólo una visión de la realidad.

VIII. CONCLUSIONES DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por todo lo expuesto y si mi voto cuenta con la adhesión de mis distinguidos colegas de Sala, como lo sostiene la Sra. Asesora de Menores a fs. 86/88, corresponde:

(1) Revocar la decisión recurrida y, en su lugar, confirmar la de primera instancia. (2) Disponer que toda la familia reciba tratamiento psicoterapéutico.

La terapia familiar debe tender a reconstruir el vínculo dañado entre padre e hijos.

El tratamiento debe ser realizado por un profesional no interviniente en el expediente judicial, especializado en psicoterapia familiar.

La jueza de primera instancia deberá tomar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo de lo dispuesto; en cualquier caso, la terapeuta designada y otros profesionales que estime pertinente, le proveerán información, en los períodos que ella fije, en torno a la incidencia que esta metodología tiene en la salud psíquica de los niños, y procederá en consecuencia.