

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno

Ministra redactora: Dra. María del Carmen Díaz Sierra

Ministras firmantes: María Lilián Bendahan Silvera, Musi Chiarelli; María del Carmen Díaz Sierra

Ministro discorde: No

Montevideo, 19 de julio de 2017

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados: “**L. S., B. Y J. T. – LEY 17.823, ART 117 C.N.A.**” Exp. 0539-000225/2017, venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución telefónica de fecha 31/1/2017 de fojas 6, dictada por la Sra. Juez Letrada de Familia Especializado de 8º Dra. Iris Vega.

RESULTANDO:

1.- Por la decisión recurrida se dispuso “*Mantener situación de los niños con los abuelos paternos y respecto de los tíos maternos pueden solicitar la tenencia en el juzgado de familia común. Intimar a los adultos a una actitud de respeto entre ellos y para con los niños y no limitar la visita si los niños quieren ver a los tíos.*”

2.- Las Sras A. y B. O., tía y abuela de los niños, respectivamente, interponen recurso de reposición y apelación en subsidio (fs. 21/28) señalando en síntesis que: la impugnada vulnera los derechos de los niños al establecer la tenencia provisoria a favor de sus abuelos paternos sin tomar en cuenta su voluntad, negándole el derecho a ser escuchados, desconociendo el contexto familiar en el que se encontraban inmersos y con quienes compartían su cotidianidad y sin valorar la situación de extrema violencia a la que se encontraban y se encuentran expuestos los niños. Al respecto cita artículo 8 del CNA, art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 8 lit. d de las Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños y Niñas Víctimas y Testigos de Delitos.

Determinar bajo el cuidado de que personas permanecerán en este momento de extrema vulnerabilidad y sufrimiento en el que se encuentran constituirá un factor fundamental en el proceso de reparación que deben afrontar, incidiendo directamente en su revictimización o no.

Los niños son sujetos de derecho a una protección especial por su condición de niños. T. y B. no solo fueron testigos del asesinato de su madre, lo que ya de por sí genera una perturbación emocional traumatizante sino que también fueron testigos y víctimas de la violencia ejercida durante más de 9 años a su madre por parte de su padre.

Relatan las recurrentes los hechos acontecidos el día 1/2 cuando concurren a la casa de los abuelos paternos para visitar a los niños, las reacciones de éstos y la comunicación de la decisión ya tomada por sus abuelos de cambiarlos de colegio.

Expresan que el Estado a través de la intervención judicial no cumplió con los deberes impuestos por la norma adoptando medidas que tal vez por su carácter de urgente terminaron desconociendo derechos fundamentales de los niños manteniéndolos en situación de vulneración.

Respecto del interés superior del niño, entienden las recurrentes que la Sede se alejó de dicho principio tanto en la forma como en el contenido de la resolución impugnada así como en su primera

intervención. En la forma porque a través de su primera intervención condicionó la medida a adoptar a la voluntad de una sola de las partes, quien tiene un discurso parcializado desconociendo cualquier otra información y en definitiva derivando ello en la respuesta de B. en la visita que se le hiciera y que evidenciara el abuso psicológico y emocional al que está sometido.

Explican las recurrentes su vínculo con los niños y el relacionamiento de la familia materna entre sí y en contrapartida el escaso lazo con la familia paterna, el cual se daba sólo en los días de visitas que tenían los niños con su padre.

Afirman el incumplimiento por parte de los abuelos paternos de la resolución judicial en cuanto la misma dispuso "intimar a los adultos a una actitud de respeto entre ellos y para con los niños y no limitar la visita si los niños quieren ver a los tíos", con lo cual no cumplen. Los abuelos permiten solamente que las visitas a los niños se efectúen dentro de su domicilio y en presencia de ellos, impidiendo que los niños visiten a la familia materna y socialicen con otros.

Solicitan en consecuencia que se revoque la recurrida disponiéndose la tenencia provisoria de los niños a favor de la abuela materna.

3.- La Sra. Defensora de los niños de autos evacua el traslado conferido, (fs. 116/124 vto.) manifestando en resumen que: surge de autos que el principal agravio de la familia materna de los niños de autos es la vulneración de derechos de los mismos por no haber sido escuchados, desconocer el contexto familiar en el que estaban inmersos los menores y los vínculos con las familias maternas y paterna, y el incumplimiento por parte de los abuelos paternos de la resolución judicial objeto de impugnación.

Explica que ha recordarse que el presente proceso no es de tenencia, lo que se debe tratar de determinar es si los derechos de sus defendidos están siendo vulnerados y en su caso por quien o quienes y las medidas necesarias para el restablecimiento de esos derechos que pueden o no derivar en un cambio de tenencia. Analiza la compareciente cada uno de los medios probatorios incorporados a la causa. Respecto del informe de ETEC, señala que no comparte lo afirmado por éste respecto de que los niños no se encontraban en condiciones emocionales para declarar, ambos manifestaron su voluntad de contar cómo estaban y no fueron revictimizados por expresarlo en audiencia. Tampoco comparte la referencia en el mismo a "los informes agregados por los profesionales tratantes" ya que no existe informe de ese tipo glosado en autos, ninguna de las autoridades de CAVID, ni del Colegio Divina Providencia tuvo contacto con los niños luego del hecho; la única profesional tratante de los niños desde el 7/2/2017 es la Ps. Infantil Dra. L. cuya declaración testimonial se recabó en audiencia. Tampoco se comparte que la Sra. B. O. haya realizado el proceso personal referido por ETEC y que por ende la habilitaría a asumir los cuidados de sus nietos. Nada dice tampoco el informe respecto de la violencia psicológica relatada por los niños y que atribuyen a su abuela materna.

Respecto del episodio relacionado con la Tablet y teniendo en cuenta las edades de los abuelos y la probabilidad de que éstos no entiendan el funcionamiento de dicho dispositivo, indica que sería apropiado bloquear determinado contenido nocivo para los niños e indicar a los abuelos que impidan el acceso a páginas inapropiadas así como determinar que los niños puedan acceder a teléfonos celulares bajo supervisión de los adultos a cargo.

Analiza asimismo las declaraciones de la abuela y tía materna y de los abuelos paternos de sus defendidos y en consecuencia entiende que la Sede debe adoptar medidas intimando a los abuelos paternos a que no obstaculicen las visitas con la familia materna, indicar visitas a la abuela materna

los fines de semana con posibilidad de pernocte, así como tener contacto con el resto de la familia materna, sin injerencia de la familia paterna.

Asimismo entiende que la Sede debería intimar a los abuelos a iniciar tratamiento terapéutico para acompañar el duelo de sus nietos sin alterar la imagen de los progenitores ni de ninguno de los familiares de éstos. Del mismo modo, los tenedores deben continuar con la asistencia psiquiátrica de sus patrocinados hasta su alta.

También la Defensa de los niños analiza las declaraciones de éstos y en base a sus manifestaciones se apoya en la necesidad de darles estabilidad a dos niños que presenciaron la muerte de su madre a manos de su padre. Los pequeños fueron genuinos, demostraron razonar los que se les preguntaba y además aceptar que es bueno para ellos el contacto con toda la familia y su atención con profesionales, pese al dolor por la situación manifestaron gran madurez.

Estima imprescindible que a efectos de que no se vea vulnerado el derecho de los niños a tener contacto con sus compañeros de clase y cuerpo docente del colegio al que concurrieron en los dos últimos años, y con el fin de mantener la mayor estabilidad posible de ellos, se intime a los tenedores a no cambiarlos de colegio mientras los técnicos tratantes de los niños no lo crean conveniente, todo bajo legal apercibimiento. Analiza asimismo la declaración de testigos y señala que M. y M. no han tenido contacto con los niños posterior al hecho.

Del informe social, fojas 40/43 del acordonado IUE 58-77/2017, surge que solo se pudo acceder al hogar de la familia paterna de los niños y hace referencia la Defensa al comercio que existe en el mismo inmueble respecto del cual realiza algunas indicaciones a fin de que los niños, tratándose éste de una cantina, no puedan acceder a él.

Solicita en consecuencia que se confirme la recurrida adoptándose las medidas señaladas en el presente.

4.- El traslado no es evacuado ni por el Ministerio Público ni por los abuelos paternos.

5.- Franqueada la alzada por auto N° 437/2017 del 3/3/2017 sin efecto suspensivo y con las formalidades de estilo. Los autos fueron remitidos para ante este Tribunal y por DFA 0010-000292/2017 de fecha 23/3/2017 se dispuso estudio de las Sras. Ministras por su orden, cumplido lo anterior, se opta por dictar decisión anticipada en mayoría conforme con lo dispuesto por el art. 200.1 del CGP

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal, con el voto unánime de sus integrantes habrá de confirmar la sentencia de Primera Instancia aunque por diferentes fundamentos como se expresará.

II.- En la especie la abuela y tía materna recurrieron la resolución verbal dada por la magistrada en la madrugada del 31 de enero para el 1° de febrero de 2017.

Recibido el recurso se dictó la providencia N° 167/2017 donde se toman diferentes medidas: designación de defensor de los niños; se confiere traslado del recurso a los abuelos paternos y a la Defensa de los niños; se convoca a las partes a audiencia, al igual que a dos testigos; se dispone informe social en el domicilio de los niños; se dispuso acordonar a los presentes autos otros tramitados en el homologado de 7° turno; incautación de la Tablet que tenían los niños regalo de su padre e informe de su contenido se dispuso una evaluación interdisciplinaria de los abuelos paternos y de las recurrentes, como pericia psicológica por ETEC a los niños.

Luego de cumplido en la providencia que se viene de señalar se pronuncia la

Defensora de los niños, en los términos que se dan cuenta en el resultando tercero de estos autos, y el Ministerio Público.

La Magistrada resuelve el recurso de reposición por la interlocutoria N° 235/2017 (fs. 132/197 vta.) donde se mantiene la recurrida; y se imponen una serie de medidas (numerales. III a X). Finalmente se franquea la alzada sin efecto suspensivo.

III.- En obrados la oportunamente providencia impugnada fue modificada, lo cual es posible atento a que se trata de una medida cautelar y las mismas se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, de la primogénita providencia apelada el agravio que subsiste es que se otorgara en sede de urgencia la tenencia provisional a los abuelos paternos.

IV.- Estiman las Sras. Ministras Dras. Miriam Musi Chiarelli y la María del Carmen Díaz Sierra que corresponde confirmar la providencia primogénita, y de la cual aún subsiste agravio, por cuanto, los Juzgados de Familia especializados son juzgados de urgencia, y en tal sentido deben actuar, -como sostenía el Dr. Pérez Manrique en su clases respecto del Código de la Niñez y la Adolescencia del cual fue co-autor-, el magistrado en el marco de lo dispuesto por los arts. 117 y siguientes del cuerpo legal referido tomando medidas puntuales y acotadas al derecho vulnerado (que hay que defenderlo) el que se debe dar solución.

En la especie, en realidad al momento de la comunicación efectuada –horas de la madrugada del in suceso-, no existía una situación de vulneración de los derechos de los niños - en referencia a sus cuidados y protección- (y en forma independiente al in suceso que ocurrió con su madre), en tanto se encontraban con sus abuelos y de éstos no existía –ni existe – información que pudieran estar en riesgo inminente si permanecían con los mismos.

Todo lo planteado respecto si corresponde en definitiva permanecer o no con sus actuales tenedores debe dirimirse ante la justicia ordinaria de familia – vía que a la que ya habría recurrido la apelante- se tiene presente que en materia de familia y en su juzgados “ordinarios” en puridad también se atienden derechos vulnerados (de: alimentos; identidad; comunicación; etc.) la diferencia con los “especializados” radica que no es una situación de suma urgencia y puede resolverse mediante un proceso que garantice los derechos de todas las partes, realizándose las pericias y demás pruebas correspondientes, sin perjuicio que también ante los juzgados de familia ordinaria se pueden peticionar medidas cautelares.

IV.- Por su parte la Sra. Ministra Dra. Lilián Bendahan expresó en su voto “... *posterior al informe del ITF DAS solicitado: Se trata del expediente formado sobre la situación de los niños de autos, nacidos respectivamente en 2005 y 2007, a posteriori de resolverse sobre su tenencia provisoria a raíz de la apelación de la decisión telefónica sin número de fecha 31 de Enero de 2017 dictada por el J Especializado de 8° Turno.*

Resolución emitida después de la dada cuenta policial de los hechos referidos en parte policial de fs. 11.

La víctima –madre- fue muerta a tiros por el padre de T. y B. por motivo baladí en el corredor de su casa, delante de los niños que le decían que no lo hiciera (fs. 11).

En primer momento, fs. 12 en horas de la madrugada del 31 de enero, dispuso la a quo momentáneamente queden los niños con los abuelos paternos averiguar con el padre con qué familiares tienen contacto y volver a enterar.

Al día siguiente, vuelta a enterar, mañana del 31 de enero, se dispuso la resolución de fs. 6, tenencia

con los abuelos, no impedir visitas de los familiares maternos, actitud de respeto entre ellos, ocurrir a familia por la tenencia.

Telefónicamente Sin ordenarse otra actuación posterior. Esa es la providencia apelada.

El 7 de Febrero siguiente, la Fiscalía Especializada de VD de Primer Turno, toma intervención, y pone en conocimiento de la Jueza de Familia Especializada de Séptimo Turno a fin de que se asuma competencia, se cite a los niños y a la Fiscalía a audiencia, se les designe Defensa, se realice informe por el ETEC y se adopte resolución sobre los mismos, acordonado 539-226/2017. Así lo dispone el Juzgado hasta que advierte la prevención por su colega de 8° y remite los autos a Especializado Octavo. Constan en este expediente informes policiales de denuncias anteriores y el informe del ETEC, del mismo tenor que el emitido por el Colegio Divina Providencia y por la Dirección de Sanidad Policial del Ministerio del Interior, que encabezan las presentes actuaciones.

El 8 de febrero, la abuela y tía maternas apelan la decisión telefónica. Inicia entonces las presentes actuaciones la sede a quo el 8 de Febrero pidiendo el expediente de su colega de 7° Turno ordenando diligencias probatorias y convocando a audiencia, fs. 30.

A cuyo término, quince días después de haber ocurrido los hechos, llega a una decisión distinta de aquella verbal y telefónica, donde ratifica ésta e innova, otorgando ciertas medidas de protección que impone a los abuelos paternos.

A saber: les impone terapia para los niños, hasta su alta, debiendo acreditar en 30 días, respetar el trato con la familia materna, e incluso fija un régimen de visitas a favor de ésta fuera del domicilio el cual los paternos no permitían, numeral III de la parte dispositiva del fallo, remite la Tablet que usan los niños a la Policía Científica para que le borre el contenido sexual y violento habiéndose comprobado su acceso a éste bajo tenencia de los abuelos, les intima a controlar el uso, ordena controlen el uso de teléfonos celulares, prohíbe el contacto con el padre hasta que los técnicos indiquen momento y forma del contacto, impone a los abuelos realizar terapia hasta su alta, prohíbe a éstos incidir o alterar la imagen de sus padres, impone la obligación de mantener asistencia al mismo colegio al que asistían pues consta en autos se proponían cambiarlos, intima a regularizar la habilitación de la cantina de bebidas que los abuelos tienen en el domicilio impidiendo el contacto de los niños con el comercio y del comercio en el domicilio.

Esta es una nueva providencia, 235/2017, fs. 132 y siguientes, que nadie apeló. Ni esa providencia ni sus fundamentos están en consideración. Tampoco es la providencia de franqueo, porque aún no se había conferido traslado del recurso a los abuelos paternos ni a la Fiscalía, lo cual allí se dispone, vide numeral II de la parte dispositiva del fallo a fs. 196 vuelto.

La providencia apelada, o sea la original fue dictada en contravención a lo dispuesto por la Acordada de la Suprema Corte de Justicia (Nº 7884 de 21 de Diciembre de 2016) que expresamente trata las decisiones adoptadas vía telefónica considerando constituyen potencial denegación de justicia atento a la vulnerabilidad de los destinatarios. Y contra todos los principios referentes a niños en situaciones de violencia, en normas nacionales e internacionales. El Principio de protección consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y los arts. 117, 118, del CNA.

Ahora bien: las decisiones relativas a medidas cautelares se rigen por el principio *rebus sic stantibus* Entiendo que la segunda providencia, dictada después de la apelada, en sí contiene aquella primigenia decisión pero la modifica, profundiza e innova sobre la misma, al imponer medidas de protección que dan razón a las apelantes ya que implican respuesta a todos y cada uno los agravios

que fundaban el recurso de las mismas, los cuales fueron después asimismo preocupación de la Defensa de los niños que solicitó tales medidas debido a lo que surgió de esa instrucción posterior.

La sede a quo actuó después de la Apelación sobre los agravios reformando parcialmente.

No obstante no se puede considerar el recurso falta de objeto ya que el principal agravio que es la tenencia persiste.

Visto el informe Pericia Social solicitado en Segunda Instancia a mi pedido que efectúa el Departamento de Asistencia Social ITF DAS (**Hubo de ser verificado el cumplimiento -razón del informe- dada la gravedad de los hechos y de la insuficiente respuesta inicial del sistema**) entiendo que: no por la providencia apelada, pero sí por la decisión que la propia sede a quo adoptó después N° 235/2017, la situación de los niños, en lo que tiene que ver la vulneración de sus derechos más grosera, la que fue relevada por la familia materna y la defensa de los niños, **que la apelada no había resuelto, se conjura hasta donde se puede lograr en sede de urgencia.**

Por esa razón y atento al principio rebus sic stantibus es que se puede confirmar la apelada.

De lo contrario sería revocada.

Corresponde ahora que los familiares maternos de los niños interpongan la solicitud de tenencia frente al Juzgado competente donde se irá -con esta protección provisoria- a dirimir en el debido proceso.”

V.- No existiendo mérito para ello, no se impondrán sanciones procesales en la presente instancia.

Por los fundamentos expuestos y atento lo dispuesto por los arts. 248 a 261 del CGP el Tribunal

RESUELVE:

**CONFIRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, SIN ESPECIAL
CONDENACION PROCESAL EN LA INSTANCIA.**

OPORTUNAMENTE, DEVUELVA A LA SEDE DE PROCEDENCIA

**DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ
MINISTRA**

**DRA. MARIA LILIAN BENDAHAH
MINISTRA**

**DRA. MIRIAN MUSI
MINISTRA**

DRA. SUSANA KADAHDJIAN
SECRETARIA