

En la ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, a los siete días del mes de junio de dos mil dieciséis, se reúnen los Señores Miembros de la Excma. Sala Primera en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Dres. Ana Clara Pauletti, Gustavo A. Britos y Guillermo Oscar Delrieux para conocer del recurso interpuesto en los autos caratulados: "**P. J.; O. M.; O. M. y O. Y. S/ DECLARACION DE ESTADO DE ABANDONO Y GUARDA PARA FUTURA ADOPCIÓN**", respecto de la sentencia de fs. 86/90 vta. De conformidad al sorteo oportunamente realizado, la votación tendrá lugar en el siguiente orden: PAULETTI, BRITOS y DELRIEUX.

Estudiados los autos la Excma. Sala propuso la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada? y ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LAS CUESTIONES PLANTEADAS LA SRA. VOCAL DRA. ANA CLARA PAULETTI, DIJO:

I.-LA SENTENCIA APELADA. Vienen las presentes actuaciones a despacho para decidir sobre el recurso de apelación deducido por el Sr. D. H. O. contra la sentencia de fs. 86/90 vta. que dispuso la declaración de adoptabilidad de las niñas G. M. M. P., M. O., Y. M. O. y M. M. B. O..

La decisión del juez del grado que data del 20/10/2015, tuvo en cuenta que en la materia era de aplicación inmediata el Código Civil y Comercial, y que se encontraba en condiciones de decidir acerca del estado de adoptabilidad ya que los progenitores habían tenido intervención como partes, manifestándose contrarios a tal posibilidad, que fueron los mismos entrevistados personalmente, y que se había cumplido con la escucha a las personas menores de edad involucradas. Dio cuenta además de haberse agotado todas las vías tendientes a la reinserción de las niñas en el seno de su familia de origen, pues se verificaba en el caso la imposibilidad de los progenitores de proveerles lo mínimo indispensable para la sana formación de aquellas. Destacó al efecto las constancias obrantes en el expediente apiolado del control de legalidad de la medida excepcional de protección oportunamente adoptada en relación a las chicas (informes del Copnaf de fecha 27/03/2013, 16/08/2013, audiencia con profesionales del Copnaf de fecha 16/08/2013, informe Copnaf del 31/01/2014), y de las presentes actuaciones se destacó el informe de la residencia socioeducativa Hogar S. J. (en adelante RSE) de fecha 05/09/2014, el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario del Juzgado (en adelante ETI) del 01/12/2014, y la audiencia con las niñas en la que -subrayó el juez- expresaron que quieren irse en adopción con una familia. Dijo el magistrado que estaba confirmada la imposibilidad de los progenitores de brindar la contención necesaria a sus hijas y permitirle un desarrollo integral, en tanto la actitud de los padres se había limitado a oponerse a la declaración de adoptabilidad de sus hijas, sin mostrar acciones concretas, ni cumplir la madre con la comunicación en la RSE. Que si bien el Sr. O. sí concurre al hogar los días sábado, en horario de la mañana, una vez a la semana no alcanza para cubrir las expectativas y necesidades de las hijas. Agregó que según los informes interdisciplinarios, los progenitores no estaban capacitados para dar adecuada contención a sus hijas, ni para asumir con responsabilidad su crianza, ni posibilitar el desarrollo pleno e integral, realzando la importancia de la audiencia donde las niñas expresaron su voluntad de no regresar al ámbito familiar pidiendo una familia adoptiva. Con lo cual, y destacando el prolongado período de institucionalización transcurrido, consideró que era imperioso resolver acerca de la reivindicación plena de los derechos de las

niñas, brindándoles la posibilidad de convivir con un grupo familiar que garantizara el desarrollo de aquellas, resolviendo en el sentido antes detallado.

II.-EL RECURSO. En su memorial recursivo -fs. 116/118 el Sr. O. objetó la descalificación efectuada a los progenitores para ejercer el rol paterno, lo que se consideró arbitrario y violatorio de garantías convencionales. Se sostuvo que existe una obligación del Estado de extremar los cuidados de la familia involucrada, provocar cambios de conducta, acompañándolos con los recursos que permitan arribar a una instancia superadora de los hechos que originaron la necesidad de separar a los padres de su descendencia, y logren superar las dificultades como restablecer el vínculo filial y que las niñas permanecieran junto a su familia biológica. Se afirmó que los informes obrantes en la causa, dan cuenta que la voluntad de los progenitores de restablecer los vínculos paterno-filiales, y que el Sr. O. goza de estabilidad laboral como empleado municipal, lo que posibilita mantener su prole y acceder a una vivienda del IAPV. En segundo lugar se cuestionó la valoración de la prueba realizada por el juez de la causa, y la conclusión a la que arribó del desinterés de O. para con sus hijas y de éstas en volver con su grupo familiar, extremos que se afirmó, no condicen con la realidad, donde los padres de las niñas nunca las desatendieron, ni moral ni materialmente, por lo que es grave la decisión sin que se encontraran reunidos los presupuestos graves que la hubieran habilitado. Finalmente se invocó el interés superior del niño para descartar que la adopción fuera una solución conveniente para las menores de edad aquí involucradas, cuando sus padres se oponen a ello y desean asumir sus roles propios, por lo que se pidió se revoque la sentencia apelada, por ser la misma injusta y causar un gravamen irreparable.

III.- POSTURAS DEL MINISTERIO PÚBLICO Y COPNAF EN PRIMERA INSTANCIA. A fs. 123/124 contestando el traslado del recurso, el Ministerio Público Pupilar en la primera instancia se expidió propiciando la confirmación de la declaración de adoptabilidad apelada, haciéndolo en el mismo sentido el representante de la coordinación Gualeguay del Copnaf a fs. 125/126.

IV.-POSTURAS DEL MINISTERIO PÚBLICO LUEGO DE LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER DEL TRIBUNAL. A fs. 131 y vta., esta Sala dispuso como medidas para mejor proveer la celebración de una audiencia, en la que fueron escuchados los progenitores y las niñas del trámite -fs.134/135-, y se encomendó a la Licenciada M. F. B., psicóloga del Equipo Interdisciplinario de Cámara Gessel del Ministerio Público de la Defensa, entreviste a las cuatro menores de edad, y brinde al tribunal informe sobre la situación de las mismas, el cual obra a fs. 136/146.

El representante del Ministerio Público de la Defensa a fs. 148/149 vta. celebró la escucha adecuada de las niñas llevada a cabo en esta instancia con el abordaje realizado desde la psicología, todo en miras a establecer cuál es la solución más beneficiosa para aquellas. Del resultado de tales diligencias extrajo que para G. M. M. P. debía mantenerse la decisión de adoptabilidad, no así respecto de sus hermanas, quienes auspició permanecieran juntas bajo el cuidado personal del Sr. O. adoptando recaudos al respecto. En especial, se sugirió que el Copnaf coordinación local continuara interviniendo mediante el trazado de un plan de acción y seguimiento, el que deben ser comunicado a este expediente y permitir su seguimiento, incluyendo al grupo en el programa de fortalecimiento familiar y otros programas del estado que

permitan asegurar el pleno goce de los derechos de las personas menores de edad que motivan este juicio, mediante un abordaje en red de la situación sociofamiliar. También se manifestó preocupación por el mantenimiento de las relaciones fraternales del grupo familiar P.-O..

A fs. 150/152 vta. el Ministerio Público Fiscal recalcó la incidencia en el presente caso de derechos convencionales, y que no estamos frente a la imposibilidad de revincular a las niñas con sus progenitores, sino por el contrario, que el progenitor apelante mostró su interés y su responsabilidad durante la medida extraordinaria, visitándolas y asistiéndolas en la medida de sus posibilidades y su magro ingreso de \$3.500, con el cual pudo construir como se lo pidieron desde el órgano administrativo de protección de derechos, una habitación para sus hijas en su austera vivienda. Destacó que el progenitor llegara a esta segunda instancia con su planteo y que las chicas concurren a la audiencia con vestimenta y calzado adquirido por él. Analizó el informe de la Lic. Beorda, y concluyó que la decisión que satisface el mejor interés del niño en este caso, era que todas las niñas con excepción de M. P., retornaran con el padre de las mismas. En el caso de esta última, y dado que de aquél estudio surgía que reconocía a O. como una persona significativa y benevolente pero que no es su padre, sino el de sus hermanas, la solución más beneficiosa sería la adoptiva con otra familia, o bien con su tío materno E. D. B., sin suspender el contacto fraterno. Propició que previa corroboración de si el Sr. O. se encuentra en condiciones de asumir el cuidado de las tres niñas menores, se dicte sentencia en el sentido expuesto, solicitando que el Municipio de Gualguay brinde cobertura y mayor apoyo para el grupo familiar.

En función de ello, a fs. 154 y vta. se ampliaron las medidas de prueba encomendando al ETI de Gualguay la elaboración de un informe socio ambiental en el domicilio del Sr. D. H. O. y de psicología respecto al mismo, el cual producido se agregó a fs. 164/169. A su respecto el Ministerio Público de la Defensa dijo no surgían elementos nuevos, y que las falencias en el rol parental pasado, no impedían se brindara una nueva oportunidad a O. para que lo hiciera correctamente con el monitoreo y acompañamiento del Estado de modo oficioso.

V.- ENCUADRE LEGAL. Repasados los antecedentes del caso, conviene precisar que el Tribunal debe revisar la declaración de adoptabilidad decidida en fecha 20/10/2015 por el juez de grado para las hermanas G. M. M. P. (nacida el), M. O. (), M. M. B. O. () y Y. M. O. () -partidas de fs.74/78-, quienes han transcurrido cuatro años de sus vidas, institucionalizadas luego de una crisis familiar provocada por la separación de sus padres, que las colocó en estado de vulneración de derechos.

Dejaré en principio establecido que el nuevo derecho de adopción incorporado por el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de Agosto de 2015, es aplicable de modo inmediato a los procesos de adopción en trámite, por serlo para las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes y en cuanto la sentencia de adopción es de carácter constitutivo y referida a una cuestión de estado de las personas, aunque en principio no corresponda aplicarlo a las etapas del proceso ya agotadas. Específicamente a su vez, las normas procesales por regla general, se aplican en forma inmediata (salvo para trámites o plazos que hayan tenido principio de ejecución o empezado su curso) (conf.: CS, "D., L. A. y otro s. Guarda", 27/10/2015, en 106360/2013, RC J 6939/15; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las

relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal – Culzoni Editores, año 2015, págs. 83, 110, 117 y 144 a 145; MEDINA, Graciela: “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LL, 2012-E , 1302, DFyP 2013 (marzo), 3; esta Sala en autos: "Z. E. C. Y OTRAS S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN", Expt. Nº 5103/F, del 06/11/2015).

De modo que resultan aquí de aplicación las disposiciones del nuevo código sobre la adopción incluidas en el Libro Segundo, Título VI, que comprenden los arts. 594 a 637, donde se integró la ley 25.854 del año 2.004 que creó el Registro Único de Adoptantes, y la ley 26.061 sobre Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes del año 2.005, que no habían tenido asiento normativo en el Código Civil derogado; como también el contenido mínimo para todos los procesos de familia consagrado en el Título VIII del mismo Libro.

Esta nueva regulación define la adopción como institución jurídica y enuncia seguidamente los principios generales que la rigen, decisión de técnica legislativa que reviste una utilidad práctica indudable, ya que facilita la interpretación y la integración de lagunas -art. 2 CCyC-.

El art. 594 CCyC indica: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

Se deja allí en claro, que el objeto principal de la adopción reside en el derecho del niño a vivir en una familia donde se desarrolle y cubra sus necesidades afectivas y materiales, pero solo cuando las mismas no puedan ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto en el núcleo familiar primario (padres) como el extenso.

La adopción busca entonces materializar de modo subsidiario el derecho del niño, niña y adolescente (NNA) a la vida familiar, y antes de determinar la procedencia de una alternativa adoptiva, deben agotarse las posibilidades de que el niño sea reintegrado a su núcleo de origen (familia nuclear o ampliada), siempre buscando priorizar su interés superior (FERNÁNDEZ, Silvia E.: “Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”, en EDF 58-83, cita Abeledo Perrot Nº: AP/DOC/31/2013).

Los principios generales que rigen en la materia y sobre los cuales se edifica la institución (KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LLOVERAS: "Tratado de Derecho de Familia", Rubinzal-Culzoni Editores, T.II., págs. 31 y sgtes.) se encuentran enunciados en el art. 595 CCyC, aunque tienen su origen en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), razón por la cual, deben ser observados de oficio por el juez, conforme lo viene señalando con firmeza la CorteIDH (CorteIDH, “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24/02/2012, párr.282; “Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 27/04/2012, párrs. 48 a 51).

Se trata de los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Particular importancia depara la aplicación en concreto del principio del interés superior del niño, prisma bajo el cual, el juez debe tomar todas las decisiones en un proceso de adopción. Esto viene asegurado por el art. 3, párr. 1, de la CDN, que otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que lo afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El Comité de los Derechos del Niño explicitó en su Observación N°13 del año 2013, que se trata de un principio guía de la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y que como su carácter es dinámico, se lo debe evaluar adecuadamente en cada contexto. Se aclaró allí a su vez, que el objetivo del art. 3, párr. 1 de la Convención, es velar por que el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño, y que el término “medidas” incluye todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

Complementariamente, el art. 12 de la CDN indica que la determinación del superior interés del niño, exige que se escuche su opinión y sea tenida en cuenta. Por eso, el código unificado no sólo reconoce ese derecho de modo genérico en el plano sustancial en el art. 26 y en el adjetivo en el art. 707, sino además para situaciones específicas como en la adopción, donde se contempla el derecho de NNA a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta según la edad y grado de madurez, incorporando incluso el consentimiento como recaudo obligatorio a partir de los diez años (art.595, inc.f)).

Asimismo para este caso en particular, cobra trascendencia el principio que aconseja el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, el cual precisamente inspira la etapa de declaración de situación de adoptabilidad. Al respecto del tribunal regional de derechos humanos ha dicho que “...el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos” (“Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 27/04/2012, párr.119).

Por otra parte, la pobreza o falta de recursos económicos de la familia de origen, no es una razón que viabilice la adopción, porque ese tipo de situación debe ser resuelta a través de políticas públicas del Estado motorizadas por el órgano de protección de derechos.

Claramente, esta primera etapa del proceso de adopción (la segunda es la guarda con fines de adopción, y la tercera el juicio de adopción), ensambla la actividad del órgano administrativo en su objetivo de reincorporar al NNA en su ámbito familiar de origen, y el proceso de adopción, al que da comienzo formal con la declaración en situación de adoptabilidad. Importa la verificación de la desvinculación familiar y endereza la intervención jurisdiccional hacia la alternativa adoptiva, implicando la privación de la responsabilidad parental (arts. 610 y 700 inc. d) CCyC), todo para lo cual se prevén plazos especiales para acotar los tiempos de definición por estar en juego el interés del niño y su realidad vital, sin por ello descuidar las garantías del debido proceso.

Dentro de los supuestos contemplados en el art. 607 CCyC, el que se verifica en esta causa, es el del inc. c), “cuando las medidas excepcionales tendientes a que el NNA permaneciera en su familia de origen o ampliada, no dieron resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días, momento en que el organismo administrativo de protección de derechos que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad, comunicándolo al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas”.

VI.- LOS HECHOS, LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES DE PROTECCIÓN Y LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD. Las medidas excepcionales de protección adoptadas en el marco del Sistema Integral de Protección de Derechos (ley nacional Nro. 26.061 y arts. 57 y 58 ley provincial N°9861), implican una decisión administrativa de gravedad, que suponen el fracaso de medidas de protección previas, e importan la separación del niño de su grupo familiar de origen y su inserción temporal en algún dispositivo alternativo, familiar o institucional.

De acuerdo a las constancias de la causa apiolada (control de legalidad), las medidas de ese tipo aquí decididas datan del mes de marzo del año 2013, cuando la Dirección de Derechos y Programas para la Niñez, la adolescencia y la Familia del Copnaf, autorizó a la coordinación Gualeguay para llevar a cabo el alojamiento en la RSE S. J. de las niñas G. M. M. P. (entonces de años), M. O. (de), M. M. B. O. (de), y Y. M. O. (de), luego de episodios ocurridos en la Residencia “M. de la C.” en la que estaban con su madre I. P., desde el mes de Mayo de 2012 cuando se las localizó en situación de calle luego de la separación acontecida con el Sr. O..

La comunicación realizada por el órgano de protección de derechos para el control de legalidad del Juzgado de Familia es de fecha 27/03/2013, y todo fue presentado por la Defensora de Pobres y Menores N°2 el 03/04/2013. El informe de la trabajadora social en el que se basa, detalló distintas circunstancias que exponían la doble vulnerabilidad de la Sra. P. y de sus hijos; que el Sr. O. tenía una actitud ambigua, plasmada en la manifestación discursiva de no poder responsabilizarse del cuidado y atención de su descendencia, argumentando la falta de espacio en la vivienda, no contar con familiares que brinden ayuda y extensas jornadas laborales. Apuntó la profesional que por esa dificultad para implicarse en el ejercicio saludable del rol paterno, se abordó la necesidad de realizar tratamiento psicológico con el objetivo de revertirlo.

El plan de acción que contiene dicho informe –fs.6- indica: “generar nuevas instancias, espacios desde donde abordar la modalidad de vinculación materno y paterno filial; sostenimiento de espacio terapéutico para los progenitores; abordar, fortalecer aspectos del rol materno de la Sra. P.; fortalecer la presencia de familiares extensos en la vida de los niños/as de referencia; en el caso de A debido a su corta edad se evalúa pertinente la concurrencia como centro de día a RSE”.

Al vencerse los 90 días, la Defensora de Pobres y Menores pidió una audiencia con el coordinador del Copnaf y la trabajadora social interviniente por ese organismo. Este acto se celebró el 16/08/2013, acompañándose informe –fs.18/20-, donde se mencionó la repercusión negativa del trabajo y alternativas planteadas a la progenitora, aunque el reporte de inserción de las niñas al establecimiento fue positivo. Se señaló que la intervención profesional no logró revertir la implicancia subjetiva de los progenitores en la vida de sus hijos, por lo que se pidió la prórroga de la medida, ampliándola para el niño A. O. de año, y haciendo constar que la Sra. P. continuaba en la Residencia “Reina de la Paz”, con Y. G. de meses de edad, en tanto el Sr. D. H. O. tenía a su cargo a B. O. de años.

En la audiencia del 16/08/2013 –fs.21- el asesor legal de la coordinación del Copnaf y la trabajadora social, dijeron que P. siempre tiene una actitud de pasividad, que tardó incluso para proporcionarles la documentación para tramitar la pensión por madre de siete hijos, y que lo que se haría en los tres meses siguientes sería indagar más sobre la familia in extenso, para ver si algún otro familiar puede hacerse cargo de los niños, en tanto A. quedaría en la residencia “M. M.”. Obra a fs. 22/27 nota de la coordinación del Copnaf con la autorización de tales medidas (prórroga y medida excepcional) impartidas por la Dirección de Derechos y Programas para la NAF del Copnaf. El plan de acción de la trabajadora social indicaba: “sostenimiento de los espacios/ámbitos de intervención para con la progenitora, requiriendo necesariamente la modificación de modalidades de trabajo que tiendan a generar instancias de reflexión respecto del rol materno” –fs.22/24-.

A instancias del Mrio. Pupilar a fs. 31, en fecha 23/09/2013, se celebró audiencia con la Sra. P., quien manifestó que no quería que su hijo L. quedara nuevamente en el hogar y que estaría con el tío M. Z. por tres meses.

El 18/03/2014 a fs. 34/41, también con la convalidación de las autoridades del órgano provincial, el Copnaf pidió nueva prórroga de la medida excepcional de protección, aludiendo a un plan de acción que no condice con la moción, en cuanto el informe de trabajadora social propició instar la declaración del estado de adoptabilidad de las niñas.

Llama la atención a su vez, que el mismo informe consignó textual un dato que venía dicho en los anteriores de fs. 19 y 23, esto es: “respecto de la figura paterna Sr. O., ésta se ha caracterizado por ser irregular, prevaleciendo períodos extensos de ausencias. Cumple con la cuota alimentaria fijada judicialmente, dinero depositado en el banco, siendo responsable del cobro la Sra. P.. No surge del discurso de las niñas demanda por la presencia de esta figura” –fs.38-.

La profesional alude haber realizado diversas entrevistas con las niñas, abordando sus deseos y necesidades, en donde le expresaron la solicitud de ser incluidas en el marco de un grupo familiar,

y que “J. y M.” eran contundentes de no retomar junto a la progenitora debido a las vivencias transitadas.

Se insiste allí en el trabajo de fortalecimiento de los recursos personales de la progenitora pero ninguna intervención se menciona en cambio respecto del Sr. O..

A fs. 44, en fecha 04/04/2014 se aprobó la prórroga de la medida excepcional, sin contar entonces con un plan de acción por parte del órgano de protección de derechos.

El 30/06/2014 se celebró nueva audiencia ante el juez y la Defensora de Pobres y Menores con los mismos profesionales del Copnaf –fs.67- decidiéndose a partir de la misma convocar a los progenitores aunque las actuaciones continuaron de ahí más (en relación a la situación de las niñas) en el presente expediente de declaración de estado de adoptabilidad donde el 09/12/2013 ya se había instado por dicho órgano administrativo esa primera etapa del proceso de adopción - fs.1/6-, con dictamen favorable del Ministerio Público Pupilar –fs.8/9- y el Ministerio Público Fiscal –fs.12-, corriéndose “traslado de la demanda” a los progenitores por resolución del 10/04/2014.

La Sra. D. I. P. a fs.27 y vta. (04/08/2014) se opuso a la declaración de adoptabilidad de sus hijas, manifestando que de modo inminente solucionaría su problema de vivienda, que estaba en pareja con el Sr. E. G., de profesión albañil, y que con el ingreso de ambos, podían hacerse cargo de todas las niñas, que estaba realizando tratamiento psicológico, y que las visitaba, oportunidad en las que aquellas le habían manifestado que querían permanecer con ella u otros miembros de la familia ampliada a quienes mencionó.

Por su parte el Sr. D. H. O. –fs.28/29- pidió se dejara sin efecto este trámite, manifestando su voluntad de asumir los cuidados en forma exclusiva de todas las menores de edad. Negó que careciera de implicancia con las niñas, a quienes afirmó visitaba todos los sábados, y que recién tomó conocimiento de estas actuaciones por notificación del 28/07/2014, mientras que el alojamiento en la RSE lo fue por comportamientos de la madre biológica. Relató que vive con su hijo A. O. en un inmueble que linda al de su madre, Sra. M. L. O. de Z., quien colabora con la crianza del mismo, y que también cuenta con la ayuda incondicional de su hermana, la Sra. M. de los Á. O., quien incluso los fines de semana retira a M. y M., quienes permanecen dos días con su familia.

A fs. 31/32 obra informe del ETI del Juzgado, quienes entrevistaron a los progenitores, y concluyeron que la problemática es compleja y que era necesario avanzar en aspectos vinculados a dimensionar la capacidad de estos padres para el ejercicio de los roles materno/paterno con el entrecruzamiento y análisis de los profesionales hasta ahora intervinientes en el área administrativa y la RSE. A fs. 34 se celebró una audiencia con la modalidad de audiencia preliminar, fijándose como hechos controvertidos los afirmados en la petición en trámite, y se ordenó la producción de prueba.

La Directora de la RSE dio detalle a fs. 35/38 acerca de la cotidianeidad de las niñas en el ámbito institucional, quien corroboró que O. visitaba a las niñas, los días sábado y les ha llevado regalos

aunque desde un rol alejado o desfigurado, pero que era notable la actitud de su hermana, quien se convirtió en una referente positiva para aquellas, mientras la madre biológica no cumplía con las visitas acordadas, reflejando desinterés y falta de compromiso.

A fs. 47 (también a fs.68) el Sr. O. acompañó constancias de estar realizando tratamiento psicológico y pidió ser autorizado para que las niñas permanecieran en su casa desde el viernes a la tarde hasta el día sábado a la misma hora, a cuyo respecto se pronunció el Copnaf –fs.54- reiterando la postura inicial por lo que no recomendaba el régimen de visitas propuesto, no obstante como también lo propició la Defensora de Pobres y Menores –fs.56-, se interesó se diera intervención al ETI para que se expida sobre la conveniencia de implementar aquél cambio, que a fs.58/61 (presentado el 19/12/2014) opinó negativamente en cuanto a lo pedido por O., afirmando que debía continuarse con la declaración del estado de adoptabilidad.

Además al referirse a O. -ver fs. 59- puntualizan que “M.” actualmente no lo quiere ver, por haberse enterado que no es su padre biológico, pero que si concurre al hogar los días sábado y realiza actividades con las niñas restantes. Apuntaron las profesionales que O. fue incongruente e inconsistente en el relato de la modalidad de tenencia del hijo B., pues a pesar de decir que está a su cargo, en la descripción indica lo contrario, al detallar las actividades que realizan su madre y hermana; que trabaja de 6 a 12 y a la tarde ocasionalmente hace changas, sugiriendo que sería importante visitar la casa.

Se recalcó en ese informe que O. mostró una intencionalidad clara de impresionar bien a las entrevistadoras, y una tendencia de culpar a su ex esposa de la situación en la que se encuentran los hijos, sin “apropiarse” de la responsabilidad que le compete a él, ni evidenciar implicarse subjetivamente en el cuidado y protección de los mismos. Que la asistencia a psicoterapia la hace por un mandato desde el ámbito judicial respondiendo que “es por sus hijas”, lo que fue calificado como “relato vacío, carente de credibilidad”, por lo cual difícilmente modifique su estructura. Aseguraron que existen fallas, falencias en lo que implica la función paterna.

Por sugerencia del ETI y a pedido de la Defensora de Pobres y Menores –fs.63-, el juez entrevistó el día 27/02/2015 a las niñas “M. O., M. O. y J. P.” –fs.71-, para que fueran oídas, consignándose en el acta que tanto J. como M. y M. coinciden en que quieren irse en adopción con una familia; que a la casa con sus padres no quisieran volver porque había muchos problemas, lo cual refirió “J.” (en rigor G.), en tanto que M. expresó que sus padres se peleaban demasiado, y M. dijo que su mamá le pegaba con un cinto. Se dejó constancia además que expresaron “que sus padres no las van a ver”.

No consta que se hubieran adoptado ajustes razonables para el abordaje en la escucha.

Luego de aquello y de expedirse los Ministerios Públicos, el 20/10/2015 se declaró la adoptabilidad ya aludida, disponiendo que cuando se encontrara firme la decisión se oficiara al Copnaf y al Registro único de Aspirantes a Guarda con fines de adopción de la provincia (RUAER) para que remita los legajos seleccionados para iniciar la guarda con fines de adopción –fs.86/90 vta.-.

VII.-PRUEBA NO CONSIDERADA EN LA SENTENCIA Y EL RESULTADO DE MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER DEL TRIBUNAL. Luego de la sentencia –fs.91/104- se agregaron informes de la RSE y psicológicos de las cuatro personas menores de edad aquí involucradas que habían sido presentados por el Copnaf el 08/10/2015, y ordenado reservarse hasta que se emitiera el fallo – fs.105-. Sin que fuera entonces atendida por el sentenciante, la Directora del Hogar S. J. dio cuentas de que "J." y M. conocen como única figura paterna al Sr. D. O. (quien se responsabilizó legalmente de la niña M. otorgándole el apellido) pero que ambas saben que él no es el padre, sin querer hablar del tema (en el punto existe una confusión de nombres). Especialmente M. expresa su cariño hacia D., colocándolo en un rol sumamente activo y estable con ella, a diferencia de su madre a quienes pocas veces nombran, desilusionadas en cierta manera por la actitud de indiferencia de aquella. También anotó que M., se expresa con facilidad y así manifiesta su cariño y vínculo sostenido en el tiempo con su papá, a quien lo reclama y lo posiciona en un lugar sumamente significativo, no así a su madre, y que esto coincide en Y..

Aclaró la Directora que ante los deseos que expresan de egresar de la institución, dicen querer hacerlo con una familia alternativa a la biológica, sosteniendo ese interés a lo largo del tiempo, pero también dicen que quieren seguir viendo a su papá a quien aprecian y valoran. Ese interés, explicó, ha sido producto de tantos años de institucionalización y falta de un plan de vinculación con sus progenitores –fs.92-.

Importa asimismo que dicho informe recalcó que todas las semanas, cumpliendo días y horarios, O. visitaba a sus hijas, compartiendo momento de recreación, les llevaba regalos y elementos solicitados por las niñas; que se mostraba respetuoso y predispuesto para ayudar en todo lo que le fue solicitado al cabo de los últimos años, diferenciando su actitud con la de la Sra. P.. Mencionó otros familiares que visitaban a las niñas: la tía I. P., el tío E. C. y M. O.. Concluyó recalcando el amplio lapso temporal de permanencia en la RSE, y auspiciando una adopción simple en la que las niñas pudieran permanecer juntas.

Los informes psicológicos que también habían sido aportados antes de la sentencia pero se agregaron al expediente luego de la misma, fueron elaborados por la psicóloga del área salud mental del Hospital San Antonio que atendió a las chicas, dando detalle del abordaje realizado con cada una y sus particularidades. Se destacó en relación a M. su buena relación con la figura parental, que expresa el tiempo y afecto que comparte con su papá a diferencia de la relación que mantiene con su mamá, con escasa o casi ausente vinculación.

Ya ante este Tribunal, las medidas adoptadas arrojaron los siguientes resultados:

En la audiencia celebrada el 04/05/2016 las cuatro niñas fueron oídas en forma individual y con la presencia de los Ministerios Públicos, y luego se mantuvo audiencia con los progenitores. Aun cuando no se tomó nota en el acto (modalidad esa que hubiera sido la adecuada) creo importante destacar que las tres más pequeñas expresaron su deseo de volver con su papá, no así G. M. M., la hermana mayor. En todos los casos dijeron estar vestidas con ropa y zapatillas regalados por O., a quien se refirieron desde el afecto, contando anécdotas de momentos compartidos con él, sus visitas, cumpleaños, fiestas de fin de año. Todas mostraron buenos modales, comunicativas,

atentas y aptas para dar y recibir cariño. Tales impresiones y datos coinciden con los volcados en el informe de la Lic. B. requerido por el Tribunal.

En cuanto a los Sres. O. y P., ambos insistieron con la oposición a la alternativa adoptiva, mostrando en el caso del primero, que él podía asumir el cuidado, que construyó la pieza que le exigió el Copnaf, que concurre al psicólogo y que conoce la necesidad de que las chicas estudien. En cuanto a la madre, manifiesta que vive en pareja y que cuentan con vivienda amplia en la que podría recibirlas, pero como tiene otros cuatro niños, reconoció que en mejores condiciones estaba el padre, y comentó que un hermano suyo, llamado D. B., que trabaja en un tambo junto a su mujer, estaría en condiciones de asumir la crianza de las dos niñas mayores.

Destaco del estudio de la Licenciada M. F. B. obrante a fs. 136/143 vta. los siguientes elementos: 1) de G. M. M., a pesar de su buen estado en general, en el plano emocional mostró angustia que tiene correlato en su historia de vida y a ciertas exigencias ligadas a su personalidad y su rol de hermana mayor. Que reconoce al Sr. D. O. como persona significativa y benevolente para con ella, sin embargo pone distancia al referirse al padre de sus hermanas, mostrando un vínculo afectivo que no se encuentra consolidado, y donde la adopción representa un espacio diferente para ella, donde encontrar algo propio: una familia para ella. Infirió que la adopción es una posibilidad apropiada en este caso, pero manteniendo el contacto con las hermanas. 2) de M. también observó un buen aspecto general, que le manifestó que sabía que debía decidir con quién estar, que lo pensó y que quería quedarse con su familia, como también sus hermanas, aunque no sabía bien con quién quería estar M., resaltando que desea no perder contacto con ninguna de ellas. La relación con su madre parece lábil y caracterizada por la ambivalencia, no así el vínculo con su padre, el Sr. O., a quien presentó como referente significativo y que también tienen solidez los vínculos con la familia ampliada. Marcó la psicóloga que para M. la adopción no es visualizada como una posibilidad positiva. 3) en cuanto a M. M. B., repite el buen aspecto general, saludable y estado lúcido. Indicó que identificó al padre como referente, quien las visita los fines de semana, y que expresó con angustia que desea estar con su papá, que lloró al interpretar que la situación de distancia para con su grupo familiar podría deberse a cuestiones económicas en juego (y terceros), sin dimensionar las conflictivas que existieron en el marco familiar. La niña expresó claramente la buena relación con sus hermanas, el apego con la mayor, su deseo de vivir con su papá, y refirió tener contacto asiduo con miembros de la familia extendida. Concluyo la Lic. B., que para M., la familia de origen resulta un espacio oportuno, que al respecto se expresó de modo claro y con elevada carga de angustia frente a la situación de incertidumbre. Subrayó que para esta niña la figura paterna es la más significativa, pero no muestra igual apego por su mamá, a quien extraña, pero la percibe como más distante, en tanto que la protección y modelo claro con el que cuenta, es el de su hermana mayor M.. La adopción no es entonces para M. –reiteró– una opción viable, ya que se identifica con su familia de origen como grupo de pertenencia, y subrayó la importancia de mantener el vínculo fraterno. 4) en relación Y. M. anotó su buen aspecto general, que se muestra saludable, con estado lúcido y que carece de registros de su familia de origen por haber entrado a la RSE a los años. Sin embargo pudo advertir la existencia de un vínculo con su mamá (como figura de amor) y su papá (quien la acompaña y cuida) de tipo significativo. A nivel psíquico la niña (de

años) no cuenta con suficientes recursos que le permitan una elección consciente de sus posibilidades de vida, aunque infirió que su familia de origen ha sido caracterizada como grupo de pertenencia.

A propósito de los informes ordenados a fs. 154 y vta. (socio-ambiental y psicológico) a cargo del ETI del Juzgado de Familia de Gualeguay, se detalló a fs. 164/169:

1) que D. H. O., de 29 años, es empleado municipal y percibe unos \$4.500 mensuales, vive en construcción lindante a la de su madre, M. L. O., tratándose de una casilla, compuesta por habitación y una cocina de condiciones precarias, ubicado en zona periférica, con acceso a servicios básicos; las profesionales corroboraron que realiza terapia psicológica desde el año 2015, y apuntaron que de la entrevista surgieron aspectos de la vida familiar, la ruptura con la Sra. P. y la imposibilidad de subsanar los problemas que esto ocasionó; que dijo haber estado muy mal, no haber sabido qué hacer con las niñas porque trabajaba mucho y el escenario familiar de ese momento no era el adecuado para cobijarlas, pues estaba muy enojado con la Sra. P..

2) se entrevistó en el domicilio a la Sra. M. L. a O., de 60 años, madre del D. H., quien cuenta con un ingreso de \$4000, y habita una construcción de material lindante a la de aquél, sin revocar en su totalidad, con piso de portland y techo de chapa de zinc, compuesta de dos dormitorios (una con una cama de una plaza y otra con cama de dos plazas acondicionada para cuando las niñas regresen), cocina y baño. La Sra. O. detalló problemas de salud que habría superado, que mantiene un tratamiento, y que aquello habría sido un obstáculo para que pudiera ocuparse de sus nietas, pero que ahora puede colaborar con su hijo. Reconoció que no las visitaba en el hogar porque la moviliza mucho el apego de sus nietas, y luego tener que dejarlas en la residencia. Manifestó que la entusiasmaba que vivan en su casa y que serían una compañía para ella.

3) Fue entrevistada además, M. de los Á. O., de 40 años, empleada municipal, quien vive junto a su esposo y un hijo de 10 años. Se ocupa de la crianza de su sobrino B. de 8 años, quien suele quedarse a dormir en su casa, que lo ayuda en tareas escolares, le cocina y lo organiza, lo lleva y busca de la escuela como a los tratamientos necesarios, como el de la psicóloga, y que D. les facilita el salario; que ella habla mucho con él, incluso lo ayuda para afrontar los gastos del asesoramiento jurídico para recuperar a su hijas. Reconoció que su hermano ha sido inmaduro, que llora por sus hijas pero que le ha costado asumir el rol y la función paterna. Consultada sobre si colaboraría con el cuidado de las niñas, dijo que sí, aunque no se responsabilizaría como lo hace con B., pero la preocupa cómo se desencadenaron las decisiones, no lo entiende y se pone en el lugar de D., ayudándolo para que recupere sus hijas.

4) Se concluyó que el Sr. O. (joven e inmaduro frente a la crisis que desató la separación con la Sra. P.) se encuentra en la actualidad movilizado y gestionando para lograr que sus hijas regresen a su casa, lo cual es compartido por su madre y hermana, quienes están dispuestas a colaborar en la atención de las niñas, coincidiendo el grupo en la solidaridad por el regreso de éstas con el papá; quien si bien ha incorporado herramientas para procesar y reparar algunos aspectos de su vida, no podrá solo ocuparse de sus hijas. De allí que los dispositivos familiares (madre y hermana) son elementales y necesarios, y en ausencia de ellos el rol paterno no podrá llevarse a cabo, debido a

las fallas del Sr. O., en el sentido de criar, cuidar, proteger y acompañar el desarrollo de sus hijos. Que debería organizarse e implementarse un plan de acción que contemple a sus hijas y sostenerlo con ayuda profesional.

En conclusión, O. con sus limitaciones, se encuentra en condiciones de asumir (con los apoyos y dispositivos necesarios) el cuidado de las niñas, brindándoles un ámbito familiar que por ser el propio, es el óptimo para el desarrollo pleno de las mismas.

VII.-DÉFICIT CONSTATADOS EN TORNO A LAS ACCIONES POSITIVAS DEBIDAS. El cúmulo de material probatorio colectado evidencia que en el caso existió un despliegue del Estado de tipo protectorio para con las niñas P.-O..

No obstante, a la par, se verifican ciertas desinteligencias e inconsistencias a la hora de diseñar e implementar los planes de acción que avalaban las medidas excepcionales de protección, excesiva dilación en el tiempo en torno a cada una de las medidas adoptadas, y una suerte de prejuicio o desvalorización de la figura paterna, ya que O. no fue visto como una alternativa familiar, aun cuando nunca abandonó su rol y mostró perseverar por superar dificultades subjetivas y materiales, para recuperar a sus hijas (incluso a quien sabiendo no lo es desde el punto de vista biológico, la quiere y pretende cuidarla como tal). Como no se visibilizó positivamente a dicha persona, ni se evaluaron sistémicamente sus dificultades, tampoco fue destinatario de medidas de fortalecimiento familiar específicas.

En rigor, los planes de acción aquí ventilados, se muestran como enunciados técnicos o de propósitos cuya idoneidad mal puede ser medida sin un detalle circunstanciado de los recursos destinados.

Concatenado con tales defectos, la escucha de tres de las cuatro niñas llevada a cabo por el juez de la causa a fs.71 (en fecha 27/02/2015), desde lo formal no permite verificar que se hayan adoptado recaudos o ajustes para que el acto resultara fructífero y una auténtica garantía de aquellas, y carece de tempestividad, si se coteja la fecha de la sentencia (20/10/2015). En sustancia, el resultado obtenido no se condice con los informes profesionales de fecha anterior a la sentencia y los colectados en esta segunda instancia.

Debo por eso señalar que no se trata de audiencias que vengan a cumplir pruritos formales, ya que el derecho del niño a ser oído es el complemento necesario del principio del superior interés del mismo, de modo que su desarrollo por tratarse de una garantía, exige una correcta preparación del juez con el auxilio del equipo técnico del organismo.

Creo acertadas tener en cuenta estas condiciones enunciadas por la doctrina: 1) Libertad para emitir opinión: la expresión de su voluntad respecto de la cuestión jurídica a dirimir debe ser producto de la información suficiente, accesible al niño según su edad y circunstancias personales y adaptadas a ellas; 2) Generar un entorno adecuado; 3) Lograr que se visualice el derecho a expresarse del niño, como un derecho personal y la entrevista es personal con el juez, pudiendo estar solos o en presencia de otros operadores, explicándole sus funciones; 4) Los niños deben

percibir que existe por parte del juez concentración y disponibilidad para la escucha, y debe este munirse de técnicas en determinados casos necesarias para establecer la comunicación, en relación a la información que se brinda, las preguntas que se formulan y el lenguaje adecuado. 5) La escucha judicial es una opción que garantiza la observancia del derecho a ser oído, pero no puede ser entendida como una obligación, lo cual el niño debe saberlo. También el niño debe sentir que su palabra no lo perjudicará o no será lo único que decida la cuestión, evitando siempre que sienta la pesada carga de tener que decidir, pues en rigor, esa es la función del juez (GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, "Escucha del Niño en sede judicial", en Suplemento DPI Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 8, del 29/03/2016).

No veo aquí realizado un esfuerzo jurisdiccional de la primera instancia en ese sentido.

El paso del tiempo y las excesivas demoras constatadas entre uno y otro acto, no es un dato menor en esta causa, cuando como es sabido, "...en vista de la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades" (CorteIDH, "Medidas Provisionales Respecto de Paraguay, asunto L.M.", del 01/07/2011).

Creo por tanto, que la labor conjunta de los órganos administrativo y judicial de protección no ha sido correctamente enderezada, ya que el lapso temporal de la medida excepcional debía estar destinado a intentar fortalecer el vínculo materno/paterno-filial y la reinserción, cuya posibilidad cierta o no, mal podía verificarse en base a informes dispersos en el tiempo, sin un plan de acción concreto que supervisar, y donde las alternativas en el grupo familiar nuclear o ampliado no fueron analizadas acabadamente.

Todo ello es de prioritaria exigencia en el ejercicio del control de legalidad que ejerce el Juez de Familia, máxime cuando solo si el reintegro buscado no resultó posible, se debe instar la declaración de adoptabilidad como alternativa subsidiaria.

En términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puede válidamente decirse, que en relación a las situaciones descriptas, los Estados tienen la obligación de determinar todas las medidas necesarias y adecuadas que razonablemente se les puede exigir, para que las personas menores de edad "logren llevar una vida familiar normal en el seno de su propia familia antes de entregarla a una familia de acogimiento y posteriormente de adopción" (TEDH, "Asunto R.M.S. c. España", (Demanda nº 28775/12), del 18/06/2013, párrs.92 y 93; en similar sentido, "Asunto K.A.B C. España" (Petición n 59819/08) del 10/04/2012).

Los pilares sobre los que se debe edificar esta etapa, están relacionados con el derecho de todo NNA a ser cuidado y criado por su familia de origen o ampliada, de modo que la prioridad de la familia biológica importa la subsidiariedad de la adopción, que solo debe actualizarse cuando la

familiar nuclear o ampliada no está determinada o cuando ha abdicado de sus responsabilidades o se encuentra impedida de brindar al niño o adolescente las condiciones mínimas para su desarrollo y formación integral (conf.: HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel: “El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran”, en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Directora S.E.Fernández, Abeledo Perrot, T.I, pág.1221).

Cierto es que el derecho a la convivencia familiar no es absoluto, porque el deber del Estado de garantizarlo cede en ciertos casos puntuales dando lugar a otras formas de convivencia, pero también lo es que conforme lo establece el art. 18.2. CDN, a los efectos de garantizar y promover los derechos reconocidos en la Convención, los Estados partes deben prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño. Por su parte el Protocolo de San Salvador (ley 24.658), en su art.15.1., reconoce el derecho a la constitución y protección de la familia y el deber del Estado de velar por el mejoramiento de su situación moral y material, lo que comprende según el art. 15.3., “ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.

En el art. 16 del mismo instrumento, se reitera que “todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”.

En consonancia con ello, la ley 26.061 reconoce a la familia como responsable prioritaria de garantizar a los niños el despliegue y disfrute de sus derechos a la par que obliga a los organismos estatales integrantes del sistema de protección al afianzamiento a partir de políticas y programas que permitan a los progenitores, en igualdad de condiciones, asumir tal responsabilidad (art.7), en tanto que la finalidad de las medidas que se adopten es la preservación o restitución a las niñas, niños y adolescentes, del disfrute y goce de sus derechos vulnerados o la reparación de sus consecuencias (art.35), siendo prioritaria la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares, y en cuanto “la amenaza o violación sea consecuencia de las necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, deberán incluirse en programas de apoyo, incluso económicos, con miras al mantenimiento y empoderamiento de los vínculos originarios” (art.35).

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en medida cautelar decretada contra nuestro país, debió recordarnos que la jurisprudencia del Sistema Interamericano e internacional ha sido constante en materia del derecho a la protección de la familia del niño, reconocida en el artículo 17 de la Convención Americana. “Al respecto, tanto la Corte Interamericana como la CIDH han señalado que tal derecho conlleva a que los Estados están obligados no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, conforme al art.19 de la Convención, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el

desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar” (CIDH, Res.22/2016, Medida Cautelar Nro.540-15, “Asunto M. y su hijo Mariano respecto de Argentina”, del 12/04/2016, párr.11).

De modo que allí deberán estar enderezadas las acciones positivas del Estado en salvaguarda de tales derechos humanos, y es el Estado a su vez, quien tiene a su cargo acreditar que la actividad desplegada fue la suficiente como para lograr el fortalecimiento, alentando las prácticas de crianza saludables entendidas como las que promueven las potencialidades del niño. Sin que se compruebe que todas las acciones desplegadas por los organismos del estado estuvieron dirigidas a recomponer la estructura familiar en la medida de sus posibilidades reales, y su fracaso, es ilegal recurrir a un sistema familiar alternativo al de origen (conf.: GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela: “El principio de fortalecimiento familiar ¿un nuevo paradigma?”, en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Directora S.E. Fernández, Abeledo Perrot, T.II, pág.1327)

En esta causa, el largo lapso de institucionalización de las niñas no ha sido eficazmente usado para cumplir ese objetivo del reintegro a la familia propia, y en alguna medida esto ocurrió al soslayar que esa alternativa prioritaria, la brindaba el propio padre, y que incluso, en relación a la situación particular de M., existían posibilidades dentro del grupo ampliado familiar, que no fueron exploradas.

La decisión apelada no resiste por tanto, el control de convencionalidad que los jueces como parte del Estado tenemos mandado, ya que el hecho que O. se mostrara como padre solo, dispuesto a asumir los cuidados de las niñas, debió relacionarse con lo fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fornerón e hija”, cuando dijo que “el estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a “la ausencia de familia biológica”, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre....” (“Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 27/04/2012, párr.96).

Adicionalmente, la Corte Interamericana señaló allí, que “no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas” (párr.98).

De tal manera, el defecto aquí detectado en la actuación de los órganos de protección de derechos, administrativo y judicial en la labor que les atribuye el sistema de protección integral de la niñez, muestra el acierto de sus planteos recursivos del Sr. O., cuyos agravios son a mi entender, procedentes en torno a la situación de sus hijas M. O., M. M. B. O. y Y. M. O..

III.-LA SITUACIÓN DE LAS CUATRO NIÑAS Y LAS ACCIONES POSITIVAS PENDIENTES. Diferenciaré las situaciones de las chicas atendiendo las opiniones recabadas y la escucha llevada a cabo por este Tribunal, aunque dejando en claro, que en ninguno de los casos, el Estado ha concluido ni

concluirá en lo inmediato su labor de protección, sino que es preciso sostenerla en el tiempo a partir de un trabajo en red, tal como viene propuesto desde el Ministerio Público de la Defensa.

a) En primer lugar, los elementos que he reseñado pusieron en evidencia que la opción sentencial realizada para las niñas O., no fue acertada, y que la declaración de adoptabilidad a su respecto debe ser revocada.

A la par, es preciso contar con un plan de externación y emplazamiento en el domicilio del progenitor, acompañado de un diseño de recursos y dispositivos para sostener el rol de cuidador, y el fortalecimiento de la familia, incluyendo: a) forma gradual de llevar a cabo la externación y cambio de residencia, en proceso que deberá completarse al cabo de treinta días; b) esquema educativo; c) sistema de apoyos y dispositivos que deberá brindar la coordinación del Copnaf; d) injerencia de la Municipalidad de Gualeguay en su rol de empleadora, para que por el área y/o articulaciones que correspondan, contribuya y/o facilite la puesta en condiciones de la vivienda y mobiliario del Sr. D. H. O., de modo de permitir en base a un modelo tipo de vivienda social, la sana convivencia del mismo con los hijos menores a cargo, manteniendo el entorno familiar posibilitante, de su hermana y madre; e) programar de sostenimiento del contacto con la hermana G. M. M., y la vinculación con la madre biológica y su grupo familiar; f) esquematizar el seguimiento del caso y control de cumplimiento de las acciones positivas que se ordenen y requieran a otros órganos del Estado para el trabajo en red.

Al efecto, recepcionados los autos, el juez deberá emplazar al ETI para que de modo articulado con el equipo técnico de la coordinación del Copnaf y el Ministerio Público de la Defensa, lleven a cabo la elaboración del “Plan de Externación y seguimiento” en un plazo máximo de DIEZ días, el cual aprobado por el juez, deberá implementarse en forma INMEDIATA.

Más allá de las medidas específicas que se establezcan en el “Plan de externación y seguimiento”, al Ministerio Público de la Defensa le cabe el control y supervisión del cumplimiento como asimismo la detección y de todo tipo de vulneración de derechos que deba ser revertida o amenaza que justifique articular medidas de prevención, conforme a las funciones que le asigna en lo judicial y extrajudicial el art. 103 CCyC.

Esta Sala debe poner en conocimiento del Sr. Intendente de la Municipalidad de Gualeguay, la contribución que se le requiere en relación a la vivienda del apelante, medida destinada al fortalecimiento familiar del Sr. O., y las condiciones de vida digna del grupo.

b) Otra es la situación de G. M. M. P., dada su resistencia actual a la figura de O. en el rol paterno, y la fragilidad y emotividad negativa que mostró por saber que carecen de vínculo biológico, y su idealización de contar con una familia adoptiva que remedie las falencias que hasta ahora sufrió.

Tampoco para ella la madre biológica implica una opción válida, pues como ha sido visto, la Sra. P. no ha mostrado haber revertido sus dificultades para ahijar a M., quien mayores registros posee de los tiempos críticos que motivaron la institucionalización del grupo, y por ende secuelas

negativas. Esta niña a su modo, mostró la necesidad de contar con una familia contenedora que la ayude a superar el pasado, para sin desconocer su identidad, lograr un pleno desarrollo vital.

Creo pues que en este caso en efecto se agotaron las posibilidades de que sea reintegrada a su núcleo de origen, lo cual resultaría contrario al principio del interés superior del niño en concreto, ya que es evidente que la madre no puede asegurarle a M. todo cuanto no ha podido darle hasta ahora, pero además ésta desestima claramente la posibilidad de intentarlo.

Y como ya hemos dicho en esta Sala con cita de la Corte de Provincia de Buenos Aires, una solución que alongara la revinculación con la familia biológica controvertiría la intervención oportuna del Estado y la toma de decisiones en un plazo razonable, cuando se sabe que el paso del tiempo tiene particular importancia para la infancia estando pendiente el derecho de crecer en el seno de la familia, en un ambiente de amor y comprensión (preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño)". Además, "...en resguardo de ese interés superior y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994" (SCBA, "O. ,A. s/ guarda con fines de adopción", 29/10/2014, en APJD 05/02/2015).

Estimo en suma que la definición de la situación de esta niña es un derecho fundamental de ella que no admite más dilaciones, y que en su caso, la alternativa adoptiva debe ser sostenida y avanzar rápidamente en ese sentido.

Bajo ese enfoque, opino que además que confirmar lo decidido a su respecto, corresponde requerir al RUAER que al seleccionar los legajos, sean priorizados los inscriptos que cuenten con domicilio real en la ciudad de Gualeguay o localidades cercanas, de modo de preservar los vínculos filiales y fraternos, y que de modo paralelo, explore y en su caso evalúe, la aptitud de los miembros de la familia ampliada que en la causa se han mencionado como potenciales guardadores con fines de adopción u otras variantes de crianza, lo cual implica no descartar frente a dificultades del sistema, otras alternativas que mejor la beneficie (conf.: BALLARIN, Silvana R.: "Abordaje jurisdiccional de los derechos humanos de los niños en la adopción: los adolescentes, los niños con discapacidad física o mental y los grupos numerosos de hermanos", en Rev. Derecho de Familia, N°71, Abeledo Perrot, pág. 1 y sgtes.).

La tarea descrita, deberá desplegarla el RUAER con extrema celeridad en función del impacto que puede ocasionar en la niña la externación de sus hermanas, otorgándole un plazo de DIEZ DÍAS.

Mocionaré a tal fin que ese requerimiento le sea notificado a dicho registro por la Secretaria de esta Sala, de modo que recepcionados los autos por la primera instancia, pueda continuarse sin demora con la etapa de guarda con fines de adopción de "M.", como es llamada por sus hermanas. Al efecto de procurar la información necesaria al mencionado Registro, deberá colaborar funcionalmente el Ministerio Público de la Defensa.

A raíz del cuadro descrito por la Licenciada Beorda en su informe, tendrá que intensificarse la terapia psicológica que la niña viene llevando a cabo, lo cual será especialmente encomendado a la Dirección de la RSE, a quien, como al coordinador local del Copnaf, le será notificada la presente con copia íntegra de la misma.

Finalmente, dando cumplimiento a las garantías que tienen acordadas las personas menores de edad, entiendo que en lo sucesivo, deberá acordarse a M. participación en el proceso, y en cuanto aún no cuenta con 13 años, previa opinión del equipo técnico, si contara con madurez suficiente, otorgándosela de modo directo con patrocinio de abogado especialista, y en su defecto, designándole un tutor ad litem que la represente. Por carecer en la provincia de una regulación especial de dichas figuras, al efecto se recurrirá a los abogados de lista que cuenten con especial conocimiento y dedicación a los temas de familia (MIZRAHI, Mauricio L.: "Responsabilidad Parental", Editorial Astrea, año 2015, págs.89/112).

IX.-ASIGNACIÓN DE FONDOS ASISTENCIALES AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO. RENDICIÓN DE CUENTAS. El 11/04/2014 –fs.45 del expediente apiolado de control de legalidad- el letrado que representa a la Coordinación local del Copnaf, Dr. M. L. G. E., basado en que los cinco niños (incluyendo a A. L.I) estaban en estado de abandono material y moral por parte de sus progenitores biológicos, requirió se autorizara al coordinador del órgano administrativo Gualeguay para el cobro de las asignaciones familiares que debía percibir O. de parte de la Municipalidad de esa ciudad por sus hijos, y a la Sra. C. Directora de la RSE "S. J.", para cobrar ante la ANSES la asignación universal por hijo correspondiente a G. M. P..

A fs. 48 de las actuaciones apioladas el juez de grado hizo lugar a tales pedidos, ordenando las comunicaciones respectivas a la Municipalidad y al ANSES. Existen diversas constancias en ambos expedientes, de que tales medidas se cumplimentaron.

En mi opinión una petición de ese tipo debe enmarcarse procesalmente como una medida complementaria a las de protección de índole cautelar, exponiendo los recaudos pertinentes y notificando lo resuelto a las personas interesadas, extremos que aquí no se verifican. Esto, pues hasta tanto no quede firme la declaración de adoptabilidad, a tenor de lo normado por el art. 610 CCyC, los progenitores no están privados en principio de la responsabilidad parental y por ende de las obligaciones de asistencia inherentes. Obsérvese que en este caso además, O. continuó ejerciendo un rol paterno activo, atendiendo desde sus posibilidades, las necesidades materiales de sus hijas, y de todas maneras se lo privó de las asignaciones familiares. Ello indica que se trata de medidas que deben ser suficientemente fundadas, ponderadas judicialmente con las circunstancias del caso y sometidas a control.

Ahora bien, sin lugar a dudas, conforme a la solución que he propiciado en relación a la situación de las niñas, debe restablecerse el cobro de las asignaciones familiares por parte de O., lo que sugiero sea comunicado de inmediato por este mismo tribunal al empleador dado el carácter alimentario del concepto y la inminencia del reintegro de las niñas a su hogar.

Finalmente, entiendo que el manejo del dinero en este tipo de situaciones, por serlo en interés ajeno, no está exento de la obligación de rendir cuentas, máxime cuando involucra a funcionarios públicos. Considero pues que debe requerirse a los habilitados para los cobros respectivos (M. A. G., coordinador Copnaf y A. C. Directora de la RSE "S. J."), la rendición de cuentas de los fondos percibidos, y en el caso de la asignación familiar por hijo correspondiente a la niña P., imponerse a la Dirección de la RSE, que cada tres meses se efectúe la rendición en este expediente, hasta la efectiva externación de aquella, cuando el juzgado deberá comunicar al ANSES ese hecho para el cese de la pensión.

X.-COROLARIO. Sugiero pues se dicte sentencia admitiendo el recurso del Sr. O. con el alcance que expuse en el considerando VII.-, lo cual de ser acompañada por mis colegas de Sala, deberá explicitarse en la parte resolutive para su correcta implementación, imponiendo las costas por su orden en atención a la ausencia de contienda en esta instancia, y difiriendo la regulación de honorarios para cuando se fijen los de la primera instancia.

Habrà de notificarse al RUAER sobre lo establecido para la selección de legajos de pretensos guardadores, en el caso de M., como así también a los destinatarios la rendición de cuentas ordenada en el considerando IX.-, y a la Municipalidad de Gualeguay, respecto de la inmediata restitución del derecho al cobro de las asignaciones familiares que corresponden al recurrente y la contribución que se le solicita en relación a las mejoras de la vivienda para su grupo familiar.

ESE ES MI VOTO.

A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. GUSTAVO A. BRITOS, DIJO:

Que adhiere al voto precedente por iguales fundamentos.

A LAS MISMAS CUESTIONES PLANTEADAS EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO O. DELRIEUX, DIJO:

Que existiendo mayoría hace uso de la facultad de abstenerse de emitir su voto, conforme lo autorizado por el art. 47 de la L.O.P.J. (texto según Ley 9234).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordada la Sentencia siguiente:

ANA CLARA PAULETTI - GUSTAVO A. BRITOS - GUILLERMO O. DELRIEUX (Abstención)

ante mí:

D.A A. BADARACCO
Secretaria

SENTENCIA:

GALEGUAYCHU, 7 de junio de 2016.

Y VISTO:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, por mayoría;

SE RESUELVE:

1.- HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación deducido por el Sr. D. H. O. revocando la decisión de adoptabilidad decidida a fs. 86/90 respecto de las niñas M. O., Y. M. O. y M. M. B. O.. Complementariamente se dispone: A) ordenar al Juez de la primera instancia disponga las medidas pertinentes para que se lleve a cabo la elaboración y puesta en práctica del "plan de externación y seguimiento" conforme a las especificaciones realizadas en el considerando VIII, a);

B) comunicar al Intendente de la ciudad de Gualeguay, Sr. F. B., mediante oficio que se confeccionará por secretaría de este Tribunal, la colaboración que se le requiere en torno a la vivienda del grupo familiar del dependiente municipal D. H. O., como asimismo que a partir de la notificación deberá restituirse el derecho al cobro por parte del mismo de las asignaciones familiares que le corresponden, hasta ahora percibidas por el Coordinador local del Copnaf.

2.- NO HACER LUGAR al aludido recurso en relación a la declaración de situación de adoptabilidad de G. M. M. P.. Complementariamente se dispone requerir al RUAER que en la selección de legajos se prioricen los inscriptos que cuenten con domicilio real en la ciudad de Gualeguay o localidades cercanas como asimismo y de modo paralelo, explore y evalúe la aptitud de los miembros de la familia ampliada, que en la causa se han mencionado como potenciales guardadores con fines de adopción u otras variantes de crianza, a cuyo fin se le otorga un plazo de diez (10) días, debiendo contar con la colaboración funcional del Ministerio Público de la Defensa. La comunicación de esta medida por celeridad, será efectuada por Secretaría de esta Sala.

3.- NOTIFICAR al Coordinador del Copnaf de la ciudad de Gualeguay y a la directora de la Residencia Socio Educativa Hogar San José de la presente sentencia con entrega de copia a los efectos de las medidas complementarias de protección que se establecen a su cargo, y la obligación de rendir cuentas especificada en el considerando IX del primer voto.

4.- REGISTRAR, notificar y, oportunamente, bajar.

Fdo.: ANA CLARA PAULETTI - GUSTAVO A. BRITOS - GUILLERMO O. DELRIEUX