

En la ciudad de Dolores, a los veintiséis días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, en Acuerdo Ordinario, con el objeto de dictar sentencia en causa N° 98.178, caratulada: "P. M., N. M. S/ ABRIGO", votando los Señores Jueces según el siguiente orden Dres. Mauricio Janka y María R. Dabadie.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera cuestión ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 63/70?

Segunda cuestión ¿Qué corresponde decidir?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA DIJO:

I. Vienen los autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 79/80 por la progenitora de los niños involucrados en autos, L. A. M., contra la sentencia dictada el 11.07.2019 que declaró la situación judicial de adoptabilidad de los niños N. M. P. M., J. S. M., C. D. P. M. y T. M.; concedido en relación a fs. 88, fue fundado a fs. 86/100, presentación replicada por la Asesora de Incapaces interviniente a fs. 102/106.

A los agravios expuestos por la recurrente adhirió el Defensor Oficial del progenitor de N. M. P. M. y de C. D. P. M. -N. I. P.-, encontrándose los autos en condiciones de ser revisados (art. 270 del CPCC).

II. a) La apelante -y el Defensor que adhirió a su recurso- enderezó sus críticas a la existencia de una serie de irregularidades procesales que a su entender traerían aparejada la nulidad absoluta de lo actuado, por estimar vulneradas sus garantías constitucionales.

En ese camino, detalló que el pronunciamiento recurrido fue dictado sin haber sido notificada del proceso; que tampoco fue escuchada en audiencia y que se ha vulnerado el derecho de sus hijos a ser criados y mantenidos por su familia de origen.

Especificó que no fue correcto el razonamiento del sentenciante con relación a su actual situación de detenida, pues ella no ha sido pasible aún de condena penal, no pudiendo ese fundamento convertirse en obstáculo para el ejercicio de su maternidad. Seguidamente, señaló que no se trabajó en un proceso de revinculación con los niños, a fin de revertir la situación que en un comienzo diera origen a las medidas de abrigo dispuestas. Alegó el derecho de los niños a que su vida sea desarrollada junto a su grupo familiar, desde que la adopción como institución debe estar vinculada a la circunstancia de que ni sus padres, ni su familia de origen, quieran asumir la crianza de los niños. Refirió que tampoco el padre de sus hijos fue notificado del trámite y que ninguno de éstos, como sujetos de derecho, fuera escuchado como lo exige tanto la normativa constitucional como convencional.

b) La Asesora de Incapaces al contestar el memorial, solicitó la confirmación de la sentencia apelada, al afirmar que no obstante los vicios procesales denunciados, la situación de vida de los niños es innegable, sin que se hubiera acreditado ninguna alternativa viable para mantenerlos en el ámbito familiar de origen.

Puntualizó que deben considerarse prioritariamente los informes socio ambientales recibidos en sede judicial, que arrojaron resultados coincidentes sobre las características de ambos padres, imposibilitados de asegurar a sus hijos una crianza estable y adecuada.

Remarcó que las medidas adoptadas fueron en salvaguarda de la integridad de los niños y de su superior interés, por lo que mal puede pretenderse la nulidad de lo actuado cuando ese interés está en contradicción con otros de menor rango para el caso concreto, y todo ello en el marco de una situación fáctica donde el riesgo es inminente.

III. En orden a los agravios que han sido expuestos considero necesario, en primer lugar, dejar sentadas las directrices que harán de guía a la solución que propondré en este voto.

En esa tarea, cabe inexorablemente referir a un principio indiscutible en la materia, al que siempre los juzgadores hemos de estar; me refiero a la consideración del superior interés de los niños, máxima que de manera necesaria ha de orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, cada uno siempre signado por sus características particulares.

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, su interés moral y material debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso (CSJN, "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN", sentencia del 26/11/2018; Fallos 318:1269; 328:2870; 331:2047).

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Para la protección y operatividad de este principio, el Estado se encuentra comprometido a intervenir en el ámbito intrafamiliar ante el peligro o daño consumado en el seno de la familia por la acción u omisión de sus progenitores, quedando relegado a un segundo plano a estos efectos y con fin de hacer cesar un estado de riesgo, el motivo o la génesis de su imposibilidad de resguardar a sus hijos, y contribuir a su

desarrollo de una manera sana, equilibrada y acorde a sus necesidades.

En ese camino, el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.) dispone que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Puedo afirmar que se trata entonces de ponderar el referido principio protectorio para arribar a una decisión no sólo ceñida a los procedimientos legales o judiciales, sino principalmente, que sea justa y equitativa, respetuosa de los intereses y derechos de aquellos más vulnerables de la relación.

Así, no albergo dudas de que la decisión que propondré no dependerá exclusivamente de la norma procesal, sino que será el fruto de su conjugación con los principios y valores del ordenamiento jurídico en su conjunto y con la plataforma fáctica del caso.

Se ha expresado en relación a tal proceder, que la jerarquía de los derechos en juego que interesan al interés público y la consideración primordial del interés de los niños, deben guiar la solución en orden a restablecerlos con el menor costo posible, entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesal, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (argumento expuesto por la SCBA, en Ac. 56535 sentencia del 16/03/1999, voto del Juez Pettigiani, en autos: "E., M. E. c/ M., H. A. s/ Reconocimiento de filiación").

IV. De acuerdo a las directrices señaladas, analizaré por un lado si las falencias procesales que denuncia la apelante, justifican la declaración de nulidad del trámite; y por otro, si se ha agotado en la instancia de grado todo el análisis necesario

para concluir en que la declaración de situación de adoptabilidad es lo más beneficioso y próspero para los niños que son el centro del desenlace de este proceso.

Pues bien, se presenta en el caso una situación que no debió soslayarse previo a resolver en la primera instancia; me refiero a la circunstancia de no haberse escuchado a los niños y adolescentes, exigencia claramente prevista en los arts. 26 tercer párrafo, 609 inc. b, arg. arts. 617 incs. b y d, 706 inc. c, 707 del CCyCN (arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), lo cual sin dudas es un elemento indispensable para determinar por parte de la judicatura, aquel mejor interés al que hice referencia en el considerando anterior.

Interés que no ha de quedar reservado al ámbito normativo o dogmático, sino que debe hacerse operativo y efectivo a través del cumplimiento de tal exigencia, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido como ineludible.

El derecho del niño a ser escuchado ha sido consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 12 como parte del orden público internacional argentino al comprender los principios que subyacen en todo tratado sobre derechos humanos; a lo cual agrego que es el mero sentido común lo que hace que nos preguntemos cómo cabría soslayar la escucha del niño cuando se trata ni más ni menos, de la determinación de sus propios destinos.

Es que sólo de este modo es posible descubrir sus características psicofísicas, necesidades, calidad de los vínculos, sentimientos, dificultades, miedos, expectativas o modos de reaccionar ante una pregunta, entre muchas otras cosas que pueden surgir en ese contexto. Es decir, el contacto directo no sólo dará una impresión de la palabra misma, sino de todas las expresiones posibles a las que apele el niño en ese momento, como los gestos, las miradas y las posturas adoptadas. Debe ser oído porque todo niño -de cualquier edad y grado de madurez- es persona, y es un derecho autónomo de todo niño el que se tome en

cuenta su mejor interés, siempre (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9 y 12 de la CDN; arts. 2 y 19 de la CADH; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc. 19, 22, 23 y concs. de la Const. Nac.; arts. 1, 11, 15, 36.2 y concs. de la Const. Prov.; art. 4 de la ley 13.298).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires señala en un pasaje más que esclarecedor que "...atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez". Asimismo, que "la representación que el Asesor de Incapaces ejerce, como parte esencial en este procedimiento..., no suple ni, por ende, subsana la omisión del contacto personal..." ("S. de R., S. R. c/ R., J. A.", SCBA, 2002/05/02, LL, A, 2003, pág. 423 y ss.).

Por lo que no es posible concluir en que la escucha de los niños en procesos en los que se dirimen cuestiones que los afectan directamente, pudiera ser optativa o carente de relevancia.

Mucho menos partir de presunciones o estereotipos sobre la capacidad e idoneidad de los niños para manifestar sus opiniones en una audiencia, acudiendo a una idea preconcebida sobre su posible utilización como vehículo para canalizar los deseos de los adultos (CIDH, "Fornerón e hija vs. Argentina", sent. del 27.IV.2012, parágs. 98 y 99).

Ahora bien, sin entonces desconocer que tal exigencia debió ser cumplida en la instancia de grado, lo cierto es que aquel superior interés reclama del mismo modo que esa falta de contacto directo -no obstante señalar la falencia de la judicatura- pueda ser suplida mediante las audiencias ordenadas por este tribunal de segunda instancia a fs. 115/117 y celebradas a fs. 128/129, 130/133 y a fs. 141/142.

Si la no toma de contacto con los niños en la instancia anterior ha de confluír en la nulidad de lo actuado con las consecuencias que apareja retrogradar el proceso y dejar a los niños en un estado de mayor incertidumbre, cuando la situación fáctica dada -que será luego analizada- no lo justifica, la anulación no puede tener lugar. Máxime ante el tiempo transcurrido desde el inicio de estos actuados -mes de abril de 2018 conforme el primer proveído de fs. 23 de la causa n° 98.178- y habiéndose superado el plazo máximo para resolver sobre la situación de adoptabilidad (art. 607 última parte del CCyCN).

Sería un modo de vulnerar el superior interés si nos atuviéramos a la omisión de la instancia de grado para nulificar en todo o en parte el proceso, pudiendo subsanarse la falencia en el estadio revisor de la sentencia de mérito (arts. 34 inc. 5 y 36 inc. 2 y conchs. del CPCC).

Tal el criterio adoptado por nuestro Superior Tribunal local (Ac. 116644 sentencia del 18.04.2018, en autos: "E. A. G. y M. A. J. s/ Solicitud adopción plena"), donde se expresó en un caso de características análogas en lo que hace a este punto que "...la trascendencia de los derechos en este tipo de causas hace que para echar mano a este instrumento del derecho deban estar presentes disentimientos graves que no pudieran ser salvados de otra manera, circunstancia que no sólo no parece justificada en el caso, sino que como se verá no debió ser declarada en virtud de que en la especie faltan los presupuestos que habilitan su declaración, esto es: no existen motivos para declarar la anulación de las actuaciones".

Y que "...por lo dilatado de las actuaciones judiciales, la nulidad del fallo que incumplió la exigencia de que el o los niños sean oídos por las autoridades judiciales, perjudica su propio interés prolongando inconvenientemente la definición de su situación (arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, CDN y Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; 14, apdo. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la

Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y conchs., Const. Nacional; 11, 15, 36.2 y conchs. de la Const. Provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y conchs. de la ley 26.061; 4 y conchs. de la ley 13.298; 3 y conchs. de la ley 13.634).

Es por ello, que la convocatoria a audiencia de los niños por parte de este Tribunal, a fin de escuchar su opinión, ha de purgar el defecto antes incurrido en orden a la finalidad de priorizar y materializar la protección señalada.

Por la materia en debate, aislar lo procesal de lo sustancial, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (SCBA, Ac. 56.535, S del 16-III-1999; C. 87.970, S del 5-XII-2007; C. 99.748, S del 9-XII-2010).

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar (Fallos 328:2870; 331:147 y 2047).

Como se desprende de lo dicho, estimo que debe recurrirse a las anulaciones procesales, ante coyunturas extremas que -por lo que se verá- entiendo no se dan en el caso.

Cabe en este punto señalar que los progenitores de los niños tampoco fueron convocados al proceso con los recaudos de ley ni escuchados en una entrevista personal en la instancia de grado, lo cual sin dudas resulta también una deficiencia que mal pudo ser pasada por alto (arts. 608 inc. b y 609 inc. b del CCyCN; 18 de la Const. Nac.).

En cuanto a la madre, alude el sentenciante a una cédula electrónica de fecha 14.02.2019 del expte. n° 98.181, mediante la cual se le daría traslado del pedido de la Asesora de la declaración de situación de adoptabilidad. Pero no advierte que sólo consta como "librada" por el órgano al domicilio real, y

cuando L. M. se encontraba ya detenida en la Unidad Penitenciaria n° 50 de Batán; razón por la cual, en modo alguno puede considerarse por cumplido el extremo en cuestión.

No obstante, no cabe desconocer que L. M. estaba en conocimiento de la situación judicial de los niños y de las medidas de abrigo tomadas, según se le informara a través de las entrevistas mantenidas con el Servicio Local interviniente (fs. 17/19, causa n° 98179; fs. 5/6, causa n° 98.181)

Por otra parte, debidamente notificada de la sentencia de mérito dictada conforme la cédula de notificación librada a fs. 82/83, y ya con la representación de la Defensora Oficial Peláez, logró apelar la misma habiéndose garantizado de ese modo el ejercicio de sus derechos constitucionales (arts. 18 de la Const. Nac., 15 de la Const. Prov.).

Con similares parámetros a los expresados en el Considerando anterior habrán de ser juzgadas tales falencias: la falta de audiencia con la progenitora puede considerarse superada con la llevada a cabo en esta sede (fs. 132/133). Si la no escucha de los niños justifica en este caso tal criterio superador, más lo es la falta de escucha de la madre, con idénticos fundamentos a los expresados en el considerando anterior.

En cuanto al padre, el juez de grado se limita a señalar que no surge del trámite que tuviera interés en sostener comunicación (fs. 68 vta.) y el desconocimiento de su paradero (fs. 66 vta.), aunque sin aludir a las diligencias que hubieron sido llevadas a cabo para intentar superar la situación o, en su caso, proceder en los términos del art. 341 del CPCC.

Es por ello que en esta sede se procedió en consecuencia al ordenarse la designación de un Defensor Oficial para representar en juicio a P., a fin de garantizar su defensa en juicio, quien presentado en fecha 19.12.2019 denunció las diligencias desarrolladas a fin de averiguar su paradero, y adhirió a los fundamentos expresados por la progenitora en el memorial de fs. 86/100 (fs. 146 vta.) (arts. 18 de la Const. Nac., 15 de la

Const. Prov.; 34 inc. 5, 36 inc. 2, 242 inc. 1, 243 primer párrafo, 244, 245, 246 y conchs. del CPCC).

Como dije, la nulidad pretendida ante las deficiencias incurridas en la instancia de grado perjudicaría en este caso particular el superior interés de los niños involucrados, cuando han podido ser razonablemente purgadas en la instancia revisora; se prolongaría inconvenientemente la definición de su situación y se desvirtuaría la misión del Tribunal en este tipo de cuestiones, si nos limitáramos a decidirla atendiendo al momento oportuno en que debieron tener lugar los extremos indicados en el memorial de la recurrente y su adherente (arts. 607 última parte del CCyCN; 34 inc. 5 y 36 inc. 2 y conchs. del CPCC).

En consecuencia, considero que los agravios expresados hasta aquí, merecen ser desestimados, en tanto no encuentro justificativo suficiente para su procedencia (arts. cit.).

V. Habiendo asistido a las audiencias de fs. 128/129, 130/133 y 141/142, tuve oportunidad de conocer a los niños, de escuchar sus deseos y opiniones, de percibir sus expectativas y la gravitación de sus pensamientos y afirmaciones.

Cierto es que su opinión debe ser siempre analizada con criterio amplio y pasada por el rasero que implican su edad y madurez, para lo cual le es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones del caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el ministerio público, y particularmente con la índole del derecho en juego.

No tengo el propósito de extenderme o de profundizar hasta en los más ínfimos detalles y aconteceres que formaron parte de la vida de los niños y que dieron origen a estas causas, pues han sido detallados por el Sr. Juez de grado a fs. 63/70.

Pero sí me referiré en general al cuadro fáctico que derivó en que no sólo el sentenciante, sino también el Servicio de Protección de la Niñez interviniente y la Asesora de Incapaces, coincidieran en que la decisión más adecuada en el caso es la

declaración judicial de situación de adoptabilidad de los niños (arts. 607 y conchs. del CCyCN).

Ello como condición judicial necesaria para lograr en un futuro, esa ansiada pertenencia al seno de una familia conformada básicamente por un padre y una madre -como pusieron de manifiesto los niños en las audiencias-, que esté en condiciones de procurarles los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no les pueden ser proporcionados por su familia de origen (art. 594 y conchs. del CCyCN).

Surgen de las causas los antecedentes del grupo familiar compuesto por los cuatro hermanos, su progenitora L. A. M. y el padre de dos de los pequeños, N. I. P. (v. informe inicial de fs. 5/13 causa n° 98178).

Asimismo, surgen vivencias de los niños en ese marco que dieron origen a las medidas de abrigo adoptadas por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del niño de Pinamar (fs. 19, causa n° 98.178; fs. 12, causa n° 98.179; fs. 7/10, causa n° 98.181), que luego derivaron en las judiciales (fs. 48/50, causa n° 98.178; fs. 110/112, causa n° 98.179; fs. 87/89, causa n° 98181).

Las medidas así tomadas y los hechos que les dieron sustento en ese entonces, se desprenden de las evaluaciones agregadas a fs. 5/10 de los autos 98.178 en relación a la niña N.M.P.M, en el mes de marzo de 2018; de fs. 3/7 de los autos 98.180 en relación a la adolescente Y. M. en el mes de mayo de 2018; a fs. 1/7 en autos 98.179 en relación al pequeño T. M. en marzo de 2018, y a fs. 2, 7/10 de los autos 98.181 en relación al niño C. C. P. en el mes de mayo del año 2018.

Lo anterior fue como consecuencia de la permanente exposición de los niños a situaciones de abandono y negligencia por parte de sus progenitores relacionadas a la cantidad de ocasiones en que quedaban solos, desprotegidos y sin comida en la vivienda que habitaban en la localidad de Pinamar.

Según lo informado por el Servicio Local interviniente, existieron hacia los niños continuas situaciones de violencia y abuso por parte de los padres; también se dejó constancia de la problemática de adicciones a las drogas y al alcohol que éstos atravesaban (fojas citadas).

Como allí se dejó sentado, las denuncias de los vecinos eran recurrentes en relación a que los niños quedaban al cuidado de la más joven de ellos -de 15 años- que perdió la regularidad escolar -Y. M.-.

Que los denunciante, tanto vecinos como autoridades escolares, refirieron a su vez situaciones de maltrato físico hacia los niños por parte de la madre con sus manos y con objetos, quien se presentaba en la casa en horas de la madrugada drogada y alcoholizada (v, informe de fs. 12 de los autos n° 98181, y de fs. 7/10 de autos 98181; denuncias de fs. 52 y 64/65, causa n° 98.179; v, declaración testimonial de fs. 59, causa n° 98.179). Como ejemplo se deja constancia de que, aún ante la medida de exclusión y prohibición de acercamiento con perímetro de exclusión dictada en relación al padre de dos de ellos -desde el día 15.02.2018 y por doce meses- (v, fs. 70 del expte. n° 98.179), la progenitora se retiró de la ciudad y dejó a los niños con el progenitor excluido. Quedó así en evidencia una vez más el desinterés de aquella en relación a sus hijos, burlando la protección judicial conferida frente a los hechos de violencia intrafamiliar denunciados (fs. 75/76 de la causa citada).

A fs. 104 de los autos 98.181, el titular de la Unidad Funcional de Instrucción de General Madariaga informa en fecha 11.09.2018, que la progenitora de los niños se encuentra imputada por la presunta comisión del delitos de abuso sexual con acceso carnal, y corrupción de menores agravada por el vínculo y explotación económica del ejercicio de la prostitución de menores de 18 años, en relación a su hija Y. M., víctima de la causa.

Asimismo, a fs. 107/134 se agregan copias de declaraciones testimoniales de la causa penal por violencia familiar en relación a los niños, y declaraciones en IPP 3215-18/00 en la

que resulta víctima la niña J. M por abuso sexual y trata de personas, resultando imputada su progenitora.

Actualmente, la causa se encuentra elevada a juicio desde el 13.12.2019 al Tribunal Oral Criminal n° 1, conforme comunicación telefónica mantenida con funcionario del Juzgado de Garantías n° 6 de Villa Gesell (según informa el Actuario del Tribunal, art. 116 del CPCC).

Respecto de N. I. P., cabe señalar que también ha sido denunciado por abuso sexual y que actualmente se encuentra imputado en el marco de la IPP n° 03-03-002372-15 de trámite por ante la UFID n° 4 de Pinamar, cuyo paradero se desconoce según lo informado por el Defensor Oficial en la presentación del 19.12.2019.

Cierto es que la apelante carece de condena respecto de los delitos que se le imputan, no dándose así el supuesto del art. 700 inc. a del CCyCN -como indica en sus agravios-, que tendría como efecto frente a tal condición la privación del ejercicio de su responsabilidad parental.

Sin embargo, no cabe por ello soslayar tal circunstancia como para concluir, aunque más no sea, en la indudable existencia de un entorno perjudicial para los niños, abandono y estado de desprotección, que pone en peligro su seguridad, salud física y psíquica, todo lo cual está previsto en el resto de los incisos del art. 700 citado (incs. b y c).

Ello sumado a las demás constancias de autos, que a mi consideración demuestran acabadamente que los niños no han estado en un ámbito acorde a sus requerimientos, sino todo lo contrario (arts. 375, 384 del CPCC; 594, 607 y conchs. del CCyCN). El Servicio Local también abordó la problemática de la falta de regularidad escolar de los niños, la violencia ejercida al momento de la puesta de límites y las adicciones de ambos progenitores, demostrando la madre una completa y constante oposición a la intervención del Servicio y reticencia a los requerimientos, tratamientos y distintos abordajes de ayuda propuestos (v, acta de entrevista mantenida con L. M. a fs. 22/23

y acta de fs. 45 de los autos 98.181, de fecha 17.04.2018; informe de fs. 13, causa n° 98.179).

En el acta labrada a fs. 45 de la causa n° 98.181 sellada por la Subsecretaría de Acción Social de la Municipalidad de Pinamar, se deja constancia de que se ha abordado la problemática de la Sra. M. desde hace más de dos años a la fecha -11.04.2018-, colaborando con el ingreso de sus niños a instituciones municipales, proveyendo indumentaria, materiales para la construcción y/o ampliación de su casa, mercaderías, turnos con psicología, pero que no ha tenido las herramientas ni la voluntad de poder mostrar cambios que permitan inferir que los pequeños no estén en riesgo. Que por el contrario, durante el último tiempo se ha mantenido un seguimiento diario debido a las primeras medidas con M. y T., permitiendo que pueda organizarse con el cuidado de los dos más grandes J. y C., brindándole herramientas a través del taller de crianza y una derivación para su ingreso al CPA; pero a pesar de ello volvió a mantener sus conductas negligentes y despreocupadas de su rol.

Prueba de ello, es el propio relato de los pequeños, quienes han dejado en evidencia la naturalización del maltrato vivido con su progenitora, quien se enfocó solamente en persuadir el control y seguimiento, manejándose a su antojo.

Todo ello es informado a los fines de indicar que se han agotado las estrategias tendientes a mantener el centro de vida de los niños en la ciudad, por no contar con familia que permita sostener sus cuidados (sic) (fs. 45, causa n° 98.181).

Ante ello, mal puede acogerse alguno de los argumentos introducidos por la apelante en cuanto a que no se han llevado a cabo distintas estrategias de integración con la familia de origen, tendientes a paliar y dejar atrás situaciones de abuso, violencia y adicción.

Del informe de fs. 103/105 de la causa n° 98.179, surge que encontrándose vigente el plazo de la medida de abrigo (21.10.2018), no fue viable la remoción de los obstáculos que la originaron, ni posibles nuevas estrategias de protección de

derechos para reintegrar a los niños a su grupo familiar, cuando se ha denunciado un delito de abuso sexual de dos de ellos; todo ello por ser sus progenitores quienes directamente vulneraban sus derechos.

Finalmente, los encuentros que el Servicio había planeado o estaba intentando llevar a cabo con la progenitora, fueron suspendidos con motivo de la denuncia penal que derivó en su detención (constancias judiciales citadas).

Ante tal situación, el Servicio también indagó sobre de posibles referentes afectivos de los niños que pudieran eventualmente garantizar el pleno goce de sus derechos, pero sólo poseían vínculo con su abuela materna, con quien la joven J. convivió en Paraguay y de quien tiene también recuerdos de maltrato.

Es por ello que se adoptaron medidas tanto con referentes comunitarios como en instituciones destinadas a ello.

Entiendo pues ante tal cuadro de situación, y sin haber entrado en detalles por no resultar necesario frente a lo ya descripto, existen sobradas razones -avaladas por la Asesora de Incapaces- que motivan la separación de los niños del grupo familiar de origen; lo que sumado a la ausencia de otros familiares que se ofrecieran a cuidarlos y a atenderlos, hacen necesario generar un lugar diferente en el que puedan ser restituidos sus derechos. Como señala el sentenciante de grado, existen serios indicadores de ausencia e imposibilidad en los Sres. M. y P. para cumplir con sus roles de madre y padre respecto de sus hijos: falta de atención, déficit en el cuidado, higiene y alimentación, y falta de intervención ante riesgos, que afectaron su integridad psíquica, física y sexual.

Del relato de los niños en las audiencias desarrolladas surge el deseo de no volver a convivir con sus progenitores más que el mantenimiento de comunicación telefónica con la madre, tornando así confirmable lo decidido.

Asimismo, no sólo de las manifestaciones de los niños en las audiencias sino también del contenido de los informes más recientes de autos, se desprende que la vida que hoy llevan -

escolarizados, cuidados, alimentados y atendida su salud física y psíquica- se encuentra lejos de los parámetros de la anterior, sin perjuicio del proceso de adaptación de cada uno de ellos (fs. 72/74, causa n° 98.178; fs. 205/207, causa 98.181; fs. 103/105 causa n° 98.179).

En tal sentido, advierto que si bien la recurrente hace mención constante del principio rector del superior interés de sus hijos, incurre -a mi modo de ver- en el error de considerarlo en forma abstracta, sin hacerse cargo de la situación real padecida por sus hijos.

En su esquema recursivo mantiene en todo momento como pivote definidor de la cuestión, circunstancias sustancialmente formales, sin adentrarse en nada que demuestre inexorablemente que la vida de los niños era mejor que la que el Estado puede proporcionarle a través de su intervención, en un absoluto intento definitivo de resguardo de su interés superior.

Las manifestaciones vertidas en relación a su derecho de criarlos se diluyen en una serie de dogmatismos y citas normativas, y allí se estancan, en tanto no encuentran sustento en la realidad comprobada, la que por cierto no alcanza para darle contenido a los derechos que como madre invoca.

Es entonces bajo estas circunstancias, que no puede pretenderse el resguardo de su propio interés por sobre el de los niños, pues se les generaría un daño mayor de no variarse la situación que mantenían otrora, a través de una decisión beneficiosa para su bienestar.

Señala la apelante la importancia de la familia de origen y su prevalencia en la vida de los niños en un sentido más que nada tradicional, como así también al rol de los padres.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -aunque en un caso de ribetes algo diferentes al de autos, pero en un todo extensibles- ha descalificado pronunciamientos en asuntos de familia que acuden a ideas preconcebidas en torno al rol que han de desempeñar los integrantes de la familia, acudiendo a estereotipos en la fundamentación de la decisión,

sin que esa ponderación trasunte en la verificación de riesgos concretos -reales y probados- (Corte I.D.H., caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia del 27-IV-2012, fondo, reparaciones y costas, núms. 93, 94 y 95).

En la misma oportunidad, recordó que ese Tribunal "ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término 'familiares' debe entenderse en sentido amplio, y que las presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar del niño, no es adecuada para asegurar su interés superior" (Corte I.D.H., caso "Fornerón...", cit. aps. 98 y 99; conf. O.C. 17).

En cuanto al derecho a la identidad de los niños y a vivir con la familia biológica, invocados por la apelante, debe destacarse que es indudable el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la 'verdad biológica' no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.

Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los Estados parte firmantes de la convención se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos,

salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9°, 1)". (CS 2-VIII-2005, LL 2006-B-348, cita online: AR/JUR/1551/2005, www.laleyonline.com.ar).

Considero en consecuencia, en relación a estos agravios puntuales, que un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como anticipé, es la conveniencia de los niños de autos lo que eventualmente debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés.

Si anular o revocar lo resuelto en la instancia de grado supone un daño o perjuicio para ellos, entonces debe justificarse concretamente lo alegado por la apelante en punto a que tal decisión es mejor o más conveniente; pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo (art. 384 CPCC).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 71).

El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.

En razón de lo así analizado, concluyo en que la sentencia apelada al declarar la situación de adoptabilidad de los cuatro hermanos N. M. P. M., J. S. M., C. D. P. M. y T. M., propende a su bienestar y de ese modo protege adecuadamente sus derechos a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que les procure

los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, los que lamentablemente no han podido ser proporcionados por su familia de origen.

En consecuencia, habré de proponer oportunamente el rechazo del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la sentencia apelada (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12, 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14, apdo. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 11, 15, 36.2, 171 y conchs., Const. Provincial; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 19, 22, 23 y conchs. Const. Nac.; 26 tercer párrafo, 594, 607, 608 inc. b, 609 inc. b, 617 incs. b y d, 706 inc. c, 707 y conchs. del CCyCN; 3, 24, 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 4, ley 13.298; 3 y conchs., ley 13.634; 34, 36, 163 inc. 5, 170, 242, 253, 373, 384, 481, 482 del CPCC).

VI. Corresponde a esta altura aclarar que no se consideró necesaria la defensa técnica idónea mediante la designación de abogado del niño, de acuerdo al modo en que fueron desarrolladas las audiencias ante esta Alzada.

El Código Civil y Comercial ha adoptado un criterio flexible y mixto (art. 26, segundo párrafo) al fijar como regla general que el niño o niña que cuenta con edad y grado de madurez suficiente "puede" intervenir con asistencia letrada, extremo que no se infirió como forzoso respecto de la adolescente Y.M., ni así tampoco lo ha solicitado.

Respecto a los restantes niños -T., C. y M.-, no se ha considerado que cuenten con el grado de madurez suficiente para participar en forma autónoma con asistencia técnica en este trámite de apelación (art. 25 del CCyCN), entendiéndose suficiente la intervención de la Asesora de Incapaces a fin de resguardar sus derechos e intereses (art. 103 del CCyCN).

No obstante ello, corresponde encomendar al juez de grado que -una vez devueltas las actuaciones- cumpla en informar a los

niños, niñas y adolescentes involucrados en estos procesos judiciales, acerca de sus derechos a ser legalmente representados en autos por un abogado del niño (conf. art. 1° ley 14568), dejando debida constancia de ello.

VII. No puedo concluir este voto sin proponer un enérgico llamado de atención al órgano jurisdiccional de primera instancia, en tanto llevó adelante estos procesos que culminaron con la declaración de la situación de adoptabilidad, sin antes haber entrevistado en forma personal a los niños y a sus progenitores, conforme obligatoriamente dispone el art. 609 CCyCN).

Por otra parte, se advierte que ante la petición de Defensa Oficial por parte de L. M. -quien se encontraba privada de su libertad- a través de la nota presentada en la Defensoría Oficial el día 28.05.2019, la Dra. Peláez se presentó en autos asumiendo su defensa y solicitó el préstamo de los expedientes el día 13.06.2019, esto es, antes del dictado de la sentencia de mérito de fecha 11.07.2019.

Sin embargo, conforme surge de los expedientes n° 98.178 y n° 98.179, el pedido fue despachado un mes después, luego de dictada la sentencia de mérito el día 11.07.2019, conforme las constancias del Sistema Augusta.

Tal proceder del órgano jurisdiccional no sólo incumplió los plazos procesales previstos para la firma de los despachos a las peticiones de las partes (art. 34 inc. 3 ap. a del CPCC), sino -más grave aún- afectó el derecho sustancial de defensa y debido proceso de la peticionante, dilatando negligentemente su intervención en autos.

Si bien mi voto propone la confirmación de lo decidido en la instancia de grado, debe quedar bien claro que ello obedece a la necesidad de mantener una situación que se considera la que mejor se compatibiliza con el superior interés de los hermanos P., teniendo en cuenta las circunstancias reseñadas en los considerandos VI y V; mas ello no implica avalar los incumplimientos antes señalados.

VIII. Finalmente, a tenor de lo expresamente solicitado por los niños en las audiencias mantenidas con el Tribunal, corresponde encomendar también al juez de grado la adopción de medidas conducentes y efectivas para garantizar el contacto y la comunicación entre los cuatro hermanos, de modo tal que se permita sostener en el tiempo los lazos fraternos (arts. 529, 555 y concs. del CCyCN).

Por otra parte, se deberá allanar -previo dictamen favorable del equipo técnico del Juzgado- la comunicación entre la progenitora -L. M.- y sus hijos por vía telefónica, conforme lo expresado en la audiencia (art. 9 ap. 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

IX. En atención a lo expuesto en los considerandos previos, propongo rechazar el recurso de apelación interpuesto por L. M. -y su adhesión por parte del representante de N. P.- y confirmar la sentencia apelada de fs. 63/70; encomendar al juez de grado la implementación de lo señalado en los considerandos VI y VIII, y llamar su atención en punto a lo expuesto en el Considerando VII. Sin costas atento el modo de resolver (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12, 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14, apdo. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 11, 15, 36.2, 171 y concs., Const. Provincial; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 19, 22, 23 y concs. Const. Nac.; 26 tercer párrafo, 103, 529, 555, 594, 607, 608 inc. b, 609 inc. b, 617 incs. b y d, 706 inc. c, 707 y concs. del CCyCN; 3, 24, 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 4 de la ley 13.298; 3 y concs. de la ley 13.634; 34, 36, 68 pár. 2do., 163 inc. 5, 170, 242, 253, 260, 261, 266, 373, 384, 481, 482 del CPCC).

Por los fundamentos dados, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIERE AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JANKA DIJO:

Conforme se ha votado en la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia apelada de fs. 63/70; encomendar al juez de grado la implementación de lo señalado en los considerandos VI y VIII; y llamar su atención en punto a lo expuesto en el Considerando VII. Sin costas atento el modo de resolver (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12, 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14, apdo. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 11, 15, 36.2, 171 y conchs., Const. Provincial; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 19, 22, 23 y conchs. Const. Nac.; 26 tercer párrafo, 103, 529, 555, 594, 607, 608 inc. b, 609 inc. b, 617 incs. b y d, 706 inc. c, 707 y conchs. del CCyCN; 3, 24, 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 4 de la ley 13.298; 3 y conchs. de la ley 13.634; 34, 36, 68 pár. 2do., 163 inc. 5, 170, 242, 253, 260, 261, 266, 373, 384, 481, 482 del CPCC).

ASI LO VOTO.

LA SEÑORA JUEZA DOCTORA DABADIE ADHIEREN AL VOTO PRECEDENTE POR SUS FUNDAMENTOS.

CON LO QUE TERMINÓ EL PRESENTE ACUERDO, DICTÁNDOSE LA SIGUIENTE

S E N T E N C I A

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada de fs. 63/70, encomendándose al juez de grado la implementación de lo señalado en los considerandos VI y VIII, y llamándose su atención en punto a lo expuesto en el Considerando VII. Sin costas atento el modo de resolver (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12, 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14, apdo. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 11, 15, 36.2, 171 y conchs., Const. Provincial; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 19, 22, 23 y conchs. Const. Nac.; 26 tercer

párrafo, 103, 529, 555, 594, 607, 608 inc. b, 609 inc. b, 617 incs. b y d, 706 inc. c, 707 y concs. del CCyCN; 3, 24, 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; 4 de la ley 13.298; 3 y concs. de la ley 13.634; 34, 36, 68 pár. 2do., 163 inc. 5, 170, 242, 253, 260, 261, 266, 373, 384, 481, 482 del CPCC).

Regístrese. Colóquese por Secretaría copia certificada de la presente en los autos acumulados n° 98.180, 98.179 y 98.181.

Notifíquese. Devuélvase.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 26/12/2019 12:25:03 - JANKA Mauricio (mauricio.janka@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/12/2019 12:38:12 - DABADIE María Rosa (maria.dabadie@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 26/12/2019 12:40:42 - Gaston Cesar Fernandez (gastoncesar.fernandez@pjba.gov.ar) - SECRETARIOS (Lega

%98è+p#vvk>Š

252400118003868675

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL - DOLORES

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS