

En la ciudad de Necochea, a los 27 días del mes de octubre de dos mil once, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: **"Q., T. H. L. s/Guarda Institucional"**, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo, Fabián Marcelo Loiza y Humberto Armando Garate.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1a ¿Es justa la sentencia de fs. 100/108?

2a ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ

DOCTOR CAPALBO DIJO:

I) Llegan los autos a este tribunal a fin de resolver el recurso de apelación deducido a fs. 139 por la progenitora Sra. M. P. Q. contra la sentencia obrante a fs. 100/108 que resuelve: I) Decretar el desamparo y en consecuencia el estado de adoptabilidad del niño T. H. L. Q. DNI. 49.535.732, hijo biológico de M. P. Q., debiéndose incluir al niño en el Registro respectivo; II) Convertir la guarda provisoria otorgada a fs. 92/93 el 12 de abril de

2011 a los Sres. A. D. M., DNI 20.839.559 y R. P. J., DNI 22.256.244 respecto de T., en guarda preadoptiva en los términos del art. 316 del Código Civil, debiéndose computar el plazo transcurrido desde el 12 de abril de corriente año a tales efectos.

II) En su memorial se agravía la recurrente en cuanto la sentencia atacada expresa que "1) no acompañé a mi hijo en el traslado al Hospital Sor Ludovica porque no lograron localizarme; 2) que no he visitado a mi hijo mientras duró su internación; 3) que no he demostrado interés en tomar conocimiento del estado de salud de mi hijo; 4) que no he solicitado recuperar al niño; 5) que no pueda brindarle a mi hijo los cuidados y la contención que requiera".

Señala que "oportunamente se me informó la necesidad de trasladar a mi hijo Tomás al Hospital Sor Ludovica de la ciudad de La Plata, atento que su estado de salud así lo requería, situación que consentí y autoricé". Que "no pude acompañar a mi hijo en el traslado aludido, atento atravesar una difícil situación familiar en ese mismo momento, que impedía mi ausencia del hogar familiar. Que por motivos de violencia, de la cual fui víctima, debí radicar denuncia ante Comisaría local contra el progenitor de mis hijos mayores (ver lo informado por el servicio local fs. 21 vta.), en el mismo momento que me informaban desde el

Hospital local el traslado de Tomás al nosocomio de la ciudad de La Plata”.

Añade que “con posterioridad viajé a la ciudad de La Plata, donde me informé acerca de la situación de salud de mi hijo. Por entonces Tomás debía ser intervenido quirúrgicamente con carácter de urgente debido a su problema coronario. Presto autorización para la misma y se procede a realizarla”.

Reconoce la recurrente que sólo pudo quedarse un solo día, “atento que mis otros hijos se encontraban solos en la ciudad de Mar del Plata”. Destaca que “en ese momento me encontraba sola y a cargo de mis hijos menores de edad (M., J. y R. C. de 11, 9 y 6 años de edad respectivamente) sin recibir la colaboración asistencial y económica de familiares y/o amigos” y que debió regresar porque sus otros hijos habían quedado al cuidado de una vecina.

Expresa que “nunca tuve la intención ni la voluntad de desentenderme de mi hijo. Siempre estuve al tanto de su estado de salud y de sus necesidades. Es así que me presenté en todas las oportunidades que se me citó y dejé aclarado en cada una de ellas que mi intención es recuperar a mi hijo (véase fs. 32, 38, 55)”.

Sostiene que “ni bien me mudé a la ciudad de Mar del Plata me dirigí a Apand donde me entrevisté con las Lic.

Florencia, Sol y la Dra. Leonor (de quien no recuerdo el apellido)", las que "me han asistido en todo sentido" y "gracias a ellas obtuve recursos para poder acondicionar mi vivienda, siempre con miras a tener a T. en casa".

Añade que en todo momento solicitó el traslado de T. al Hospital de Niños Zonal de la ciudad de Mar del Plata, a efectos de poder tener a mi hijo cerca y acompañarlo en su recuperación, situación que nunca fue oída por parte de los operadores intervinientes".

Es por ello que solicita la recurrente "se deje sin efecto la sentencia de guarda preadoptiva resuelta en autos y se otorgue la tenencia del menor a la dicente, toda vez que jamás he abdicado de los derechos emergentes de la patria potestad, ni tampoco de mi hijo".

2. Reitera en el siguiente punto que jamás ha tenido la intención de abandonar a su hijo y que todas las acciones y recursos han estado orientados siempre a poder traer a T. a su hogar. Que hoy se encuentra en condiciones de recibir a su hijo y brindarle todos los cuidados que el mismo requiere, tanto habitacionalmente como en el ámbito familiar; por lo que solicita se revoque la resolución atacada y se le otorgue la tenencia del menor.

III) 1. Ingresando en el tratamiento del recurso cabe sostener en primer lugar que la sentencia que decreta

“el desamparo y en consecuencia el estado de adoptabilidad del niño T. H. L. Q., a la vez que convierte la guarda provisoria en “guarda preadoptiva en los términos del art. 316 del Código Civil”, atento la gravedad de la misma, debió asegurar previo a su dictado el efectivo ejercicio de defensa de la progenitora y el debido proceso legal, aventando cualquier procedimiento instructorio de índole inquisitivo, resguardando en todo momento dicha garantía así como la oportunidad de contralor por parte de la progenitora de los medios probatorios que resultaban imprescindibles a fin de arribar a la decisión señalada.

En dicho marco se advierte que la presente causa tuvo su inicio a partir de la elevación de los antecedentes por parte del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño a los fines de que la Sra. Jueza de grado ejerza el control jurisdiccional de legalidad de la medida de abrigo adoptada por dicho servicio.

Que con posterioridad a ello, se dictaron diversas medidas tendientes a recabar el estado de salud del niño internado en el Hospital Noel Sbarra de la ciudad de La Plata así como para conocer las condiciones de vivienda y antecedentes concernientes al núcleo familiar de la progenitora, domiciliada en Mar del Plata.

También puede extraerse que el niño era portador de cardiopatía congénita, síndrome de down, desnutrición severa e hipotonía global (f. 23).

A f. 30 obra informe de visita realizado por funcionaria de la Asesoría de Incapaces local en el que se da cuenta de la intervención quirúrgica que se le realizara, que va evolucionando favorablemente, que el Hospital cuenta con un programa de adopciones especiales que empiezan a trabajar una vez que el niño se encuentra en estado de adoptabilidad, que es informada de que el niño estaría en condiciones de alta pero que la familia que lo reciba debe estar al tanto de las alertas de su salud, que la trabajadora social que interviniera por parte del Nosocomio considera que sería bueno para tratar la revinculación con la mamá que el niño se encuentre en un centro cercano a su domicilio materno.

Con fecha 16 de abril de 2010 la progenitora es recibida en audiencia declarando que está tramitando una beca ante APAND de Mar del Plata a fin de poder terminar una pieza en la parte trasera de su domicilio y así poder traerse a su hijo para darle un cuidado acorde a sus necesidades ya que es un nene muy delicado. Señala que quiere tener al nene con ella y que gestionará los pasajes para poder ir a verlo. En la misma audiencia se le hace saber la importancia para el

menor de poder tomar contacto con su madre, comprometiéndose a su vez a viajar a la brevedad para poder verlo (v. f. 32).

A f. 38 obra acta celebrada ante la Asesoría de Incapaces de fecha 26 de abril de 2010 en la que la progenitora expresa que necesita ayuda material a efectos de hacer el techo de su vivienda, para así una vez realizado esto ella podrá llevarse al bebé consigo. Manifiesta que todavía no ha ido a visitarlo, que ni bien pueda lo hará.

A f. 41, con fecha 6 de mayo de 2010 se procede a decretar la guarda institucional del niño por el término de noventa días, resolución que no fue notificada a la progenitora.

A fs. 46/vta. obra informe de la Asesoría de Incapaces de fecha 11/06/2010 donde hace saber la opinión del Jefe de Servicio de Pediatría del Hospital donde se aloja el niño, quien informa que por un tiempo aproximado de seis meses como mínimo no sería factible darle el alta.

A fs. 54/56 obra informe de la licenciada Mónica Leccese quien al evacuar el amplio informe ambiental de fecha 28 de mayo de 2010 que se le requiriera respecto del domicilio de la progenitora, concluye: "La Sra. Mariela y su grupo conviviente se encuentran efectuando acciones pertinentes a la construcción de una vivienda, que permita el traslado de Tomás a Mar del Plata. A pesar del ingreso mínimo

de dinero que perciben mensualmente la casa se encuentra en obra, finalizando en corto plazo la primera etapa de la misma. Mariela reconoce que hasta que no esté en condiciones lo habitacional, el niño no se puede integrar a la convivencia. Por tal motivo, recurre a diferentes recursos estatales y comunitarios para lograr el objetivo propuesto".

El informe motiva, a pedido de la Sra. Asesora de Incapaces, que se mantenga la institucionalización hasta tanto se acrediten que las circunstancias motivantes de la misma han variado (v. fs. 59 y 60).

Con fecha 16 de septiembre de 2010 a pedido del Ministerio Público se cita a la progenitora a audiencia a la que deberá concurrir con patrocinio letrado. Como fundamento la resolución expresa: "En la fecha, siendo las 10:00 horas se comunica telefónicamente a este Juzgado la Lic. Adriana Zuluaga, Trabajadora Social del Hospital Sbarra de la ciudad de la Plata, la cual informa a la suscripta que desde que Tomás está en la Institución (febrero de 2010), no ha sido visitado por ninguna persona. Que no conocen a su madre ya que nunca ha concurrido a verlo. Tampoco otro pariente. Informa asimismo que Tomás está en condiciones de ser dado de alta. Manifiesta que desde el Hospital se trabaja con familias dispuestas a acoger y/o adoptar niños especiales y requirió información acerca de la situación procesal del niño

para saber si podía comenzar a trabajarse su externación con alguna de estas familias".

Dicha audiencia no fue notificada a la progenitora conforme constancia de fs. 64/65 pese a lo expresado a f. 67.

Simultáneamente la Sra. Asesora de Incapaces luego de relatar los antecedentes del caso, solicita que se declare el abandono y la preadoptabilidad del niño con el efecto de lo que denomina como "cosa juzgada atípica", pues sólo produce efectos respecto de los padres biológicos quienes en esta etapa se ven limitados en el ejercicio de la patria potestad. Cita fallo de la Cámara de Apelación de Mar del Plata.

Previo vista a la otra Asesoría departamental que adhiere al pedido, la Sra. Jueza de grado a f. 72 da traslado del pedido de abandono por el plazo de diez días imprimiendo el trámite del proceso sumario.

A f. 76 se dicta la siguiente resolución: "Necochea, 17 de febrero de 2011. En la fecha y siendo las 10:00 horas se comunica telefónicamente la Lic. Adriana Zuluaga, Trabajadora Social del Hospital Sbarra de la ciudad de La Plata, lugar donde se encuentra alojado el niño T. H. Q. bajo la figura de Guarda Institucional; la misma me informa que están trabajando con algunas familias interesadas en adoptar niños especiales como Tomás. Razón por la cual se

interioriza de la situación y estado procesal del niño. Solicitando autorización para poder comenzar a trabajar la vinculación con las mencionadas familias y el menor; entendiendo que el mismo no está incluido en el Listado de niños en estado de adoptabilidad, encontrándose pendiente el proceso en el cual se solicita el estado de desamparo y adoptabilidad. Teniendo en cuenta lo ut supra expresado y el informe de la psicóloga del Equipo Técnico del Juzgado Lic. Paula Barnabá de fs. 74, dése vista al Asesor de Incapaces intervinientes”.

A f. 77 contesta el Sr. Titular de la Asesoría de Incapaces Nro. 1 por licencia de la titular de Asesoría Nro. 2, quien solicita se busque familia de acogimiento hasta tanto se dicte resolución.

A fs. 78/79 se resuelve 1) Autorizar al Equipo Interdisciplinario del Hospital Zonal especializado Dr. Noel Sbarra de la ciudad de La Plata a trabajar en la búsqueda de una familia que pueda acoger y contener física, emocional y afectivamente a T. H. L. Q., DNI 49.535.372, bajo la figura de Guarda institucional prevista en la ley 13.298 y Resol. 171 del Ministerio de Desarrollo Social en la Pcia. Bs. As., hasta tanto se resuelva la presente causa en relación a su madre biológica; 2) A los fines de realizar un seguimiento y acompañamiento al trabajo del Equipo del Hospital Sbarra,

dése intervención al Equipo Técnico del Juzgado, el que resolverá de qué forma y con qué frecuencia tomará contacto con los profesionales mencionados; 3) Líbrese oficio al Hospital Zonal especializado Dr. Noel Sbarra, notificando la presente. Oportunamente dése vista al Ministerio Pupilar”.

Dicha resolución no fue notificada a la progenitora.

A fs. 84/85 se recibe un informe de aspirantes a adopciones especiales. En él se indica que “teniendo en cuenta la situación de estado de adoptabilidad del niño T. Q., su patología de base, su derecho a crecer y desarrollarse en una familia y el perfil del matrimonio M.-G., consideramos importante que se pueda contemplar a esta familia como postulante de una adopción especial.”

Conferida vista a la Asesoría de Incapaces Nro. 1, la Sra. Asesora expresa: “En atención al informe glosado a fojas 84/5 me notifico del mismo y no formulo objeciones, y considero que debe continuarse con la vinculación de Tomás con el matrimonio M.-G., toda vez que este contacto favorece al desarrollo integral del menor” (v. f. 87).

A fs. 89/vta. obra acta labrada en la ciudad de La Plata en la que se dice que el matrimonio M.-G. conoce la situación procesal mas no refleja cual sería esa situación procesal.

A fs. 92/93 la Sra. Jueza resuelve otorgar a R. P. G. y A. D. M. la guarda provisoria con fines asistenciales del niño mencionado T. H. L. Q. hasta tanto se resuelva la presente causa en relación a su madre biológica, a partir del día 12 de abril de 2011.

Conforme la reseña efectuada, se observa que, a partir de la citada resolución de fs. 62 de fecha 16 de septiembre de 2010 y sin que esto implique calificar negativamente lo actuado tanto en sede administrativa como judicial, puesto que lo que se dirá no pone en duda el celo con que se pudiera haber actuado, el trámite toma un giro prematuro en tanto que sin haberse concretado las anunciadas peticiones y decisiones tendientes a fortalecer la relación materno-filial se comienza a preparar un camino de preadoptabilidad del niño.

Sabido es que el derecho en su concreción observa una faz dinámica y que principalmente en cuestiones como las que aquí se abordan, el tiempo es un factor no sólo imprescindible, sino también tirano. Como tantas veces se repite en muchas ocasiones una justicia tardía, no es justicia. Por eso, lejos de implicar una descalificación a lo actuado, pesa sobre el presente elegir entre las acciones ya resueltas y concretadas de manera incontrastable por el paso

del tiempo y los derechos no sólo de la recurrente y su núcleo familiar sino también los del niño causante.

No escapa al suscripto que la conducta de la progenitora conforme se desprende de autos no resulta la esperable conforme estándares como el del "buen padre de familia". Sin embargo cabe preguntarse en primer lugar si dicho estándar resulta aplicable al presente.

En primer lugar conforme lo dispone el inc. f) del art. 41 de la ley nacional 26.061 que regula lo atinente a las medidas que importen recurrirse a una forma convivencial alternativa a la del grupo familiar, "No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo"; en igual sentido art. 9 de la ley 13.634.

En otros términos, en autos ha quedado acreditado la condición de vulnerabilidad en que se encuentra la progenitora del niño así como este mismo y los demás integrantes -restantes niños- del grupo familiar, de lo que dan cuenta no sólo los informes reseñados, sino también las gravísimas circunstancias por las que atravesara la progenitora.

Así en la resolución dictada por el SLPPDN que encabeza el presente se da cuenta que fecha 22 de octubre de

2009, es decir a escasos días del nacimiento de Tomás se realiza una visita domiciliaria a los fines de contactar a Mariela Quiroga encontrándose la casa que habitaba ésta demolida en su totalidad, que ello ocurrió hacía aproximadamente un mes, que el padre de sus hijos le destruyó la casa, que estaba vigente una medida de no acercamiento de éste al grupo familiar por haber agredido con un arma blanca a su actual pareja, que por entonces tiene la posibilidad de trasladarse a Mar del Plata, donde tiene una posibilidad de trabajo, que está decidida a irse y que desea estar con Tomás y que quisiera que quede internado en el Hospital Materno Infantil de dicha ciudad, esto es de Mar del Plata.

En todo momento expresa que se hará cargo de su hijo y de los restantes pero que debe organizar el traslado de la familia a Mar del Plata, conseguir un lugar para vivir y una escuela para sus niños. Le requieren una autorización para realizar cirugía y toda práctica médica a su hijo, la que otorga.

Del informe aludido de fs. 54/56 surge que a mayo de 2010 se encontraba el grupo familiar instalado en Mar del Plata, construyendo su vivienda con la ayuda de los servicios municipales y la mano de obra de su esposo, con sus otros tres hijos cumpliendo la escolaridad en la escuela Nro. 13 de esa ciudad, y que se encuentra cursando un embarazo de siete

meses. Allí reitera su voluntad de trasladarlo cuando existieran las condiciones materiales para hacerlo, y es con fecha 22 de octubre de ese mismo año que la Sra. Asesora solicita que se declare el estado de abandono y adoptabilidad, sin que se hayan tomado medidas tendientes a la revinculación.

Que en la especie, a pesar de la comunicación del Servicio Zonal que da cuenta que se ha adoptado la medida de abrigo y que se trabajará articuladamente con el Servicio Local de APAND Mar del Plata para restablecer el vínculo familiar por parte del Servicio Local de Necochea, no obran actuaciones que den cuenta de dicha articulación ni tampoco medidas efectivas a fin de colaborar con el traslado de la progenitora a la ciudad de La Plata a fin de que pueda visitar al niño, como tampoco medida alguna tendiente al traslado de éste a la ciudad de Mar del Plata al Hospital Infantil de dicha ciudad si hubiera sido necesario, ni medida alguna tendiente a albergar al grupo familiar en una vivienda acorde a las necesidades del niño. Tampoco se requirió un nuevo informe sobre el avance en la construcción de la vivienda o medidas tendientes a adaptar la misma para recibir al niño.

Es en ese contexto que se inicia el juicio sumario que culmina con la declaración de desamparo y adoptabilidad

sin que se hayan sustanciado en éste los recaudos básicos que permitieran la efectiva defensa de la progenitora, conforme resalta en sus agravios la recurrente, lo que involucra además el derecho del niño a permanecer con su familia biológica, entre ellos los que seguidamente se enumerarán.

Previo a ello y para contextualizar debidamente la decisión a abordar cabe remitirse a las Cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las que adhirió nuestro máximo Tribunal Nacional mediante Acordada Nro. 5/2009 en fecha 24 de febrero de 2009.

Entre dichas reglas, que cabe considerar a fin dar cumplimiento a lo prescripto en el art. 15 de la Constitución Provincial y art. 2: f 11.5.a ley 26.485 (Ley de protección integral a las mujeres), ha de resaltarse que: “se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

La regla 15, por su parte, que estimo aplicable al presente, expresa: “La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en

las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Por su parte, la regla 35 expone: “Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

Dentro del Capítulo III citado, se recomienda:

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

1.- Contenido de la información

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

??La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar

??Su papel dentro de dicha actuación

??El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

??El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales

??Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso

??La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente

??El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios,

sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo,

Sección 3ª.- Comparecencia en dependencias judiciales

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los

términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) Durante el acto judicial

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

Dichas reglas, encomiable expresión de aquellas pautas a tener en cuenta en casos como el presente, se erigen como el adecuado sostén a fin de impedir que el proceso se convierta en un sendero que lejos de asegurar las garantías constitucionales involucradas, transite por andariveles en los que se privilegien la convalidación de actos procesales

irregulares o la ausencia de impugnación de actos de trascendencia, por sobre aquellas garantías de fondo.

Sentado lo anterior, se advierte que a partir del pedido de fs. 68/699vta. de la Sra. Asesora de Incapaces, se dio curso a un proceso sumario tendiente a la declaración de desamparo y adoptabilidad del niño sin asegurar a la progenitora, e indirectamente a éste, aquellos trámites esenciales -sustanciados de modo acorde a su estado de vulnerabilidad- que exige un proceso contradictorio en el que se encuentra involucrado el orden público (art. 9 CIDN en especial apartado 2 "procedimiento", oportunidad a las partes interesadas a participar en él; y O.C. 17-02 CIDN DDHH párr. 132-133 "principio contradictorio").

En efecto, en primer lugar, en la pretensión no se ofreció prueba alguna tendiente a la acreditación de tal estado, no se corrió traslado de las actuaciones rendidas hasta entonces, si es que en ellas se basaba el pedido.

La causa no se abrió a prueba, por ende no obra testimonio, dictamen ni medio alguno de prueba producido que, con el debido contralor de la parte, pueda sustentar la decisión.

Amén de ello, y como se reseñara, en autos se dictaron diversas medidas de excepción y atinentes a la guarda del menor que no fueron notificadas a la recurrente.

Todo ese cúmulo de circunstancias significó una indebida marcha del proceso que lo descalifica como tal y obliga a su anulación a fin de otorgar a la recurrente la imprescindible posibilidad de ser oída y producir la prueba que estime pertinente previo al dictado de la sentencia, ya que lo contrario, y mediando las circunstancias apuntadas, ésta se levanta como prematura y ajena a los principios que sostiene garantizar.

En síntesis, corresponde anular lo actuado desde f. 72, con excepción de la medida dispuesta a fs. 92/93 -por las razones que más abajo se indicarán- y emplazar en debida forma a la progenitora para que ejercite sus derechos (conf. arts. 307, 310, 312 inc. h) 317 inc. a) Cód. Civ.; 11, 27, 33, 35, 37, 39, 40, 41 ley 26.061; art. 4 ley 13.298; art. 18, 75 inc. 22 Const. Nac.; arts. 3, 7.1, 8.1, 9, 12, 19 C.I.D.N.; arts. 15 C.A.D.H.; SCBA, Ac. 34.039 8/10/85; Ac. 51.073, 1/03/94; Ac. 53.972, 19/12/95; Ac. 75.561, 238/05/03; Ac. 90.832, 8/03/07; C. 90.709, 17/02/10; C 104.588, JUBA: Ac. 80.481 19/02/02, C 93.677, 3/06/09; CSJN, "S.C. s/Adopción", 2/08/05 (fallos 238:2870)).

2. En resguardo del supremo interés del niño, estimo adecuado mantener la guarda asistencial otorgada a fs. 92/93 por entender que a esta altura del proceso la misma asegura del modo más pleno dicho interés.

Como ha sostenido nuestro Superior Tribunal de la Nación "Al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (Del dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte Suprema; G 1551XLII, Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/guarda preadoptiva, 19/02/2008, T. 331, p. 147).

3. Ello, sin perjuicio de que se notifique por la instancia de origen a quienes ostentan la misma -ya que eso no quedó reflejado de modo expreso en el acta obrante a f. 89/vta. ni con posterioridad a la resolución de fs. 92/93.

4. Además de ello, y por la misma instancia deberá implementarse un derecho de visitas que asegure el contacto del niño con su madre y con los demás integrantes del núcleo familiar, hasta tanto se verifique, en su caso, la posibilidad de reintegrarlo a su seno familiar (conf. CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 2011/06/23, S.M.A.; AR/JUR/37891/2011).

5. El mantenimiento de dicha medida, con la provisionalidad del caso encuentra apoyo en evitar un traslado prematuro en tanto no obran en autos antecedentes próximos sobre el estado de salud del niño y en razón de que el eventual traslado ha de corroborarse con la correspondientes medidas que acrediten, más allá de la permanente intención de la progenitora de hacerse cargo de la plena tenencia del niño, su efectiva disposición en tal sentido, removiendo, con ayuda de los organismos pertinentes, los obstáculos que puedan desaconsejarlo. A ello se suma que la misma expresión agravios, si bien de modo improcedente, intenta acreditar que se encuentran dadas esas condiciones.

Por último propongo al Acuerdo, a fin de dar cumplimiento a las Reglas de Brasilia citadas, que dictada la presente se cite a audiencia en esta instancia a la progenitora con la presencia del Sr. Defensor y de los Sres. Asesores de Incapaces.

Dejo aclarado que el acuerdo ha considerado que en la especie se encuentra cumplido con lo dispuesto en el art. 12 de la CIDN y normas inferiores concordantes en razón de la edad del niño causante y habiéndose pronunciado ante esta instancia quienes se encuentran legitimados para ello.

Por las consideraciones expuestas a la cuestión planteada voto por la **NEGATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:

Corresponde I) Anular todo lo actuado a partir de f. 72, con excepción de la resolución de fs. 92/93, debiendo correrse un nuevo traslado que asegure las pautas expuestas en los considerandos; II) Citar a audiencia para el día 2 de Noviembre del corriente año a la que deberán concurrir la progenitora M. P. Q., el Sr. Defensor y los Sres. Asesores de Incapaces; III) Notificar por la instancia de origen a los guardadores lo aquí resuelto, una vez firme; IV) Disponer que por la instancia de origen se implemente el régimen de visitas que asegure el contacto del niño con su medio familiar.

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Garate votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, 27 de octubre de 2011.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, I) Se anula todo lo actuado a partir de f. 72, con excepción de la resolución de fs. 92/93, debiendo correrse un nuevo traslado que asegure las pautas expuestas en los considerandos; II) Se cite a audiencia para el día 2 de Noviembre del corriente año a la hora 10,00 a la que deberán concurrir la progenitora Mariela Paola Quiroga, el Sr. Defensor y los Sres. Asesores de Incapaces; III) Se notifique por la instancia de origen a los guardadores lo aquí resuelto, una vez firme; IV) Asimismo se dispone que por la instancia de origen se implemente el régimen de visitas que asegure el contacto del niño con su medio familiar. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 in fine CPC).

Dr. Oscar A Capalbo

Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dr. Humberto A. Garate

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria