



%07|è!Rèmiz;Š

Causa Nº 1-56750-2012 -

"S. A. X. C. I. S/GUARDA DE PERSONAS"

JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - OLAVARRIA

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Octubre de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**S. A. X. C. I. S/GUARDA DE PERSONAS** ", (**Causa Nº 1-56750-2012**), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., encontrándose en uso de licencia al momento del sorteo, el Doctor Ricardo César Bagú, resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores COMPARATO - LOUGE EMILIOZZI .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs.219/226?

2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Juez Doctora

COMPARATO dijo:

I) a.- La Sra. Juez A-quo a cargo del Juzgado de Familia de la Ciudad de Olavarria, dicta sentencia a fs. 219/226 decretando el desamparo y estado de adoptabilidad de la menor X. C. I. S. A. quien se encuentra alojada en el Hogar de Niñas San José de Olavarria, actualmente bajo la guarda provisoria del matrimonio C.-U., hija de C. J. M. A. Sánchez y S. O. S. (conf. fs. 16).-

Para así decidir y en apretada síntesis, la Sra. Jueza cita lo que surge de los informes psicológicos, socio-ambientales, del Servicio Local de Promoción y Protección, del instituto en el que se encuentra alojada la menor y de la causa n° 3166/10 de trámite por ante el mismo Juzgado.- De las pruebas señaladas infiere que se encuentra probada la real situación de abandono en la que se encuentra X. por parte de sus padres.- Que tal abandono se ve configurado en la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a la salud, seguridad y educación de la niña, que su progenitora se ha desentendido completamente de la misma y su padre no ha logrado dar cumplimiento con su rol parental, a pesar de las distintas medidas implementadas desde el hogar San José.-

II) Este decisorio es apelado por el progenitor a fs. 248, habiendo sido concedido libremente, expresa agravios a fs. 261/264 vta..-

El recurrente persigue la revocatoria de lo decidido, por una parte expresa que si bien las condiciones de habitabilidad de su casa podrían ser mejores, ello no justifica que se decrete el estado de abandono de Ximena, así mismo expresa que si bien desde que se separó de la madre de la menor le resultó dificultoso el contacto con su hija, entiende que no se han agotado las acciones ni estrategias de parte del Estado (servicio local o zonal) a efectos de superar las dificultades o riesgos en la que podía encontrarse inmersa la menor, debiendo en todo momento priorizarse la continuidad de la niña con la familia biológica.- Cita doctrina y jurisprudencia.- Finalmente solicita se revoque el decisorio apelado.-

A fs. 266/268 vta. contesta los agravios el Sr. Asesor de Menores, expresa que desde el inicio de la vida de la menor el Sr. S. ha estado ausente, que no reconoció la niña al nacer sino con posterioridad y por iniciativa del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño.-

Manifiesta que la falta de interés del quejoso en no mantener visitas con su hija, permitió que la niña profundizara los lazos afectivos con el matrimonio guardador. Que, se desentendió de cuidarla, asistirla desde su nacimiento, sin haber asumido posteriormente un comportamiento revelador de su intención de revocar su inicial y libre conducta abandonica, pese al constante apoyo y asesoramiento del Servicio Local.

Refiere el Asesor que de la integral lectura de los

textos se arriba, a que el reclamo del recurrente resulta inatendible. Que de las constancias de autos reunidas a partir de la adopción de medidas de abrigo, su prórroga y durante el trámite de la guarda institucional, resulta constante y evidente el maltrato físico, el desamparo moral y afectivo, la insuficiencia de cuidados padecidos por la niña, que no tienen que ver con la carencia de recursos económicos argüida, y que no surge acreditada conducta alguna de los progenitores en pos de ocuparse, aunque sea mínimamente por el estado de Ximena.

III) A fs. 273/274 el Tribunal resuelve: fijar audiencia para oír y ver a la menor, debiendo ser acompañada por la familia guardadora, solicitándose asimismo la colaboración del equipo técnico de la Oficina Pericial y la asistencia de la Sra. Asesora de Menores.- Llevada a cabo la audiencia conforme surge de fs. 281, la perito psicóloga que asistió a la misma emitió informe conforme surge de fs. 282/283 vta..-

En este contexto, se debe analizar si efectivamente se dan las circunstancias determinantes del desamparo y adoptabilidad que decreta el fallo apelado.-

IV) A modo introductorio, me permito citar lo dicho recientemente en causa n° 55.454 “A., A. Y A. S/ protección y guarda de personas”, allí comencé citando un fallo emitido por esta Sala en anterior composición y con voto de la estimada Dra. Fortunato de Serradell, en el que dijo en opinión que comparto: “El **desamparo constituye** una situación de hecho en el que se hallan los menores privados de un ambiente familiar.-

Comprobada su existencia judicialmente, es dable autorizar la declaración de adoptabilidad, es decir, la manifestación de que el menor está en condiciones de ser adoptado.- La tendencia actual es posibilitar al Juez la determinación del hecho del desamparo, lo que se obtiene con pautas claras en la nueva ley, a propósito de declarar judicialmente la falta de protección y atribuir determinados efectos jurídicos -antes de la adopción- al desamparo comprobado judicialmente (Conf. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "La Adopción", pág. 102 y ss.).-

De este modo, y en pos de enmarcar jurídicamente la situación fáctica presente en el sub-lite, la doctrina señala que corresponde hablar de **abandono**- entre otros casos- en el supuesto del menor cuyo grupo familiar se encuentra desestabilizado por separaciones de hecho o por divorcio, o aquejado por conflictos desestabilizantes" (Conf. D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Menores", pág. 63). En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que "el abandono se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a la salud, seguridad y educación del menor de edad por parte de las personas a quienes les compete dicha obligación y deriva supletoriamente en la tutela pública estatal" (CNCiv., Sala L., 1993-C-407), esto es, cuando los vínculos biológicos generadores de la filiación "se transforman en la realidad de la vida en simples circunstancias no asumidas por el o los progenitores como fuente de responsabilidad procreacional" (Conf. Cám. Civ. y Com. de Córdoba, L.L. 1985, p g. 490).-

En los últimos años, se observa una tendencia doctrinaria en pos de alcanzar una mayor precisión terminológica al referirse a la cuestión que aquí nos convoca. En esta línea, se ha señalado que la figura del abandono de los niños resulta mejor comprendida en la expresión **desamparo**, puesto que esta última contempla con mayor amplitud distintas situaciones por las que pueda atravesar el menor, **al comprender tanto el abandono material como el espiritual** -es decir, aquellas situaciones en que el niño no está protegido como necesita en esa etapa de su vida-; y, a diferencia de la primera voz, no resulta estigmatizante (conf. Medina, Graciela, citando a Lloveras, Nora, en “La Adopción”, tomo II, págs. 41-43; Arias de Ronchietto, ob. cit., pág. 102 y ss; Herrera, Marisa, “El derecho a la identidad en la adopción”, Buenos Aires, 2008, Ed. Universidad, Tomo I, pág. 177 y ss; esta Cámara, Sala II, causa 41049 del 14.12.1999, causa 41218 “Gómez...”, del 16.03.2000; CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala III, causa nº 269 “R., J. M. y otros s/ Protección de personas”, del 22.10.2010, elDial.com AA6527; CNCiv., Sala L, causa nº 36342/04 “V. o D., C. J. y B., J. y otros s/ Protección de personas”, del 21.07.2008, elDial.com AA4D64; entre otros, en conformidad con los arts. 317 y 325 del Código Civil). Que asimismo, esta noción se vincula con el abandono como causal de pérdida de la patria potestad que legisla el art. 307 inc. 2) del Código Civil, texto según ley 23.264, por cuanto la ley no se refiere exclusivamente al abandono en la vía pública, sino que siguiendo la doctrina de la Suprema Corte, se corresponde con “los casos en que los padres se desentienden del pequeño, dejando de

prestarle cuidados, no obstan que otras personas suplan tan repudiable conducta" (conf. S.C.B.A. 27/10/81, E.D. tomo 99, p g. 231; Medina, Graciela, "Op. Cit.", pág. 41 y ss).-

Acreditado el abandono material o espiritual del niño por parte de sus progenitores, el corpus normativo que funda la declaración de desamparo y posterior declaración de preadoptabilidad, se encuentra integrado - además del art. 317 del Código Civil-, por los arts. 3º, 9º, 18, 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contando éstos con jerarquía constitucional. Importa ello además la obligación del Estado de cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales, a través de esas medidas de acción positivas, especialmente respecto de los niños (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional).-

Ahora bien, conforme dicha normativa, se observa que no toda inobservancia de los deberes emanados de la responsabilidad parental configura una situación de envergadura tal que permita calificarla como desamparo de los niños. Al respecto, el código de fondo define expresamente las características que debe reunir la situación fáctica del desamparo moral y material, en los términos mencionados ut-supra: debe ser evidente, manifiesto y continuo (art. 317 inc. a, 2º párrafo Cód. cit.). Estos son aspectos que serán objeto de prueba, acreditación y valoración. Teniendo en cuenta la finalidad y función de la patria potestad (art. 264 cc), no cualquier disfunción o incumplimiento del ejercicio de la misma importa una declaración de abandono, de desamparo moral y material.- El

desamparo debe reunir los caracteres que cita la norma y que fueran anteriormente mencionados, y debe ser analizado en cada caso particular (conf. Gabriela Yuba “El estado de abandono y declaración de preadoptabilidad” en Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, ed. La Ley, año 3 n° 3 de abril 2011, pág. 78).-

De este modo, y atendiendo a que el desamparo se manifiesta en aquellas situaciones en que los padres no cumplen con las obligaciones básicas- alimentos, educación, salud, afecto, esparcimiento- hacia sus hijos, no cumpliendo con ello el objetivo de acompañarlos en su crecimiento mediante la satisfacción de sus necesidades y su contención afectiva; se ha entendido que las conductas que permitan tenerlo por configurado deben ser graves, poniendo, por tanto, en peligro la integridad psicofísica del niño. Esto no quiere decir que tales conductas deban ser reiteradas y voluntarias, sino que por su envergadura requiera que el niño sea separado del adulto que las efectuó o que por su omisión las procure” (Bigliardi Karina “La antesala de la adopción en la provincia de Buenos Aires” pulic. en R.D.F y P. ed. La Ley, año 3, n° 4, mayo de 2011, pág. 29 con cita de profusa jurisprudencia que ha conceptualizado de esa forma al abandono).-

En lo que refiere al **criterio para valorar la existencia del desamparo**, ha de señalarse que el mismo ha dejado de ser objetivo, para pasar a centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor, en razón de que las obligaciones emergentes de la patria

potestad son personalísimas, indelegables e intransferibles (Conf. Bueres, Alberto J- Highton, Elena I. "Código Civil", tomo I, pág. 1296).-

Se ha recogido pues la tesis subjetiva, según la cual, para sancionar con la pérdida de la patria potestad (ahora privación) a un padre, sólo cabe atender a la situación de desamparo provocada por uno de los progenitores en que se evidencie una desatención de los pequeños, con independencia de que el hijo se encuentre al cuidado de otras personas –sea el otro progenitor u otros parientes- que suplan tan repudiable conducta (conf. esta Sala, causa n° 42.887 “N.N. menor por nacer hija de Salinas Natalia, su situación”, 06.06.2001; S.C.B.A., en fallo del 27.10.1981, ED 99-231; entre otros).-

Frente a esta situación fáctica de desatención en que se vean inmersos los niños -cuya existencia, magnitud y alcance deberán ser valoradas a partir de la aplicación a cada caso concreto de los criterios referenciados precedentemente-, surge la necesidad de calificar la situación jurídica del niño ante la eventual decisión de su permanencia con tinte definitivo en un ámbito ajeno al de origen, lo que tendrá lugar a través de la declaración de estado de desamparo y consecuente situación de adoptabilidad del menor (CNCiv., Sala B, en causa “A., R....” del 17.02.2011, publicado en La Ley Online cita AR/JUR/2587/2011; Fernández, Silvia E., “La evaluación de la competencia jurisdiccional en el sistema de protección integral de Derechos de Infancia”, Diario La Ley, 15.06.2011, pág. 8 y ss).-

Ello así puesto que, si bien el art. 9º de la

Convención sobre los Derechos del Niño consagra que el niño tiene derecho a permanecer en su familia de origen “en la medida de lo posible”, ello está subordinado a que esta familia le garantice y le respete sus derechos humanos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la salud física y psíquica y a su integridad. La responsabilidad parental ya no es un derecho de propiedad sobre los hijos, sino que es una función que se cumple ayudándolos a crecer, a desarrollar al máximo sus posibilidades. Es por ello que, no obstante constituir la reinserción del niño en su familia biológica -en principio- la mejor alternativa posible para los niños institucionalizados, cuando en el seno de la misma no puede garantizarse el desarrollo psicosocial, ni la integridad física y emocional del niño, debe buscarse con la mayor celeridad y certeza jurídica el medio conducente para establecer la adoptabilidad de los menores en conflicto (Pancino, Bettina y Silva, Cristina I., “Es hora que los tiempos de la justicia y de las políticas públicas cumplan con los derechos de los niños”, Suplemento Especial El Dial sobre Guarda Preadoptiva, junio de 2007; Molina, Alejandro C., “Vínculos, sentimientos, intereses y tiempos en la adopción”, Revista Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, 2004-III, pág. 137).-

Cabe destacar que, es cierto que en principio y frente a la comprobación de la vulneración de derechos de un niño el estado debe propender a buscar una solución en el ámbito familiar ofreciéndole la ayuda económica, habitacional, con apoyo y seguimiento en la crianza de un menor (conf. lo normado por las leyes 26.061 y 13.298) ahora bien, ha de

aceptarse que la intervención de los efectores del sistema en muchos casos no arroja resultados beneficiosos para el menor, ya que algunos grupos familiares no permiten conjugar adecuadamente los intereses y necesidades de todos sus miembros en una medida equitativa.- Por ese motivo, se impone un abordaje que trascienda a la familia como entidad grupal, y focalice a sus integrantes como individuos, cuyos derechos deben ser garantizados independientemente de los del grupo.- Es loable la intervención del estado en pos de procurar la unidad familiar y la continuidad de los niños con sus progenitores o en su caso con la familia ampliada biológica, ahora bien, esta actividad estatal tiene un límite y éste está representado por el superior interés del niño.- Es así que, al no verificarse mejorías sensibles en plazos razonables, la decisión debe inclinarse por declarar el estado de abandono y adoptabilidad, para garantizar el derecho a la vida y al mejor desarrollo en una familia alternativa que pueda responder a sus necesidades, primero afectivas, luego de educación, cuidados y desarrollo (arts. 20 y 21 de la CDN).-

Me permito citar un art. publicado como comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A del 8/7/2011, en Revista de Derecho de Familia, 2011-VI, ed. Abeledo Perrot, págs. 191/210 "Estado de Preadoptabilidad en las familias intervenidas" allí se dijo: *"Cumplida la actividad estatal para corregir las falencias o desigualdades en que la vida pudo haber colocado a los miembros de este grupo familiar, y acreditada la ausencia de resultados, es imperioso inclinar*

la balanza con toda premura, a favor de quien está mas expuesto y vulnerable en esta cadena de inequidad. LA constitucionalidad del derecho de familia y la interpretación de sus normas bajo el prisma del principio pro homine imponen la aplicación de políticas estatales proactivas tendientes a hacer cesar la vulneración de derechos. Sin embargo, no debe soslayarse que acompañar a las familias implica dotarlas de recursos suficientes para que obtengan autonomía y tracen su propio destino, reconociendo inclusive su derecho a rechazar la intervención. Las políticas en materia de familia e infancia deben tener como norte el interés superior del niño y su condición de sujeto de derecho, recordando que aún cuando su vida esté signada en parte por el azar y la fortuna, está en nuestras manos, en algunos casos, torcerle la mano a la suerte”.

V) Trasladando estos conceptos a la situación particular de autos, se aprecia que el desamparo por abandono es fácilmente inferible del comportamiento asumido por los padres de X., conforme los hechos de que dan cuenta las actuaciones cumplidas en este proceso.-

La institucionalización de la niña y el inicio de las actuaciones primero de abrigo y luego de guarda se remonta al año 2010, en atención a una denuncia realizada por la Sra. Patricia Perez, Directora del Centro de día Municipal n° 5 al que asistía Ximena.- Del informe elaborado por la Directora del centro mencionado surge que: “..... la niña A. (hermana de X.) concurre a la mencionada institución desde el mes de abril

observando un descuido general de la misma, sin contar con higiene personal, alimentación, y controles en lo que respecta a la salud. que en varias oportunidades la niña ha aparecido con ropa de aspecto masculino, sin ropa interior, a veces con su vestimenta orinada de hacía un día. que A. ha presentado hematomas principalmente en el brazo y piernas, golpes en su cuerpo y rasguños en las orejas". Que además, "se cuenta con el testimonio de la Sra. C. P., dueña de la vivienda donde se encuentra actualmente viviendo la progenitora, M. A. junto a sus hijas A.y X.". Que, "La Sra. P., ratifica que M. A. golpea a las niñas sin razón alguna, que en días de bajas temperaturas la ha bañado a la intemperie con agua fría a modo de castigo. Agrega que en una ocasión calentó un fierro en una estufa y quemó a la niña "para que aprenda a no hacerse pis" dado que la niña aun no controlaba esfínteres. Plantea que los motivos por los cuales la niña no ha concurrido al Centro de Día por un término de 15 días aproximadamente, es a raíz de una golpiza que ejerció la joven A. hacia la niña con una zapatilla. Permanentemente expresa que el maltrato por parte de la progenitora hacia sus dos hijas es sin motivo alguno". Que, "a raíz de la mencionada denuncia, A. ingresa al Hospital Municipal, a la guardia de pediatría a fin de controlar y evaluar su estado actual de salud. Cabe destacar que la niña al presentar síntomas de gastroenteritis y es internada en el mencionado nosocomio local para su recuperación.". Que, "mientras tanto personal del Servicio Local efectúa el contacto con la Sra. A., a fin de comunicarle las medidas a concretar con sus hijas, dado el grado de

vulneración en el cual se encuentran ambas niñas bajo su responsabilidad". Que "hasta tanto se le dieran el alta médica a A., X. quedó bajo los cuidados de la Sra. C. P. hasta el día que se concretó la medida de abrigo. Cabe destacar que las niñas no cuentan con familiares que puedan responsabilizarse de sus cuidados ya que presentan problemáticas similares a las plasmadas y a su vez primos institucionalizados en los diferentes Hogares con los que cuenta nuestra ciudad". ...que, "se hace presente en el Servicio Local el Sr. S. S. de 20 años, quien manifiesta ser el padre biológico de X. A.. Se plantea desde esta organización el trabajo con el joven, dado que no mantenía contacto con la niña como así tampoco se encuentra reconocida por éste" (fs. 10/11 "A. A. L. C. s/ Abrigo")

Ante el cuadro de situación detallado, el Servicio Local decide solicitar la medida de abrigo consistente en institucionalizar a la menor en el hogar San José de Olavarría, asimismo se contactan con quien dice ser el padre biológico para iniciar un trabajo de revinculación, toda vez que no tenía contacto con su hija, como así tampoco la había reconocido.-

Encontrándose la niña en el hogar, comienza desde el servicio local un denodado trabajo para insertar a X. en el hogar paterno desde que la madre en ningún momento demostró intenciones de querer recuperar a X. (inf. de fs. 102/104), no resultando ocioso señalar que la institucionalización se debió al estado de abandono que evidenciaba Ximena, en virtud de los descuidos materiales y afectivos de la madre.-

Tal esfuerzo y trabajo, como lo ha señalado

pormenorizadamente la Sra. Juez A-quo en la sentencia en crisis, no resultó positivo para X., toda vez que el Sr. S. nunca intentó por su propia voluntad acercarse a X., ni ha demostrado actitudes cariñosas ni de cuidados en relación a la misma.- Ello se encuentra probado con los informes señalados en la sentencia en crisis, obrantes a fs. 93/94, 100/101, 139/140, 151, 200. y respecto a lo cual ahondaré mas adelante, citando tambien otras actuaciones.-

A ello cabe agregar que la niña se ha relacionado con el matrimonio C.-U., a quienes reconoce como sus padres, no habiendo podido crear el mismo vínculo con el Sr. S., a pesar vuelvo a reiterar de las distintas oportunidades brindadas al mismo y que surgen de las actuaciones.-

Es dable señalar por otra parte, que éste Tribunal en dos oportunidades tuvo contacto con la menor, así en el mes de Agosto de 2011, conforme surge del acta obrante a fs. 78 de los autos caratulados “A. X. I. s/ guarda de personas”, expte. N° 3.053, y en agosto del corriente año conforme surge de fs. 281 de los presentes autos.- En la primera audiencia mencionada, X. no se encontraba conviviendo con los actuales guardadores provisorios sino que se encontraba alojada en el Hogar San José, y se había generado distintas oportunidades de convivencia de la niña con su familia paterna, es así que a la audiencia asiste la abuela de X.- Allí pudimos observar que X. presentaba un cuadro de retraso madurativo –sin perjuicio de su corta edad-, casi no hablaba y no controlaba esfínteres –

usaba pañales-, vino acompañada por personal del Hogar.- Tal como se mencionó en la resolución obrante a fs. 83/87 pudo confirmarse el estrecho vínculo entre X. y los peticionantes de la guarda provisoria, a quienes llamaba papá y mamá, y de quienes le resultó muy difícil separarse toda vez que debía volver al hogar con quienes la habían acompañado a éste Tribunal. No tuvo la misma actitud frente a su abuela, a quien en ningún momento se acercó a pesar de estar –en un momento determinado- todos juntos en la sala de audiencias, no se profesaron ninguna actitud de cariño (X. y su abuela paterna).- En la audiencia llevada a cabo a efectos de resolver la apelación interpuesta en el presente, se vuelve a observar el cariño inmenso de la niña con el matrimonio mencionado, destacándose asimismo la evolución madurativa, observando en ésta oportunidad una niña desenvuelta, con un lenguaje adecuado a su edad y ya sin el uso de pañales, quiero aclarar que soy consciente que un año en la vida de una niña de la edad de X. implica grandes pasos madurativos, más los observados por éste Tribunal no solo se podrían considerar un mero transcurso del tiempo, sino gracias al cariño y contención que encontró Ximena fuera de su ámbito familiar biológico.-

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la decisión de decretar el desamparo y consecuente estado de adoptabilidad de X. de ningún modo se debe a las condiciones habitacionales del Sr. S. – tal como éste lo plantea en los agravios -, sino todo lo contrario, se debe a que X. no encontró en él a un padre afectivo, dedicado y contenedor.- No

resulta ocioso señalar que conforme surge de fs. 100/101 el mismo Sr. S. mencionó que le darían materiales para su casa si Ximena vivía con él, de modo que en su caso tal inconveniente se habría solucionado con la ayuda estatal.-

En otro orden de ideas el apelante manifiesta que no se agotaron todas las vías de acción posible desde el servicio local o zonal para lograr la cohesión familiar.- Nada menos cierto, tal como lo señalara ut-supra, precisamente en la sentencia en crisis se ha destacado que las únicas oportunidades en que el Sr. S. se acercó a X. fue gracias al esfuerzo y acompañamiento del Servicio Local, sin que aún así se lograra una vinculación positiva para X..- Como ejemplo de las acciones llevadas a cabo podemos mencionar: entrevista con el equipo técnico del hogar a fs. 65/66 allí se le aconseja al Sr. S. acercarse a X. le ofrecen distintas alternativas para llevar a cabo la vinculación, como resultado se informa que el Sr. S. no se presentó a la Institución (16 Julio de 2010), informe de fs. 69, el Sr. S. se entrevistó con el Servicio Local y lo autorizan a retirar a X. del hogar (12 de septiembre de 2010), se le solicita que se presente con el equipo técnico del hogar para determinar distintas pautas de crianza de X., y no se presenta.- El día 19 del mismo mes solicita llevarse a la niña y ante el requerimiento de la institución de consensuar una charla, se retira sin X. y se lo cita para el día 20, no asistió.- El 22 se acerca al hogar y no brinda ninguna explicación clara respecto de su incomunicación, establecen el día 27 para visitar a Ximena, ese día no asistió.- El día 12 de Noviembre se

presenta el Sr. S. y retira a X. (conforme lo notificado al hogar por el Servicio Local, de lo que surge claramente que fue a su requerimiento que el Sr. S. se presenta a retirar a su hija), debiéndola restituir el día domingo, se adelanta y la lleva al hogar el sábado, es recibida por personal del mismo quien informa que tenía los ojos llorosos, en mal estado de higiene (la ropa sucia y los pañales sin cambiar), no emitía sonido alguno y con el rostro triste (fs. 70).- A fs. 76 se adjunta copia de entrevista mantenida con el Sr. Salas y la abuela paterna de Ximena en el cual se acuerdan los días de visita y retiro de la menor del hogar.- A fs. 78/80 consta informe socio-ambiental que da cuenta del estado de abandono de X. en momentos de convivir con su padre y abuela paterna.- A fs. 89/90 desde el hogar nuevamente asisten al domicilio paterno de X., encontrándola en mejores condiciones que con anterioridad, al ser llevada nuevamente al hogar la niña no manifestó dificultad para separarse de su padre, se informa desde el centro de rehabilitación que la niña solo concurrió en una oportunidad sin que pueda explicar el padre la razón por la que no asistió cuando correspondía.- A fs. 93/94 se detalla el comportamiento del Sr. S. respecto de las inasistencias del mismo a fin de visitar a X..- A fs. 100/101 se informa que se presenta el Sr. S. aduciendo que lo habían llamado del Servicio Local y que si no se presentaba a ver a X. no le daban los materiales y/o la dan en adopción, llevan a X. en presencia del padre y se mantiene a upa de la directora, el padre no demuestra afecto ni acercamiento en relación a la niña, retirándose del hogar sin llevarse a X. (23 de enero de 2011).- A fs.

139/140 se informa que X. no recibe ninguna visita de su familia paterna (4 de Marzo de 2011).- A fs. 151 se informa que el día 3 de Abril se hace presente la abuela paterna, se queda por un lapso de 10 minutos con X., y se retira, se le hace saber que el padre no visita a la niña desde el día 7 de enero.- A fs. 188 se informa que el 27 de abril se mantiene una reunión en el Servicio Local con la Sra. S., su pareja, la Directora del Servicio Local y la Directora del Hogar a efectos de notificar a la Sra. S. que además de retirar a la niña los domingos debe asumir ciertos compromisos y visitarla con más frecuencia a efectos de fortalecer el vínculo entre ambas, como ser: acompañarla al Centro de Estimulación Temprana, al jardín de infantes y visitarla al menos tres veces a la semana. La Lic. Silvia Díaz la compromete a mantener entrevistas psicológicas con un profesional que le será asignado. La primera semana no logra mantener de modo permanente el compromiso asumido con la niña. Que por razones laborales la Sra. S. y su familia se trasladan a vivir a la zona rural y solicita autorización en el S. local para poder llevar los fines de semana a X., de viernes a domingo. A la niña se la observa contenta cuando es retirada por su abuela, quien solicita permiso para que pueda estar más días con ella. La Directora del S. Local concurre al domicilio de la familia y considera que están dadas las condiciones para que la niña pueda permanecer en el lugar. Se acuerda que a efectos de afianzar y fortalecer el vínculo X. esté con su abuela desde el día 11/6 hasta el 17/6 que festejarán su cumpleaños. El 17/6 en horas de la tarde es retornada al Hogar por la Directora del S. local. Es dable destacar que no

consta ninguna presentación espontánea de la abuela paterna en el hogar.-
A fs. 202 y a requerimiento del Servicio Local se autoriza que X. pase unos días en el mes de Julio con su abuela paterna, no constando en autos que se cumpliera, como así tampoco consta ninguna presentación posterior solicitando ver a X.. Recordemos que el progenitor no visita a X. desde Enero de 2011.-

Del informe psicológico obrante a fs. 187 elaborado con fecha 28 de Junio de 2011 se desprende que: X. aun no ha logrado el control de los esfínteres, y se estima que el mismo se ve afectado por la inestabilidad emocional a la que se ve afectada a tan temprana edad. Fallas en la función materna primaria; pérdidas de figuras familiares y de espacios conocidos; inestabilidad en la presencia de personas significativas para ella: pérdidas y cambios que afectan significativamente su desarrollo actual, con huellas y marcas que solo el futuro develará. Asimismo a fs. 282 la perito psicóloga que presenció la audiencia con X. ante este Tribunal emite el siguiente informe:*"de la misma se observa una niña con adecuado nivel de estimulación, encontrándose a la fecha sin dificultades a nivel madurativo. Aparece en su verbalización, la incorporación de sus guardadores como figuras paternas y referentes de contención, y con un vínculo de gran afecto con los mismos. Puede dar cuenta de las actividades que realiza, y de los cuidados que recibe de la familia guardadora, de manera espontánea y distendida. Predomina la alegría en ella. Y que de los guardadores, surge el amor paternal hacia la niña, el cuidado hacia la misma*

y el respeto por su historia. Concluye que en la misma se evidencia el vínculo de amor existente entre la niña y sus guardadores, observándose en los adultos capacidad de cumplir con las funciones paternas y de observar tanto las necesidades madurativas como emocionales de la niña”.

Ha quedado plasmado con el relato realizado de lo actuado en autos, que la intención de acercar a X. a la familia biológica ha sido denodado como ya se señalara sin que se encontrara una respuesta satisfactoria para la menor.-

La persistencia en una labor en la cual no se verifican resultados favorables y significativos, importa la vulneración de los derechos de aquellos a quienes presuntamente se busca proteger y la revictimización de los intervenidos.- Tal como lo señala el Juez de voto en la causa citada del Tribunal de Trelew “ Es innegable que si bien la familia es una célula fundamental de la sociedad, también lo es que ella no puede ser el fruto de una creación *ex nihilo* sobre la base de artificios.- Cuando no están dadas mínimas condiciones, por mas medios que se le sumen, la familia no funcionará y, a la larga traerá mas problemas que soluciones para los eslabones más débiles de ella, que son los niños”.-

Es así que frente a lo normado por los arts. 37 de la ley 26.061, arts. 9, 19 inc. c y e, 31 incs. C,e y f, 34, 35 incs. A, b y c y cctes. de la ley 13.298 (citados por el apelante) y a la luz de lo expuesto, no puede perderse de vista que frente al reclamo del adulto, se encuentra el interés superior del niño.- De modo que no basta para cuestionar lo decidido

respecto de la niña la invocación por parte del recurrente que no se agotaron las vías de acción a su favor, en tanto lo que aquí se le exige es una actitud positiva de su parte que ponga en evidencia su voluntad inequívoca, hechos concretos que demuestren la adopción de un comportamiento adecuado a las circunstancias del caso y que sirva para garantizar la atención, cuidado, salud y educación que los menores requieren; para lo cual no resulta suficiente el hecho de presentarse de vez en cuando al proceso, sin aportar ninguna solución al caso. Es dable en este estado, citar lo resuelto por la C.S.J.N en un reciente fallo: *"...frente a las escasas posibilidades de brindar sostén y contención adecuadas, las actitudes bien intencionadas de la progenitora y su entorno no resultan suficientes para responder a las necesidades psicoemocionales de las niñas que han sufrido carencias afectivas desde temprana edad. Cabe considerar que el interés primordial de las menores se encuentra debidamente ponderado en el fallo en recurso y que esta Corte no encuentra argumento decisivo para invalidar un pronunciamiento que en este aspecto no presenta defectos de motivación o razonamiento que justifiquen a su descalificación por la vía intentada..."* (A 1202, "A.M, M.A. y A.M.C s/ protección especial", CSJN del 31/08/2010, publicado en elDial.com, el 2/11/2010).-

Es dable poner de resalto que el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño estatuye que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de

conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...". En su artículo siguiente se expresa que "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".-

Al respecto, la SCBA con voto del Dr. Petiggiani ha resuelto: "Considero importante dejar en claro que la decisión que se propicia salvaguarda éste interés, en cuanto que la Convención de los Derechos del niño procura que "el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal **separación es necesaria en el interés superior del niño** (art. 9.1). Incluso dicha norma ejemplifica la situación, mencionando "los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres" (SCBA P.J.; M., J.M." del 25.11.2009, publicado en LLBA, junio de 2010, pág. 529).-

Al respecto, debe puntualizarse que una definición aproximada del "interés superior del niño", lo caracteriza como un conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de las personas y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto (Conf. S.C.B.A. Ac.

nº 73.814 del 27/9/00, voto Dr. Petiggiani, recientemente causa P.J.; M., J.M.” del 25.11.2009 citada).-

El interés superior del niño, representa entonces la consideración del menor como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo (Grosman, Cecilia, “Los derechos del niño en la familia”, Buenos Aires, 1998, Ed. Universidad, págs. 23 y 37). Es así que su determinación excluye toda consideración meramente dogmática, para atender exclusivamente a las circunstancias concretas y particulares que presenta cada caso (S.C.B.A. Ac. 63.120 del 31/03/98; Ac. 79931).-

La atención primordial al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.-

Y es precisamente persiguiendo el objetivo de priorizar ese interés al momento de resolver el conflicto suscitado en el sub examine, que entiendo debe privilegiarse la situación en la que se halla actualmente la menor, contenida y protegida en el Hogar San José en un primer momento y bajo la guarda provisoria del matrimonio Cuniolo-Urrutia en la actualidad quienes han sido los que le han brindado la atención y cuidados desde que lo buscaran en el hogar en el que se encontraba institucionalizada.-

Consecuentemente, verificada en autos la situación socioafectiva entre los progenitores y la niña, se observa que a través del tiempo el contexto de riesgo se ha visto consolidado y cristalizado en franco detrimento hacia el efectivo goce de los derechos de X.. De las constancias del expediente expuestas ut-supra, surge el abandono evidente, manifiesto y continuo de la niña por parte de sus progenitores y la familia paterna ampliada (abuela), el que no queda revertido por la mera voluntad del padre de querer convivir junto a ella.-

Que X. tiene la necesidad de contar con figuras significativas que le ofrezcan seguridad emocional y afectiva. En consecuencia, no cabe sino reafirmar la convicción aceptada por la juez a quo en cuanto a que, de acuerdo a las circunstancias del caso, corresponde al interés de la menor proporcionarle un hogar donde pueda crecer y desarrollarse con afecto y estabilidad (ver CSJN, causa "A. M., M. A. y A. M., C. s/ Protección especial", A. 1202 XLIV, del 31.08.2010).- Es de destacar que en el mismo sentido se ha expedido la Asesoría de menores, no oponiéndose el Sr. Asesor Ad-Hoc con lo resuelto por la Sra. Juez actuante.-

De este modo, considerando que la resolución recurrida se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño, al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 10 pto. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que se han contemplado en autos las garantías procesales para las partes

intervinientes, el principio de inmediación y el derecho de los niños a ser oídos; y que existe la necesidad de poner fin al estado de incertidumbre e inseguridad jurídica propio del primer estadio de comprobación del desamparo de los menores; propongo al acuerdo desestimar el recurso y confirmar la resolución de fs. 219/226 (conf. arts. 307 inc. 2º; 317 inc. a, 2º párrafo, 323 y cctes C.C, art. 75 inc. 19 Const. Nac. y art. 36 inc. 1º Const. Pcial; arts. 8 y 9 Conv. de los Derechos del niño y restante normativa, doctrina y jurisprudencia citada).-

Así lo voto.-

El señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.-

A LA SEGUNDA CUESTION, la Señora Juez doctora **COMPARATO**, dijo:

Atento cuanto expusiera al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 248 y confirmar la sentencia de fs. 219/226, 2) Sin costas en orden a la naturaleza de la cuestión planteada (art.68 Cód.Proc.).-

Así lo voto.-

El señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** adhirió por los mismos fundamentos al voto precedente.-

-S E N T E N C I A-

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo, y lo prescripto por los arts.68, 266, 267 y concs. del Cód. de Proc.;

doctrina y jurisprudencia citadas, se Resuelve: 1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 248 y confirmar la sentencia de fs. 219/226, 2) Sin costas en orden a la naturaleza de la cuestión planteada (art.68 Cód.Proc.**Notifíquese por Secretaría y devuélvase.-**

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Ante mí

Yamila Carrasco
Secretaría
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-