PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 10 de Marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"A. P. I. S/ DECLARACION DE ESTADO DE ADOPTABILIDAD"**, (**JNQFA2 INC** N° **88686/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- La progenitora de la niña interpone recurso de apelación contra de la resolución dictada el día 3 de julio de 2020 (fs. 101/108) que dispuso declarar el estado de adoptabilidad de P.I.A., y funda su recurso en memorial que obra agregado a fs. 117/123 (presentación con cargo del 27/07/2020); agravios que son contestados por la Defensora de los Derechos del Niño a fs. 131/132 (presentación con cargo del 11/08/2020).

a) Se agravia la recurrente por el modo en que la sentenciante ha valorado las constancias obrantes en los principales para arribar a la decisión de declarar el estado de adoptabilidad de la niña.

Afirma que, contrariamente a lo dicho por la a-quo, las acciones de la autoridad de aplicación fueron direccionadas a mantener el estado de institucionalización de su hija y que, inclusive en esa línea, se rechazó la manifestación de su progenitora de asumir la guarda de la niña.

Dice que el obrar del hogar Fedra estuvo siempre teñido de parcialidad, impidiendo toda vinculación con la niña con su madre y familia extensa.

Del mismo modo –continuó- la Defensora de los Derechos del Niño emitió su opinión sobre el caso a partir de un informe elaborado en forma parcializada y tendenciosa, que observa a la niña en aquel contexto de institucionalización y sus avances personales, calificando a la madre en forma desfavorable; inclusive, informa que personas referentes de la institución intentaron obtener su conformidad para intentar adoptar a la niña, por lo que el contenido de tales informes está condicionado por sus intenciones personales.

Considera que se aplica de manera contradictoria el marco constitucional y supra constitucional que resguarda el derecho de la niña a vivir y ser cuidada por sus padres, y que se pretende justificar el apartamiento de tal principio al afirmarse que su parte no está en condiciones de cuidarla, cuando fue ella misma quien, en momentos de no poder hacerlo, requirió ayuda y luego se le impidió el reintegro cuando ya se encontraba en condiciones de asumir nuevamente su cuidado.

Expresa que tampoco procede la declaración de adoptabilidad cuando algún familiar ofrece asumir su guarda o tutela, situación que se produjo en autos, dado que la abuela materna se presentó y manifestó su pretensión de asumir la guarda, lo cual no se tuvo en cuenta.

Aduce que en Fedra le dijeron a la abuela que era una persona mayor que no se encontraba en condiciones de asumir el cuidado de la niña.

Afirma que lo mismo que le dijeron a la madre, y que lo inculcaron en la niña.

Entiende que pese haberse cumplido los plazos previstos por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación no se han agotado las medidas tendientes a dirimir la medida de protección al no haberse trabajado con ella y su

familia extensa ni la posibilidad de ampliar el contacto, ni mucho menos el reintegro de la niña y que pese a reconocer los avances que la recurrente ha realizado en pos de recuperar a su hija, resuelve en contra.

Dice que están probados los avances de su parte y la construcción de un proyecto de vida que incluye a la niña, que la jueza de grado reconoce que ha logrado sostener las acciones tendientes a superarse, como así también, que ha alcanzado adherencia al tratamiento orientado a superar su problemática de consumo de sustancias.

Sigue diciendo que, en contra de ello, lo dicho por la lic. C. en torno a que eventualmente podría encontrarse comprometido el ejercicio de la función materna como consecuencia de su adicción, no constituye sino una mera hipótesis que la jueza utiliza como argumento para su decisión, sin ponderar que actualmente reside en un espacio alquilado, que es autónoma en todos los aspectos de su vida, que mantiene su tratamiento ambulatorio, que tiene contacto diario con su hija C. y con hermanos, que cuenta con acompañamiento terapéutico, que concurre a un centro de salud y recibe apoyo asistencial; por lo que se considera apta para recibir a su hija y asumir su cuidado.

Cuestiona el informe del 26 de septiembre de 2017 del que la jueza hizo mérito y que considera desactualizado y que no se condice con la situación actual y sostiene que refiere a una situación ya superada. Entiende que si se la evaluara hoy, acreditaría su aptitud para ejercer el rol materno.

Reitera que pese a los avances conseguidos y las medidas de acción positivas que ha podido llevar a cabo, no se han ponderado adecuadamente tales extremos, decretándose sin más el estado de adoptabilidad.

Entiende que no está probado que actualmente ella tenga algún impedimento para ejercer la maternidad y el cuidado de su hija, y que lo dictaminado por la Lic. C. es meramente potencial.

Critica la sentencia, además, porque considera que la misma la aparta del ejercicio de la maternidad sin argumentación alguna, manifestando el hecho no comprobado de que ella por la continuidad de su tratamiento no puede garantizar el adecuado desempeño del rol materno.

También critica que, al reconocer que no es aconsejable que P. continúe en la situación actual, se resuelve declarar el estado de adoptabilidad en vez de proceder al reintegro, cuanto están dadas las condiciones para ello.

Entiende que no es un argumento disvalioso para con su persona el hecho de que sus otros tres hijos estén al cuidado de la abuela materna, dado que mantiene contacto frecuente con ellos y que su madre solo contribuye a paliar sus limitaciones económicas.

Señala que la diferencia en la situación de P. es que desde su institucionalización sus contactos fueron limitados por la institución y jamás se trabajó para el reintegro; que por el contrario, los efectores trabajaron siempre en contra del mismo.

En cuanto a la opinión de la niña, afirma que debió ser ponderada en el contexto de contención de los adultos que resultan sus actuales referentes, y que debió explorarse el vínculo y la relación madre-hija, fuera de esa institución, sin referentes que condicionen ese vínculo.

Denuncia que la verdadera intención de los operadores (miembros eclesiásticos originariamente) y que

tenían contacto diario con la niña, era asumir el rol de padres, por lo que se omitió trabajar en el vínculo con ella.

Prueba de lo expuesto –expresa- es el llamado telefónico que recibió su acompañante y del que dio cuenta en su declaración testimonial; y que se ha violado de ese modo lo dispuesto por el artículo 9 inc. 3 de la Convención sobre los derechos del Niño en cuanto a facilitar la vinculación de la niña con su familia de origen.

Sostiene que el remedio legal para subsanar las graves faltas en las que incurrió el órgano de aplicación no es la declaración del estado de adoptabilidad, sino el reintegro a la madre, más aún cuando ella ha logrado ingentes avances para alcanzar tal finalidad.

Asevera que se ha constatado en entrevista a la niña que su discurso es influenciado por adultos referentes, y que se han producido una sucesión de graves errores para privarla del derecho de compartir su vida en forma permanente con su hija.

Manifiesta que pese a que la Lic. C. siguiere un tratamiento para la niña externo a la Fundación Fedra, ese espacio no se concretó porque los efectores de esa misma fundación lo desaconsejaron, dejando asentado además la inconveniencia de que la niña se vincule con su madre y su familia extensa.

Continuó diciendo que la jueza de grado, pese a reconocer y reprochar las dificultades para vincularse con su hija generadas por la Fundación Fedra, considera que no son suficientes para desvirtuar el hecho de no encontrarse dadas las condiciones para que se pueda retomar el vínculo materno-filial, no tuvo en cuenta que esos mismos operadores

condicionaron la opinión de la niña respecto de su madre, y no hay sustento alguno para separarla de su rol.

Del mismo modo –explica- la jueza afirma que se descartó a la abuela materna como potencial guardadora, pese a que lo solicitó judicialmente, y fue desaconsejada por el mismo grupo del hogar Fedra que obstaculizó toda vinculación de la niña con su familia.

Por todo ello, pide se revoque la sentencia.

b) La Defensora de los Derechos del Niño peticionante de la medida contesta el traslado, pidiendo -en primer término- se declare desierto el recurso por carecer de una crítica concreta y razonada que permita abrir la vía impugnativa.

Sostiene que el escrito recursivo se basa en la mera discrepancia con las conclusiones de la sentencia, y no refuta las conclusiones de hecho y de derecho en que la jueza basa su pronunciamiento.

En subsidio, refiere que cada párrafo criticado por la apelante tiene sustento probatorio en las constancias de la causa, por lo que pide se confirme la sentencia.

c) A fs. 138 (dictamen del 5 de septiembre de 2020) dictamina la Defensora de los Derechos del Niño titular de la Defensoría N° 1, Dra. Palomba, propiciando se confirme la sentencia de grado.

d) El día 21 de octubre de 2020 esta Sala dicta resolución (fs. 143/148) disponiendo que como medida para mejor proveer se proceda por intermedio del Equipo Interdisciplinario del fuero de familia se proceda a una evaluación integral de la situación actual de la niña, sus vínculos con la familia de origen y ampliada, explorándose la posibilidad de inserción de P. en alguno de esos grupos;

escuchar a la niña y posponer el tratamiento de los agravios hasta tanto se cuente con los informes del Equipo Interdisciplinario.

Agregado el informe, el día 9 de febrero de 2021 se procedió a la escucha de la niña por parte de los vocales de esta Sala, y de la Dra. Natalia Stornini, Defensora de los Derechos del Niño. En ese acto la niña manifestó su deseo de tener contacto con su tía, su abuela y sus hermanos.

e) A fs. 171 (presentación web n° 2930, del día 3 de marzo de 2021) obra dictamen de la Dra. Mónica Palomba, titular de la Defensoría de los Derechos del Niño N° 1, quien a partir de lo trabajado como consecuencia de la medida para mejor proveer y ante la situación irregular detectada por la presentación de un matrimonio vinculado a Fedra que trabajó en la situación, propone se suspenda el tratamiento de los agravios por 90 días, a fin de que se disponga, por intermedio de un equipo ajeno a Fedra, se evalúen los vínculos entre la niña y su familia extensa, procurando la solución que mejor haga a su interés.

II.- Como cuestión preliminar, entiendo que no procede la suspensión del tratamiento de los agravios que solicita la Defensora de los Derechos del Niño, por cuanto el resultado del trabajo a llevarse a cabo conforme se resolverá a continuación, puede modificar la resolución a dictarse y, consecuentemente, la materia respecto de la cual cualquiera de las parte pudiere sentirse agraviada.

En efecto, posponer el tratamiento de los agravios que ya han sido planteados en función de un contexto fáctico determinado, que eventualmente puede ser objeto de modificación, podría constituirse en una vulneración del derecho de defensa.

Por ello, habrá de resolverse el recurso dentro del marco de flexibilidad que impone la especial situación fáctica suscitada en los presentes, sin perjuicio de que la eventual resolución que se tome luego de cumplida esta resolución pueda suscitar otras apelaciones, cuyo tratamiento corresponderá en su momento oportuno.

Ingresando, entonces, al tratamiento de los agravios, debemos señalar que la información recabada a partir de la ejecución de la medida de prueba anticipada, nos ha permitido vislumbrar una realidad muy diferente de aquella que emerge del supuesto trabajo de revinculación que se habría llevado a cabo en dependencias del Hogar Fedra y que dio sustento a la sentencia recurrida.

En efecto, en su informe de fecha 1 de diciembre de 2020, la Lic. C. refiere –entre otros conceptos- que surge de las entrevistas realizadas con las Sras. T. y M. que, más allá del tiempo transcurrido y los avatares atravesados, mantienen una posición favorable a asumir la responsabilidad del cuidado de P., nieta y sobrina respectivamente.

Ambas centran su mirada en la niña, priorizando su bienestar sobre el propio y dan cuenta de contar con recursos subjetivos propicios para restablecer el contacto con la niña, en miras de una eventual externación y retorno a la convivencia familiar.

Por último, también propone la Lic. C. como metodología de trabajo que de no poderse llevar a cabo el trabajo de reconstrucción de vínculos familiares en la Fundación Fedra, J. y T., se requiera a la Subsecretaría de Familia del Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo que designe un equipo profesional para esa tarea que requerirá sostenibilidad en el tiempo; aclarando que esa práctica ya se

ha implementado en situaciones de niños y niñas institucionalizados en ese hogar.

Ello, sumado a las manifestaciones de la niña que dan cuenta de su deseo de tener contacto con su familia extensa.

La sentencia de grado parte de otorgar validez al informe elaborado en los términos previstos por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación por el Ministerio de Desarrollo Social (Fundación Fedra) que refiere que ante el fracaso de las medidas tendiente a garantizar el derecho de la niña a vivir con su madre o familia extensa, piden se declare su estado de adoptabilidad.

No deja de reconocer que el comportamiento del órgano de aplicación (Fundación Fedra), destacando que no ha sido el apropiado y que ella misma ha observado también en otros procesos en los cuales le ha tocado intervenir esa conducta obstructiva en la construcción del vínculo mediante limitaciones y condicionamientos que esa institución le impone al desarrollo de las vinculaciones familiares impidiendo de tal modo su avance.

Tampoco desconoce que en el proceso se ha estado lejos de brindar a la niña y a su progenitora un esquema posible de protección y apoyo tendiente a garantizar su vinculación; por el contrario, se le imponía a la madre el cumplimiento de determinadas acciones que por su contexto social, su condición de vulnerabilidad y las limitaciones subjetivas no podía concretar.

Admite, también, que esas prácticas generaron en la niña un cambio profundo en su relación con su madre.

A pesar de ello, concluye que no se logra desvirtuar la valoración realizada en cuanto a la

imposibilidad de que P. pueda retomar la convivencia con su progenitora.

Al analizar el proceso llevado a cabo con la familia extensa advierte similares dificultades impuestas por el organismo interviniente al trabajo vincular.

Si bien ningún reproche merece la sentencia de grado ya que, como bien señala la Dra. Palomba en su dictamen al momento de fallar, se analizaron los elementos entonces obrantes en autos, el hecho de gravedad inusitada posterior, consistente en la presentación de M. y G. proponiéndose como referentes socioafectivos para adoptar a la niña, dan por tierra la validez del informe primigenio del organismo y otorgan otro cariz a las consideraciones que la jueza formuló respecto de la conducta del organismo de aplicación.

Como ya se señaló, al disponerse la medida para mejor proveer en resolución del día 21 de octubre de 2020, aludiéndose a aquella presentación que: "En ese escrito, quien fuera –reitero- el psicólogo tratante de la niña, y que elaboró y suscribió oportunamente los informes que fueron descartando tanto a la familia de origen como ampliada de la posibilidad de asumir el cuidado de la niña, se presenta proponiéndose como referente socioafectivo y manifestando su interés en adoptar a la niña."

"Manifiesta, asimismo, haberse desvinculado del hogar aproximadamente dos años antes de su presentación y concurrir desde entonces a visitar a la niña dos o tres veces por semana, a la vez de participar en todas las salidas grupales con los demás chicos."

"O sea que el vínculo afectivo lo habría construido con anterioridad a agosto de 2018, en la época en la que debió haber estado trabajando en pos de la

reconstrucción de los vínculos de la niña con su familia de origen o ampliada.”

“Esa presentación -ilegal desde todo punto de vista, en tanto intenta contravenir la expresa prohibición de entrega directa regulada en el artículo 611 del CCyC-, no sólo otorga verosimilitud a las manifestaciones de la progenitora y la abuela materna de la niña, en orden al trato que le ha sido dispensado en el hogar, sino que además arroja un manto de sospecha sobre la legalidad del trabajo realizado.”

“Genera serias dudas de que el trabajo que dice haberse efectuado, lo haya sido en el sentido dispuesto por el Código de apuntar al mantenimiento del vínculo con la familia de origen, o si por el contrario, el trabajo se hubiera centrado en una dirección distinta, lo que viene a condicionar también las manifestaciones de la niña en las oportunidades en que ha sido escuchada.”

“Desde que la niña se encuentra institucionalizada ha intervenido el citado profesional en sus evaluaciones, la primera data de diciembre de 2016.”

Hoy, a la luz de los elementos aportados con posterioridad a la causa, no solo debemos tener por ciertas aquellas sospechas sino que, también, cobra fuerza la presunción de que en forma deliberada se ha procurado el fracaso del supuesto proceso de revinculación llevado a cabo en el organismo, en pos de que quién debía trabajar en remover los obstáculos que determinaron la medida excepcional de protección de derechos, pudiera luego constituirse en un referente afectivo en procura de la adopción.

Contrariamente a lo que se plasmó en aquellos informes, hoy tenemos acreditada que existe la manifiesta voluntad, tanto de la abuela como de la tía materna de la

niña, de asumir la responsabilidad de su cuidado, integrándola al grupo familiar donde se relacionaría además con sus hermanos, como también, el deseo de la niña de reconstruir esos vínculos con su familia extensa.

Teniendo en cuenta que conforme lo establece el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste"; y que conforme lo señala Mariela González de Vicel: "Puede ocurrir que el juez competente evalúe que las estrategias desplegadas por el órgano administrativo son insuficientes, no están convenientemente garantizados la integralidad de los derechos, son necesarios ajustes o refuerzos, etc. Esto lo faculta a ordenar medidas eficaces y positivas en procura del objetivo de restitución del derecho a la convivencia familiar, …" (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II Libro Segundo Artículos 401 a 723, Directores Marisa Herrera Gustavo Caramelo Sebastián Picasso, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), habré de proponer al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la declaración del estado de adoptabilidad de P. I. A.

Asimismo, disponer que el Ministerio de Desarrollo Social designe un equipo idóneo y especializado, externo y ajeno al Hogar Fedra, T. y J., para que dando estricto cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación y artículo 30 de la ley 2302, trabaje exhaustivamente en procura de remover los obstáculos a fin de que la niña pueda permanecer en su familia de origen o ampliada, por el término de ley bajo el contralor del juzgado interviniente y la Defensora de los Derechos del

Niño, quienes podrán disponer y proponer, respectivamente, todas aquellas medidas que hagan a una mayor satisfacción del interés superior de la niña y el resguardo de su salud psicofísica. Y finalizada la labor y producidos los informes que correspondan, sigan los autos según su estado.

Sin costas de Alzada, en atención al carácter de las partes intervinientes

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la declaración del estado de adoptabilidad de P. I. A. decidida en la resolución dictada el día 3 de julio de 2020 (fs. 101/108), disponer que el Ministerio de Desarrollo Social designe un equipo idóneo y especializado, externo y ajeno al Hogar Fedra, a los fines y modo indicados en los Considerandos y que, finalizada esa labor, continúen los autos según su estado.

II.- Sin costas de Alzada, en atención al carácter de las partes intervinientes.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria