



NEUQUEN, 8 de Septiembre del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**B. D. S. S/ DECLARACION DE ESTADO DE ADOPTABILIDAD**" (**JNQFA1 INC 91646/2018**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. El Sr. juez de primera instancia, declara la adoptabilidad de D.S.B. y, en consecuencia, priva de responsabilidad parental al padre y a la progenitora del niño, en virtud de haberse configurado la causal prevista en el art. 700, inc. b) y d) del CCyC.

Contra este pronunciamiento, apela el padre.

Se agravia de lo que entiende es una interpretación forzada de la normativa que regula el estado de adoptabilidad.

Indica que, con esta decisión, se priva al niño y al padre del vínculo que tienen, encuadrando la situación en un abandono que no es tal.

Refiere que el Sr. B. ejerce y asume el rol paterno conforme su condición y posibilidades y ello ha sido completamente soslayado, toda vez que toma contacto con el niño en forma periódica y cumple con sus obligaciones alimentarias.

Dice que el Sr. B. constituye la figura paterna del niño y forma parte de su construcción identitaria; que por considerar que la Sra. V. ha asumido adecuadamente el rol materno es que se ha consentido dicha vinculación, pero - aclara- ello en modo alguno lo desplaza de su rol.

Se pregunta entonces, por qué razón ha de preferirse u optarse por un rol en desmedro del otro.

Alega que, si existiera algún vínculo biológico entre el niño y la Sra. V., en modo alguno se afectaría la identidad de D. al punto de suprimir el vínculo paterno. No hay causa



que justifique -agrega- reconocer el vínculo materno construido, a costa de suprimir el paterno.

Sostiene que el Sr. B. no ha abandonado a su hijo, indicando, por otra parte, que el Estado en modo alguno agotó las medidas para revertir la situación y procurar la asunción del cuidado por parte del progenitor, apenas hubo nacido.

Expone que el tiempo de tramitación de la medida excepcional da cuenta de la innecesariedad de la misma, resultando absurdo que sea el fundamento de la declaración de adoptabilidad.

Agrega que, durante todo este tiempo, el cuidado de D. fue acordado entre ambos: La Sra. V. en el rol materno y el Sr. B. en el rol paterno; dice que entre los dos se ha establecido una relación de co-parentalidad, sin que entre los dos existiera una previa relación afectiva de pareja.

Expone que la figura de la adopción se debe evaluar en función del interés superior del niño y no existe óbice para que proceda la adopción por parte de la Sra. V., pero manteniendo intactas las aptitudes parentales del Sr. B.

Reitera que el Sr. B., conforme a su condición, siempre ha estado, está y estará presente en la vida de D., el que tiene derecho a la coparentalidad que se venía desplegando y negarlo, es contrario a su interés superior.

Expone que la inexistencia de una relación de pareja entre la Sra. V. y el Sr. B. es lo que lleva a la ilógica consecuencia de privar a D. de ambos vínculos, no habiéndose valorado el ensamble producido entre el niño y los adultos responsables de su cuidado.

Indica que, si el Estado entiende que el padre tiene que tener mayor participación en la vida de su hijo, es quien debe remover los obstáculos para que ello suceda y nada ha hecho en este sentido, en los procesos judiciales en trámite.

En este último sentido, indica que el Estado no ha hecho nada para remover los patrones culturales que han



determinado la convivencia de D. con la Sra. V., aclarando que, no obstante ello, ambos han asumido sus roles de un modo compatible, no dándose los supuestos que la ley ha tenido en miras para declarar la adoptabilidad y privar de responsabilidad parental a su padre.

Indica que, en este caso, la Sra. V. ocupó el rol de referente afectivo e incluyó al Sr. B. en la construcción identitaria del niño. De allí que entienda, que deben flexibilizarse los tipos adoptivos, tomando en cuenta la opinión del niño, el respeto a la identidad y la preservación de los vínculos.

Destaca que nada se ha probado en la causa en punto al abandono del padre y que nada se ha hecho desde el Estado para remover las circunstancias que han influido directa o indirectamente en la situación.

Solicita en consecuencia, que se deje sin efecto la declaración de adoptabilidad y la privación de responsabilidad parental respecto al Sr. B.

1.1. Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 121 y ss. (presentación 77775).

Sostiene que la expresión de agravios no se constituye en una crítica concreta del resolutorio.

Señala que el demandado entiende que ver al niño esporádicamente o enviarle alimentos cada tanto es suficiente. Entiende que ello no es así y que no está explicado cuáles son las causas que le han impedido hacerse cargo de la crianza y dejar que la Sra. V. se ocupara del niño.

Indica que el interés superior del niño es el que ha guiado la resolución, sosteniendo que el niño jamás ha tenido contacto con la familia extensa paterna y que el Sr. B. podrá seguir teniendo contacto con el niño de manera periférica, tal como lo ha venido haciendo.

Por último, dice que el niño ha estado a cargo de la Sra. V. desde sus primeros días de vida y que si bien mantiene



un vínculo con su progenitor, es escaso -más allá de los alimentos aportados por el mismo-, siendo que el ejercicio de la responsabilidad parental es diario y no sólo dos o tres veces al año.

Recibidas las actuaciones, se escucha al niño, al progenitor y a la Sra. V.

Luego, las actuaciones son nuevamente enviadas en vista a la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, quien dictamina.

2. Desde ya adelanto que comparto la línea de abordaje de la Sra. Defensora de los Derechos del niño, expuesta en el dictamen efectuado en hojas 144/145, luego de oír al niño, a su padre y a la guardadora, en esta instancia.

A partir de ello y conforme las razones que daré, entiendo que el pronunciamiento debe revocarse.

2.1. En efecto, en la presentación inicial que da origen a esta causa, se hace un recuento de los hechos de los que destacaré lo siguiente:

a) La alusión a la manifestación del Sr. B. de que no puede hacerse cargo del niño ya que por cuestiones laborales no está nunca en su casa;

b) La alusión a la manifestación de la Sra. V. de que desea continuar al cuidado del niño pero que no quiere cercenar su identidad; que el progenitor hace aportes económicos; que el niño recibe sus visitas y la de sus hermanos dos o tres veces al año, transmitiendo su anhelo de aumentar la frecuencia.

Sobre estas bases se requiere se dicte la declaración de estado de adoptabilidad.

2.2. Ahora, lo que no puedo dejar de señalar, es que tanto de esta presentación, como de las constancias que surgen de la medida de protección excepcional, no surge que se haya llevado a cabo medida alguna tendiente a lograr que el niño D. pudiera ser cuidado por su padre, que conviviera con el mismo;



ninguna tarea se registra, quizás porque las actuaciones tramitaron en esta localidad y el grupo familiar de origen vive en Aluminé.

Lo cierto es que el tiempo transcurrió y la situación se consolidó; la guarda fue acordada con el consentimiento del progenitor (cfr. acta obrante en hojas 16/17 del expediente de medida de protección), receptando la ayuda ofrecida para el cuidado del niño recién nacido por parte de su cuñado y la Sra. V. (quien por entonces, estaba en pareja con el tío materno del niño).

En junio de 2018, la Defensora expone que la guarda se encuentra vencida, porque había sido acordada por el plazo de un año y resalta que ningún organismo del Estado está interviniendo en la situación familiar.

Sin embargo, luego de esto, tampoco surge que haya mediado intervención alguna.

En este cuadro de situación se inicia este incidente.

3. Ahora bien, cuando se escuchó al niño, a la Sra. V. y al Sr. B. en esta instancia, tal como lo pone de resalto la Sra. Defensora, se advirtió lo siguiente:

a) El niño tiene para sí que el Sr. B. es su papá. Al llegar a esta Cámara, la suscripta se acerca para saludarlos y el niño manifiesta espontáneamente: "Mi papá también va a venir"; luego al escucharlo en presencia de la Defensora, alude a que tiene hermanos por todos lados. Expresa que su papá vive en Aluminé, que no ha ido. Que va al jardín, pero que ahora no. Que está bien con M., que juega. Que tiene hermanos, que habla con ellos y le gusta. Que cuando viene su papá juega con él, a las cosquillas, a los autos, salen a la plaza, que le gusta que venga.

b) La Sra. V. expone, según surge del acta de hoja 136: "que el papá vive en Aluminé, viene a ver a D. una o dos veces por mes, que siempre se hizo responsable y se lleva bien con D. Señala que vive sola con D., que tiene otros hijos pero



son grandes y están casados. Dice que D. se lleva bien con el papá cuando viene, pregunta por él. Dice que su papá se ha hecho cargo del niño. Manifiesta su intención de adoptarlo porque está hace 5 años con él y refiere que su papá está al tanto y de acuerdo. Expresa que tiene contacto telefónico con él. Que con la madre de D. no tiene contacto, desde que nació el niño. Respecto a que el niño viaje a Aluminé para tener contacto con su papá y hermanos dice que han viajado en una oportunidad, que a veces no ha podido por falta de recursos. Que con la hermana mayor de D. -de 29 años- que está acá en Neuquén, se contacta, que lo lleva cuando puede. Que D. concurre al jardín de 5. Que hace las clases virtuales con D. Que fue dos días presencial, luego virtual y que ahora hay paro. Dice que sus hijos están de acuerdo en que adopte a D. y que son como sus hermanos. Agrega que su papá es "su abuelo". Que no tiene contacto con la abuela materna. Refiere que a la familia de la mamá no los obliga a ver a D. (tíos, abuela), que es respetuosa en eso. Pero que su papá siempre se hizo cargo, manda el dinero con la hermana mayor de D. Que no tiene nada que decir respecto de su papá. Dice que D. habla por teléfono con el papá, le cuenta todo lo que hace, que el niño le manda audios y cuando viene acá no quiere despegarse de él...".

c) Al escuchar al Sr. B., éste expone: "que ha venido a verlo todas las veces que ha podido venir, que trabaja en Vialidad de la Provincia. En cuanto al régimen laboral dice que de lunes a viernes está trabajando fuera de la localidad; que si tiene franco o licencia hace otros trabajos y que casi nunca está en su casa. Manifiesta que cuando viene a Neuquén - 2 o 3 días porque tiene franco- se aloja en lo de la Sra. V. Dice que la Sra. V. fue una vez para allá cuando D. era muy chico y que hay posibilidad de que vaya para allá en el verano, pudiendo parar donde él vive. Refiere que habló con la progenitora de D., que según ella está muy enferma. Se



angustia al hablar de la señora. Manifiesta que quisiera ponerle los dos apellidos a D. -B. y V.-... Señala que su deseo es que D. comparta más tiempo con él cuando vaya creciendo, pero manteniéndose el rol de la Sra. V. El Sr. B. expresa que durante la pandemia estuvo en contacto con D. por el teléfono de sus hijos. Que pudo conseguir una cuenta para mandarle dinero. Refiere que no quiere dejar de darle dinero, como lo hace, y que le gustaría llevarlo a su casa en vacaciones, el tiempo que quiera estar. Señala que la Sra. V. y el niño D. lo acompañaron a la audiencia y que se encuentran presentes en la planta baja del edificio. Agrega que cuando estaba con la madre de D. -de quien no está divorciada- los chicos estuvieron mucho tiempo solos. Que ella se enojaba por nada y se venía para Neuquén en cualquier momento y allá los chicos quedaban con él, pero que como él trabajaba quedaban solos los 3 chicos más grandes. Comenta y explica cuáles han sido y son sus actividades laborales. Dice que su familia son sus hijos. Que tiene una hijastra acá en Neuquén y que ella está en contacto con D....".

4. Lo que el niño, la Sra. V. y el señor B. transmiten, no puede ser desoído.

A partir de ello, no encuentro que estén reunidos los recaudos para privar de responsabilidad parental al Sr. B. y declarar la situación de adoptabilidad del niño.

4.1. En efecto, al dictar la sentencia, el magistrado consigna: *"he de valorar -pese a su presentación extemporánea- que su oposición a la declaración de adoptabilidad del niño y su deseo de compartir la crianza del niño con la Sra. V. contrasta con la conducta asumida desde el nacimiento del niño, delegando el cuidado y asociando la función paterna al sostenimiento económico, sumado al escaso contacto que aún hoy mantiene con el niño"*.

Es en esta misma línea, que la Defensora principal insiste en la declaración de adoptabilidad y en la privación



de la responsabilidad parental, al afirmar en su responde a los agravios: "el demandado expresa que ejerce la coparentalidad por verlo algunas veces en el año y enviar una caja de alimentos cada tanto, haciéndolo parecer como una mera delegación de responsabilidad fundada en razones laborales. ¿Qué le impidió realmente ejercer su parentalidad? No explica porque dejó que creciera D. con la Sra. V. desde hace más de cuatro años, ya que nació el 24 de enero de 2016, desde allí en adelante D. fue externado del nosocomio el 12 de febrero del mismo año con sus tíos maternos, conforme luce en Acta de fs. 16/17 de la medida de protección excepcional" y agrega: "Nunca se lo llevó de vacaciones con él, nunca instó revertir las causas que dieron origen al cuidado, es más, tiene hijos adultos y manifiesta que ellos sí viven con él pero son grandes, aduciendo razones laborales debido a su empleo en Vialidad Provincial.

El rol asumido por el demandado en autos, claramente no es el rol parental que le ocupa a cualquier progenitor, más bien su actitud desplegada tanto en el incidente como en la medida de protección refleja el análisis del informe psicológico valorado de manera probatoria.

Si resultaran viables los argumentos esgrimidos por el apelante este organismo todo el tiempo se dedicaría a instar incidentes de adoptabilidad a cada padre o madre que delegue el cuidado de sus hijos temporariamente en familiares por razones laborales diarias, pues resulta que muchos progenitores deben ausentarse durante horas de sus domicilios para trabajar, quedando al cuidado de terceros o de familiares, lo cual no resiste el más mínimo análisis. Claramente los argumentos de la sentencia son más profundos. Nadie va a privarlo a D. ni de su historia ni del escaso contacto con alguien con quien casi no mantiene contacto - valga la redundancia- como surge de la entrevista del niño con el juez de grado, sino resolver la situación jurídica del niño



conforme a derecho, pero debidamente fundada y basada en el interés superior del niño D.S.B....”.

No se me escapan los loables propósitos que encierran estas consideraciones; sin embargo, considero que no aprehenden la situación en su contexto sociocultural.

Es decir, al evaluar la competencia parental del Sr. B., hay que analizar el criterio con el que se la evalúa: Es cierto que es deseable que el ejercicio de la parentalidad no se limite a la asistencia económica; pero en este caso, no advierto que se reduzca a ello: no se explicaría sino el emplazamiento como padre que hace el niño del Sr. B. y tampoco las manifestaciones de la Sra. V.

Los ejes de la parentalidad, están inscritos en un contexto sociocultural, lo que exige aprehenderla como una construcción multideterminada por aspectos culturales y contextuales.

El señor B. es una persona que ha nacido, se ha criado en la localidad de Aluminé, permaneciendo allí toda su vida; que impresiona como una persona simple que, en su contexto cultural se desarrolló como padre proveedor, quedando las tareas de cuidado a cargo de la madre de sus hijos.

Cuando la madre de sus hijos se ausenta, el panorama es complejo para él (recuerdo de la audiencia que, de hecho, se quiebra al relatarlo y recuerda la situación vivida con relación a sus restantes hijos): tiene un trabajo en vialidad que le exige ausentarse de la localidad durante días, lo que importaría dejar solo al niño. Esta limitación que tiene para el cuidado cotidiano, de orden doméstico, educación y socialización, es el que ha delegado a la Sra. V.

¿Es esto lo deseable, lo óptimo? Claramente, no.

Sin embargo, la realidad no siempre entra en las estructuras establecidas, y el análisis del interés superior del niño, en concreto, exige analizar la realidad de las personas, reconocer la existencia de lazos afectivos



consolidados, atendiendo al caso particular. Y sin olvidar que, desde el Estado no podemos imponer nuestros planes de vida o nuestra visión, salvo que contrarie el interés superior de los niños y niñas.

Insisto en que, desde el Estado, nada se ha hecho para apoyar al Sr. B. frente a su realidad y la solución que, con sus escasos recursos, ha diseñado, es la que ahora se le reprocha.

5. Es una realidad que el niño D. crece y se desarrolla en una familia formada por su papá, quien vive lejos y por una mamá, que lo acompaña a diario, rol que desempeña la Sra. V. y a quién así reconoce.

Entiendo que debe respetarse este particular proyecto familiar, en la medida en que se no se presenta perjudicial para el niño.

Y no sólo respetarse, debería ser apoyado adoptándose las medidas necesarias para que la limitante económica no perjudique el mayor contacto esperable, superada la situación de pandemia.

5.1. En este escenario, insisto en que no encuentro elementos para privar de responsabilidad parental al Sr. B. y, en tanto, la Sra. V. desempeña claramente el rol de referente afectivo del niño (más allá de su separación del tío materno) no están dadas las condiciones para declarar su estado de adoptabilidad.

El artículo 607 es claro en punto a que *"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"*.

Es que si bien es cierto que, como lo indica la Sra. Defensora en su dictamen, el niño merece que su vínculo con la Sra. V. tenga estabilidad y que, ante la concreta manifestación de aquélla de que es su deseo adoptarlo, sea



necesario efectuar una construcción jurídica que admita que esta adopción se concrete, ello no requiere que se declare su situación de adoptabilidad (pongo por caso y al sólo efecto de ejemplificar, la adopción de integración).

En orden a estas consideraciones, propongo al acuerdo que se revoque el pronunciamiento de grado en cuanto priva de responsabilidad parental al Sr. C.M.B. y declara la situación de adoptabilidad del niño D.

Ello no obsta a la posibilidad de su adopción por parte de la Sra. V. Tal como se ha evaluado en este proceso, se presenta conveniente, bajo el norte del interés superior del niño, posibilitar que el lazo afectivo y genuino creado entre D. y la Sra. V. se transforme en un vínculo adoptivo.

Deberá por tanto, efectuarse un estricto seguimiento de la situación y velarse por la regularización del vínculo entre la Sra. V. y el niño. Y, eventualmente, repensarse el instituto de la adopción, para adaptarlo a las concretas circunstancias del presente caso. **MI VOTO.**

Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. B. en la hoja 108 y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento de hojas 98/102vta. en cuanto priva de responsabilidad parental al Sr. C.M.B. y declara la situación de adoptabilidad del niño D., debiendo efectuarse un estricto seguimiento de la situación y velarse por la regularización del vínculo entre la Sra. V. y el niño, en los términos de la presente resolución.

2. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA