



San Martín de los Andes, 2 de Septiembre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "**B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**" (Expte. Nro. 40815, Año 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia de la ciudad de Junín de los Andes; ingresados nuevamente a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que habiendo fracasado prematuramente el cumplimiento del acuerdo al que arribaran los progenitores de los niños S., J. y L. (todos de apellido B.), con la participación del Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente y posteriormente ratificado por la familia guardadora (tíos paternos de los niños), vuelven los autos a consideración de ésta Sala, esta vez a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los padres contra la resolución de fs. 152/159 mediante la cual, sintéticamente, la magistrada de grado decretó la pérdida de la patria potestad (en adelante, responsabilidad parental) de los apelantes respecto de sus hijos y dispuso el estado de adoptabilidad de los mismos.

Si bien, en principio, la sentencia dictada por este tribunal había finiquitado la cuestión, cierto es que la misma no ha pasado en autoridad de cosa juzgada, toda vez que no alcanzó a adquirir firmeza con antelación a la retractación de la familia guardadora.

Tampoco nos encontramos ante una homologación ordinaria, cuya inobservancia habilitaría a los firmantes a transitar por el carril de la ejecución de sentencia. Resultaría totalmente absurdo y desatinado ordenar a los suscriptores del acuerdo homologado que "ocurran por la vía



correspondiente", como si se tratara de un conflicto de tinte patrimonial. Todo lo contrario. No podría conminarse a una familia a introducir en su núcleo a tres niños contra su voluntad, por abrupta y contradictoria que sea la decisión de retractarse con el compromiso asumido. El respeto por la libertad del ser humano es un pilar axiológico de cualquier sociedad moderna civilizada.

También ha de tenerse presente la conducta procesal de los apelantes. Los progenitores expresaron que desistirían de los recursos interpuestos contra la resolución recaída en la instancia de grado en la medida que se homologue (de manera "total y absoluta") el convenio presentado. Guiados por la razonabilidad en la interpretación de las palabras de los manifestantes, inevitable es concluir que el repentino apartamiento de la solución bosquejada en el acuerdo no se encontraba en las previsiones de los suscriptores (mucho menos, de este tribunal) y que, por ello, clausurarles el acceso a un fallo sustancial de segunda instancia acudiendo a un subterfugio procesal no constituiría sino un sorpresivo despropósito, esta vez procedente del órgano jurisdiccional.

Es que, como elocuentemente se ha indicado, "...no se pueden consolidar relaciones jurídicas que no permeabilicen, que no reflejen, que no expresen y que no trasuntan la verdad. El derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y se sostengan sobre la ficción, el ocultamiento, la distorsión, el enredo jurídico o vericuetos procesales impeditivos en el acceso a la verdad y su contenido, aunque el mismo devenga traumático. La verdad, en la doble orientación que fortalece los vínculos establecidos entre las personas, y que posibilita cuando es pertinente el conocimiento cabal y transparente de la fractura o quiebre de la relación familiar, traza el camino por el que se llega a la "salud social". Es que, en definitiva, la ley es un instrumento más que coadyuva a que una sociedad crezca y se



fortalezca en la verdad' [Nora Lloveras - Marcelo Salomón, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", pág. 106; Primera edición, 2009, Editorial Universidad].

Y esto sería lo que sucedería en autos si se hiciere pesar el desistimiento de las apelaciones en contra de los progenitores sin consideración alguna de la efímera duración del acuerdo celebrado, que ni siquiera alcanzó a tener principio de ejecución.

Por tales motivos fue que este tribunal le requirió a las partes que se manifestaran sobre el mantenimiento de las apelaciones y se les hizo saber que bastaría su silencio para considerar que los ratificaban de manera tácita, como finalmente acaeció.

II.- Realizado el breve preámbulo de cómo los recursos llegan a estudio de la Sala corresponde sintetizar las quejas de los impugnantes.

A fs. 160/170 obra el memorial de agravios del padre de los niños, mientras que a fs. 175/183 hizo lo propio la progenitora. Ambos escritos son de tenor prácticamente idéntico, de manera que su síntesis puede ser realizada de manera conjunta, realizando las salvedades pertinentes en las circunstancias particulares propias de cada uno.

a) En primer término, señalan que la sentencia que declara la pérdida de la responsabilidad parental con relación a sus tres hijos y su estado de adoptabilidad es nula de nulidad absoluta por haberse omitido el traslado de la ampliación de demanda del Defensor de los Derechos del Niño obrante a fs. 80/84.

Dicen que ese traslado nunca acaeció, vulnerándose sus derechos y garantías constitucionales al debido proceso, a la defensa en juicio, a la igualdad entre las partes y a la tutela judicial efectiva.

b) También añaden como causal de nulidad la circunstancia de que tras el pedido de la parte actora



(Defensoría de los Derechos del Niño a cargo del Dr. José Luis Espinar) nunca se dio intervención como Ministerio Pupilar a otra Defensoría de los Derechos del Niño, ni siquiera en el momento previo al dictado de la sentencia atacada.

Concluyen que el pronunciamiento atacado resulta nulo porque la jueza nunca dio intervención al Ministerio Pupilar, tras el pedido inicial de la Defensoría de los Derechos del Niño. Cita jurisprudencia que considera aplicable al caso.

Dicen que las funciones del artículo 59 del Código Civil [actual 103, inciso a) del Código Civil y Comercial] son llevadas a cabo por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente (artículo 49 de la ley 2.302), pero en este caso debió darse intervención a otra Defensoría para que cumpla el rol -que no ha existido en el proceso, aduce- de Ministerio Pupilar.

c) Vuelven a arremeter contra la validez de la resolución, esta vez señalando que la jueza hizo caso omiso a lo requerido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 137, cuando señaló que se expediría con posterioridad a la resolución de la apelación (en referencia a las primigenias apelaciones que motivaran el dictado, por esta Sala, del interlocutorio N° 38/2015 en el incidente que corre agregado por cuerda). Dicen que la jueza, indebidamente, luego de recibir el expediente procedió a dictar sentencia, por lo que esta circunstancia también la nulificaría.

d) Ya dentro de cuestiones sustanciales, se agravan porque la resolución no respetó el carácter restrictivo de las causales de privación de la responsabilidad parental; invocándose como único argumento razones que, eventualmente, fundaron la medida cautelar de internación de los niños y prohibición de acercamiento, pero que no bastan para tan extrema decisión. Citan jurisprudencia.



Rememoran apartados de la resolución dictada por este Cuerpo al pronunciarse sobre las medidas cautelares ordenadas en autos y vuelven a citar un precedente sobre el carácter restrictivo por el que pregonan.

e) Como quinto agravio dirigen sus críticas a la valoración de los cuantiosos informes obrantes en el expediente.

En primer lugar -señalan-, debe tenerse en cuenta que no puede surgir del caso una "verdad con valor absoluto". Dicen que las observaciones de cada profesional que actúa no pueden ser tomadas como "conocimiento indiscutible". Parafrasean a autores de ramas auxiliares del Derecho, pero no otorgan datos que permitan confrontar las citas.

Les llama la atención a ambos progenitores por igual la "casi total ausencia en los informes, los dictámenes y la sentencia atacada, la presencia de algo positivo, algún aspecto valorable con relación a los hábitos de vida de mi representado [los padres] y en su relación con sus tres hijos". Dicen que ello ha sido omitido, pues es imposible que no existan eventos positivos en su vida, y que ello se relaciona con el "poder de nombrar": nombran los que están en el poder, en este caso quienes redactaron los informes y las piezas procesales.

Concluyen que resulta imperativa la realización de nuevos y actuales informes sociales y psicológicos -que incluyan las circunstancias vitales que puedan considerarse "valiosas" como camino a la posibilidad de que los niños vuelvan a vivir con su padre (memorial del progenitor) y a tener contacto con su madre (memorial de la progenitora).

Vuelven a realizar citas de ramas auxiliares, de carácter bastante genérico y abstracto.

Concluyen que debe revocarse la pérdida de la responsabilidad parental decretada y la declaración de adoptabilidad pues "debe avanzarse en la revinculación como



paso previo a que los niños vuelvan a vivir con su padre" (memorial del progenitor) y "en la revinculación de los niños con sus padres" (memorial de la progenitora).

El padre de los niños finaliza el desarrollo de este agravio (no así la madre) indicando, como prueba de lo expresado, que la jueza expresa -por ejemplo-, basándose en el informe de fs. 15/17, que: "Los niños se encuentran permanentemente solos, se escapan por la ventana del baño y piden comida a su alrededor". Dice que en realidad jamás se escaparon por la ventana del baño pues resulta físicamente imposible; pero eventualmente sólo se hace mención en el expediente a una única oportunidad, circunstancia que no puede bastar para tan extrema decisión de privar de la responsabilidad parental.

Finaliza señalando que, por el contrario, constantemente los niños hicieron referencia a la figura paterna de B., expresando sus deseos de verlo; circunstancias que son minimizadas y no valoradas; pero que bastarían para iniciar la imprescindible revinculación.

f) Como sexta impugnación (séptima en el memorial del Sr. A. B.) le achacan a la sentencia que se estaría "judicializando la pobreza" y que eventualmente es el Estado el que debe brindar el debido acompañamiento institucional a los apelantes (cada cual por su lado), reforzando sus aptitudes parentales y garantizando la totalidad de los derechos constitucionales del grupo familiar. Dicen que no existe riesgo ni circunstancias excepcionales suficientes que funden las injustas medidas tomadas con relación a la privación de la responsabilidad parental y la declaración de estado de adoptabilidad.

Dicen también que debe garantizarse el derecho a ser oídos de los niños, respetándose su voluntad de continuar "viviendo con su padre" (memorial del progenitor) o "teniendo contacto con sus padres" (memorial de la progenitora).



Achacan al Estado que, ante el riesgo, es él quien debe brindarle acompañamiento institucional, reforzando -eventualmente- sus aptitudes parentales, propiciándoles ayuda social y psicológica y garantizándoles la totalidad de sus derechos constitucionales.

Dicen que de no llegarse a esta interpretación, eventualmente, y para su cuidado podría recurrirse -como opción- a integrantes de su familia, inclusive de su familia ampliada. Pero nunca alojarlos en una institución y, menos que menos, proceder a su adopción como consta en la sentencia atacada, lo que resulta absolutamente precipitado.

Citan numerosas normas de la ley provincial 2302 (arts. 8, 25, 33) y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 9, puntos 1 y 2) para fortalecer sus argumentos sobre la necesidad de que el niño quede en el seno familiar, ya sea con sus padres o sus tíos paternos, pero no que sean entregados en adopción.

También le achacan a la resolución la presunta violación de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"). Señalan que la medida es innecesaria pues hubiese correspondido acentuar las medidas de apoyo institucional y seguimiento por parte del Estado. Así, hubiese quedado mejor resguardado el "interés superior" de los tres niños.

Concluyen que la resolución vulnera las expresas disposiciones del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 8 de la ley provincial 2.302 ("Garantía de convivencia familiar y comunitaria") y de los artículos 39 a 41 de la ley 26.061.

Continúan los progenitores haciendo alusión a la falta de ayuda de parte del Estado para con su situación, en lo que parece una evocación de argumentos ya vertidos y



sintetizados en párrafos precedentes, por lo que nos remitimos a su lectura en honor a la brevedad.

g) Como agravio final (común) peticionan, de manera eventual y subsidiaria, que los niños sean entregados a sus tíos paternos (Sres. W. B. y G. D. C. R.), con cita de abundantes normas que prevén y pregonan por el mantenimiento en la familia de origen.

Previo a realizar un estéril desarrollo de los argumentos vertidos por los apelantes, resulta mucho más adecuado adelantar la imposibilidad de tratar este agravio por el tribunal, en virtud de que fue justamente el desmoronamiento de esta posibilidad la que motiva el dictado de sentencia por este tribunal.

h) Por último, el progenitor de los niños se agravia por el rechazo de su petición de régimen de visitas. Dice que la denegatoria fue infundada (si bien no lo hace al final, razones de orden expositivo nos llevan a describirlo al clausurar el presente considerando, al ser los restantes de redacción y contenido prácticamente idénticos a los de la progenitora).

Aduce que el derecho de contacto con su padre, es fundamentalmente, un derecho de los niños, perjudicando su interés superior el rechazo de la jueza de grado.

Vuelve a citar el punto 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reza: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

De igual manera, invoca el artículo 34 del Decreto 317/2001 (reglamentación de la ley 2.302), el cual ordena que: "...se deberá trabajar con la familia de origen del niño o adolescente a fin de procurarle la orientación y



condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron las medidas dispuestas y facilitar -siempre que sea posible- el retorno del niño o adolescente a su seno familiar. En el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación con la familia de origen”.

III.- A fs. 186/188 obra la contestación del memorial presentado por el padre de los menores por parte del Defensor de los Derechos del Niño, mientras que a fs. 189, el funcionario adhirió a su contestación anterior, a raíz de la ya apuntada semejanza entre los escritos.

a) Respecto al primero de los agravios, dice que la Defensa del Sr. B. no tiene en cuenta que desde el 2 de marzo del corriente año (fs. 44) ha tenido acceso al expediente. Que la ampliación es posterior a esa fecha y que inclusive con posterioridad a la misma, el apelante y su patrocinante solicitaron un régimen de visitas con pronto y preferente despacho, sin hacer referencia alguna a la ampliación del traslado. Que, asimismo, la magistrada de grado hizo saber en dos ocasiones que “previo a resolver” se correría vista al Ministerio Público Fiscal. Concluye el funcionario que habiendo tenido varias oportunidades para plantear la nulidad, hacerlo ahora constituye una actitud reñida con la buena fe procesal.

b) En relación al segundo agravio (también un planteo nulificadorio), señala el Sr. Defensor que la petición es, al menos, “inverosímil”.

Afirma que su intervención es precisamente en carácter de Defensor de los Derechos del Niño y Ministerio Público Pupilar, como garante de los derechos de los 3 hermanos, los cuales, como ha quedado debidamente probado, fueron vulnerados en reiteradas oportunidades en al menos los últimos 5 años, debiendo intervenir ante la situación de riesgo permanente y continuo al que eran sometidos.



Por lo expuesto -concluye- resulta improcedente pretender la intervención de otro funcionario que ejerza el mismo rol.

c) Al tercer agravio (y último planteo nulificadorio) refuta indicando que el Ministerio Público Fiscal sí dictaminó y que, en todo caso, nada obsta a que este tribunal subsane la omisión otorgándole intervención en esta instancia.

Finaliza las consideraciones sobre los tres primeros agravios indicando que todos hacen a la forma, olvidando que el proceso es un instrumento para que el juez adopte una resolución justa en beneficio de los niños.

d) Para refutar el cuarto y quinto agravio se remite a sus fundamentos expuestos a fs. 44/45 y 80/84, los cuales dan cuenta de los sobrados argumentos que tuvo la *a-quo* para dictar resolución.

Dice que se pretende pasar por alto y no tener en cuenta que las personas que elaboran los informes son profesionales con años de experiencia en su función, por lo cual no es simplemente una "visión" sino una opinión profesional fundada en criterios técnicos científicos que valoraron el estado físico, psíquico y social de los niños.

Respecto a la afirmación del Defensor Oficial de que "no se le ve nada bueno al Sr. B.", rebate recordando que, precisamente, este proceso se inicia al advertirse las consecuencias de la culpa y/o negligencia de los padres que sumieron a sus hijos en un estado de riesgo e indefensión, que motiva la intervención de los organismos competentes.

A mayor abundamiento -continúa-, en el caso que nos ocupa transcurrieron al menos 5 años de negligencia y maltrato a que fueron sometidos los 3 hermanitos, habiendo resultado estériles los esfuerzos realizados por todas las instituciones intervinientes (Autoridad de Aplicación de la Ley 2.302, DDNA, Hospital y Juzgado) para revertir la



situación, trabajando con la familia de origen y poder darles una vida digna en dicho ámbito, lo que nunca pudo materializarse.

Por ello, ambos agravios deben rechazarse.

e) En respuesta al séptimo agravio del padre de los menores (identificado como sexto en común en el considerando anterior) se remite nuevamente a la respuesta a los puntos 4 y 5, aclarando esta vez que los niños sí fueron escuchados de manera previa al dictado de la resolución en crisis (fs. 149).

f) En respuesta a la última impugnación en común entre ambos progenitores, referente a la familia ampliada de los niños, consideramos que -al igual que lo realizado con la descripción del agravio pertinente- no corresponde a este tribunal analizar una circunstancia que devino abstracta.

g) Como se señaló en el considerando anterior, dejando la única crítica diferente entre ambos memoriales para la finalización del análisis, refuta el agravio del Sr. B. sobre el rechazo del régimen de visitas destacando que resulta lógico si se lo ha privado de la responsabilidad parental y, por ende, de la comunicación con sus hijos.

Vuelve a señalar que de las actuaciones se desprende que las distintas instituciones del Estado intervinieron en la situación de los tres niños, dando ayuda y apoyo a los padres, sin poder lograr que estos establecieran un vínculo sano con sus hijos, perdiendo estos, los años fundantes en la vida de toda persona.

IV.- Radicados los autos ante este tribunal, a fs. 200/203 se expidió el Sr. Fiscal Jefe de la IV Circunscripción Judicial, Dr. Fernando G. Rubio, propiciando el rechazo de la totalidad de las nulidades acusadas por los apelantes, por tener todas carácter relativo y, en consecuencia, encontrarse saneadas por la omisión de haber



sido planteadas mediante la vía y en el momento procesal pertinente.

Detalla una por una las razones por las cuales propicia la desestimación de los planteos nulificatorios.

Señala, en primer término, que el Código de formas no regula en forma autónoma el recurso de nulidad, sino que se considera comprendido dentro del recurso de apelación.

También destaca la distinción entre vicios *in iudicando* e *in procedendo*, recordando que son los primeros los que pueden motivar el recurso de nulidad implícito en la apelación, más no los segundos, para los que corresponde promover el incidente de nulidad en la etapa y tiempo procesal oportunos.

Luego de realizar toda la disquisición entre los dos remedios procesales, concluye que los apelantes han errado la vía intentada, pues por tratarse todos de vicios de procedimiento, correspondía encarrillarlos a través del pertinente incidente.

Sin perjuicio de ello, el Sr. Fiscal analiza cada planteo por separado, otorgando los fundamentos de por qué considera que corresponde rechazar los planteos en cada caso, con cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su extensión, nos remitimos a su lectura, en honor a la brevedad.

V.- A) Que luego de todas las actuaciones llevadas a cabo en esta instancia, entre los cuales, la más relevante resulta ser la ya expuesta denuncia del acuerdo por parte de la familia guardadora, este tribunal debe decidir sobre el mérito de las apelaciones interpuestas contra la resolución de primera instancia.

En primer término, corresponde expedirse sobre el primer planteo nulificatorio introducido por los progenitores.

Y hemos de detener aquí el análisis y no avanzar más allá, por considerar que asiste razón a los apelantes en



una de sus impugnaciones, la cual, por su gravedad, amerita la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

Este Tribunal de Alzada no puede pasar por alto la omisión de cumplimiento del traslado ordenado a fs. 85, porque su consecuencia no es la mera pérdida de una facultad procesal por parte de los progenitores apelantes, sino la vulneración del mismísimo ejercicio de su derecho de defensa en un proceso cuya primigenia es privarlos de la responsabilidad parental y de todo trato con sus hijos.

El escrito presentado por el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente y cuyo traslado se omitió (fs. 80/84) hace las veces de una demanda y, en consecuencia, no puede soslayarse a los progenitores la posibilidad de contestar los argumentos de hecho y de derecho brindados por el funcionario, así como la de ofrecer el material probatorio que consideren pertinente.

La omisión, inclusive, no es negada por el Defensor de los Derechos del Niño. Por el contrario, la reconoce, pero considera que su alegación en esta instancia es extemporánea y reñida con la buena fe.

Pero los argumentos vertidos por el Sr. Defensor, así como los que también señalara el Sr. Fiscal Jefe al evacuar la vista conferida en esta instancia no resultan atendibles en el caso que nos convoca, porque todos refieren al carácter relativo de la nulidad y, en el caso de vulneración del derecho de defensa, la nulidad es de carácter absoluto, y puede ser decretada en cualquier estadio procesal, por su imposibilidad de subsanación y (consecuentemente) de confirmación.

La Sala I de este tribunal ha tenido la oportunidad de señalar, en postura que se comparte, que "al haberse alegado la violación de la garantía constitucional de la Defensa en Juicio, estaríamos, *a priori*, frente a un supuesto de nulidad absoluta, declarable de oficio en



cualquier estadio procesal, sin gravitar ni ser óbice el silencio, omisión o pasividad de los litigantes" ["BIANCHEDI ANA MARIA C/ CAINZOS ROBERTO Y OTROS S/ INTERDICTO" (Expte. Nro. 2730, Año 2011); Sentencia Interlocutoria N°: 61/2014, del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes].

Y, con cita de jurisprudencia, también ha recordado que "La nulidad de los actos procesales se vincula íntimamente con la idea de la defensa en juicio, que tiene en nuestro derecho jerarquía constitucional. En consecuencia, cuando surge algún vicio, defecto u omisión, que haya privado a quien los invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión se produce una indefensión que configura la nulidad (CNCiv., sala B, 17/11/83, ED, 108-116; CNEsp. Civil y Com., sala II, 23/7/80, B.C.N.E.C. y C., 695, núm. 10.380). Son así nulos, de nulidad absoluta los actos procesales cuyo contenido viola una garantía constitucional o una disposición de las leyes de fondo relacionadas con la defensa en juicio de los derechos y los establecidos expresamente por la ley como ineludible condición de validez, como ocurre cuando se vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional -defensa en juicio- y las disposiciones de orden público de una ley de fondo (CNcom., sala A, 26/9/74, La Ley, 156-534)" [Resolución N° 61/2014, ya citada, con cita de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, autos "Consortio Avellaneda II c. Sobrado, Héctor y otra", Publicado en: LLBA1997, 873; Cita Online: AR/JUR/1654/1996].

B) La cuestión adquiere mayor relevancia si se estudian todas las actuaciones desde la primera intervención de los progenitores y hasta el dictado de la resolución interlocutoria en crisis, de las que se desprende que su falta de participación en el trámite no se reduce a esa traslado concreto. Veamos:



- A fs. 44 obra el acta de la primera audiencia de fecha 02 de marzo del corriente año. Surge de la misma que: a) La Sra. B. J. no contó con patrocinio letrado; b) No se les otorgó la palabra en ningún momento a los progenitores, habiéndose manifestado únicamente el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente; c) No se le corrió traslado alguno de las solicitudes del Sr. Defensor a los progenitores; d) Se decidió agregar los informes acompañados por el Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 28/32), por el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente (fs. 26/27) y por la autoridad de la ley 2302 (fs. 33/43) sin otorgarle vista o traslado alguno a los progenitores. Amén de ello, la Sra. J. de todas maneras no se encontraba en condiciones de contestar por inexistencia de patrocinio.

- A fs. 67 sí se ordena, sorpresivamente, correr el traslado del pedido de pérdida de patria potestad (responsabilidad parental) y dictado del estado de preadoptabilidad a los progenitores, pero el traslado sólo consiste en eso, no se acompaña escrito con argumentos ni documental respaldatoria en base a los cuales puedan responder y defenderse (ver, en este sentido, el resultado de las cédulas de 69 y 78).

- A fs. 80/84 obra la ya citada presentación del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente en la que vuelve a solicitar la pérdida de la responsabilidad parental y dictado de estado de preadoptabilidad y, esta vez, sí la funda en hechos y derecho, acompañando las pruebas que considera pertinentes. No obstante, como ya se apuntó, la sustanciación del traslado (ordenada a fs. 98) nunca se efectivizó.

- A fs. 93/96 contesta el primer traslado del pedido (el de fs. 67) y, atinadamente, el defensor público del Sr. B. plantea la imposibilidad de refutarla por no conocer los fundamentos del pedido. Esta solicitud, introducida como excepción de defecto legal por el patrocinante del progenitor,



nunca fue tratada por la magistrada de manera previa a pasar a resolución la causa, ordenándole "estar al nuevo traslado" de fs. 98.

- A fs. 107 se dispone agregar el informe del equipo interdisciplinario de fs. 105/106 (que refleja la entrevista a los tíos paternos de los niños) del que sólo se corre vista al Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, más no a los progenitores, negándoles la posibilidad de, verbigracia, examinar la posibilidad de otorgar la guarda a dichos miembros de la familia extensa referida (si bien a esta altura del trámite se podría en principio afirmar que no es una opción viable la convivencia de aquéllos con los tíos paternos aludidos, atento lo que surge de las constancias de autos; en ese momento era una hipótesis que podía barajarse).

VI.- Pese a que la nulificación de la resolución y el cumplimiento del traslado omitido basta para reencausar adecuadamente el trámite, es posible realizar algunas consideraciones más.

En palabras de las ilustradas juristas Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, 'La temática se conecta a numerosas cuestiones, entre otras: la pertinencia o no de la adopción; el rol de la familia biológica; las políticas públicas de fortalecimiento familiar; el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, proteja y cuide; la intervención del Estado a través del Poder administrador y del judicial; la necesidad de poner fin a una situación de "indefinición" y "provisoriedad" que la mayoría de las veces se mantiene en el tiempo, perjudicando al niño, principal sujeto de protección por manda constitucional- internacional. La pregunta que puede sintetizar la problemática es: ¿hasta cuándo el Estado debe trabajar con la familia de origen -y en su caso, la familia ampliada- y cuándo debe cambiar el rumbo de la intervención hacia la adopción? Este interrogante



conduce a otro: ¿Qué herramientas reales, concretas, integrales, no asistencialistas, el Estado maneja para hacer efectivo el derecho de todo niño a vivir con su familia de origen, o sea, para preservar un vínculo jurídico del que se deriva una presunción legal de afecto?

El nudo gordiano de esta cuestión no es jurídico, sino psico-social.' [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa; Publicado en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 20 • LA LEY 2011-F, 225; Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/ estado de preadoptibilidad (C.L., C. E.); Cita Online: AR/DOC/4838/2011].

Concatenado con los interrogantes planteados, las prestigiosas maestras del Derecho de Familia recuerdan y advierten, además, que el aspecto material tiene una importancia muy escasa. Señalan las autoras que el "interés material" es un dato especialmente sensible en el contexto de una declaración de adoptabilidad. Como asevera Mary Beloff, un estándar regional impide separar a un niño de sus padres sólo por razones socio-económicas (conf. art. 33, ley 26.061). En efecto, el párrafo 76 de la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño dice: "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención" (...); y el párrafo 77 concluye: "El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".



En estos contextos, el "interés material" se relativiza, a tal punto de ser rechazado como criterio por la Corte Federal en una sentencia de 02/08/2005, que afirma: "En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación" (considerando 6°).

En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del estado para efectivizar este derecho' [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, op. Cit.].

Por último, también nos parece pertinente recordar que el derecho a la vida familiar constituye un derecho humano, tanto de los niños como de sus progenitores. Siguiendo a las autoras citadas, cabe destacar que "El derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito



internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana".

Y que, si bien "El desarrollo del derecho a la vida familiar es incipiente en la jurisprudencia regional interamericana; de cualquier modo, la CIDH ha establecido de manera expresa que "el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma" [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción].

VII.- Como agudamente demuestran las doctrinarias citadas en párrafos precedentes, son numerosas las interrogantes que debe disipar (razonablemente) el órgano jurisdiccional antes de decretar dos medidas de carácter extremo como son la privación de la responsabilidad parental y el estado de adoptabilidad de sus hijos. Varias de ellas no encuentran respuestas en las constancias del expediente.



Contrastada la casi inexistente participación de los progenitores en el trámite con las pautas reseñadas, manteniendo el norte en Interés Superior del Niño, pero trazando la ruta a través del respeto de su Derecho Humano a desarrollar sus vidas en el núcleo familiar de origen, este Cuerpo se convence de que no se pueden convalidar los vicios advertidos en el trámite seguido en las presentes, amparándose en cuestiones procesales sobre cargas, plazos y presuntos consentimientos tácitos; máxime cuando la declaración del estado de adoptabilidad no es una decisión que pueda tomarse solamente evocando el "interés superior del niño", para así sortear cualquier obstáculo que se presente a fin de allanar el camino.

Debe permitírsele a los progenitores la posibilidad de contestar los argumentos del Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente brindados en el escrito de fs. 80/84, y que juega como una verdadera demanda en contra de ellos.

Debe permitírseles ofrecer y producir la prueba que consideren haga a su derecho.

Debe otorgárseles vista de todos los informes que se vayan incorporando al expediente y no sólo conferirla al Defensor de los Derechos del Niño.

Deben realizárseles, en la medida que los progenitores presten su conformidad, los exámenes psicológicos, psiquiátricos, socio-ambientales y cuanto más sean necesarios para formarse un fidedigno y actual perfil de sus figuras paternas, así como de sus posibles avances sobre el punto respecto a las últimas entrevistas realizadas (noviembre de 2014 y febrero del corriente año).

Debe, asimismo, juzgarse sobre el mérito y conveniencia de mantener, modificar o hacer cesar las medidas cautelares decretadas a lo largo del trámite, ya sean las vinculadas a la persona de los progenitores o a la estadía de



los menores en el Refugio Municipal "Samuel Pérez" de la ciudad de San Martín de los Andes.

VIII.- Finalmente, y a esta altura del análisis, no podemos dejar de recapitular sobre lo sucedido en la causa "FORNERON" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que concluyera con la sentencia que declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 17.1 de la misma y por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1.

Sin perjuicio de tratarse de dos plataformas fácticas totalmente distintas y que, por ende, no pueden ser asimiladas desde esa arista, sí resulta prudente rescatar y recordar (a esta altura del trámite y no más tarde), que el Estado argentino debe velar porque las personas que acuden a sus organismos obtengan una respuesta que cumpla con los estándares convencionales a los que voluntariamente se sometió desde la reforma constitucional del año 1994.

Esta Cámara Provincial de Apelaciones, como órgano del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, y esta última a su vez, como uno de los veintitrés estados federales que componen la República, debe evitar, en la medida de su competencia, que el trámite pueda desembocar en la violación de derechos humanos de los justiciables y que, en última instancia, tenga la potencialidad de hacer responsable internacionalmente al Estado argentino por las consecuencias disvaliosas.

IX.- Por las consideraciones realizadas, los restantes agravios devienen de abstracto tratamiento.

Sin perjuicio de ello, y en relación al pedido de fijación de un régimen de visitas por parte del Sr. A. B.



respecto de sus hijos, en virtud de que la magistrada únicamente fundó el rechazo en las decisiones de fondo que por el presente quedarán sin efecto (privación de la responsabilidad parental y decreto de estado de adoptabilidad de los niños), corresponde que se reabra su estudio en origen.

X.- Con relación a lo señalado en el último párrafo del considerando VII, en cuanto al mérito y conveniencia de mantener, modificar o hacer cesar las medidas cautelares decretadas durante el trámite (vinculadas a la persona de los progenitores o a la estadía de los menores en el Refugio Municipal "Samuel Pérez" de la ciudad de San Martín de los Andes); este Cuerpo, no puede pasar por alto, atendiendo a la nulidad propiciada y en función de lo desarrollado en los considerandos precedentes con relación a los derechos que se deben proteger, que la cautelar decretada en la instancia de origen, en cuanto al albergue provisorio de los niños en el "Refugio Municipal Samuel Pérez", de esta ciudad, debe cesar, correspondiendo -en este estado- ordenar la externación de los mismos, para lo cual, el Sr. Defensor de los Derechos del Niño deberá, en el marco de sus funciones, lo dispuesto por la Ley 2302, y con el debido apoyo institucional ampliamente referido en los considerandos que anteceden, arbitrar -de inmediato- los medios necesarios a fin de que se seleccione una familia de acogimiento transitorio -de las incluidas en el R.U.A., de existir la posibilidad, y/o pertenecientes a algún otro programa similar dependiente del Poder Ejecutivo Provincial- con el fin de que los niños transiten este período hasta que se resuelva en definitiva.

En este mismo orden, y en cuanto a la prohibición de acercamiento a los niños que pesa sobre ambos padres, en función de los principios a los que debemos atender desarrollados claramente en los considerandos que preceden, la nulidad que se decreta y en función de la primordial protección del derecho a la familia, habremos de ordenar la



revinculación progresiva de los niños con ambos padres, lo que deberá ser encausado inmediatamente por el magistrado de grado una vez que los niños se encuentren en el marco de la familia de acogimiento, y mediante estrategias de revinculación sana con sus progenitores.

XI.- A esta altura, corresponde señalar que, atento a la resolución que se arriba, corresponde apartar de la causa a la Magistrada de grado, debiendo continuar con el trámite el juez que sigue en orden de subrogancia legal.

XII.- Costas de Alzada en el orden causado, en virtud de la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Declarar la nulidad desde fs. 85 y de todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente, conforme lo considerado.

II.- Apartar de la causa a la Juez Titular del Juzgado de Familia, debiendo continuar con el trámite el subrogante legal.

III.- Ordenar la externación de los niños del "Refugio Municipal Samuel Pérez", de esta ciudad, debiendo el Defensor de los Derechos del Niño arbitrar los medios a fin de que los niños sean alojados y contenidos por una familia de acogimiento transitorio, conforme lo expuesto en el considerando X.



IV.- Ordenar la paulatina revinculación de los niños con sus padres, la que deberá ser encausada por el Juez de grado, conforme lo indicado en el considerando X.

V.- Costas de Alzada en el orden causado, en virtud de la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

VI.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 75/2015