



NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**", (JNQFA3 EXP N° 63118/2014), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela S. **ROSALES** y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI**, dijo:

I.- La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 296/297, que rechaza la medida requerida por la Defensora recurrente, y dispone que los niños D.E., Z.P., G.N. y A.R. ingresen -todos juntos- a una familia de acogimiento, previamente evaluada por el área pertinente del Ministerio de Desarrollo Social con carácter urgente.

a) La recurrente se agravia en el entendimiento que ha existido, por parte de la jueza de grado, una incorrecta valoración de los argumentos expuestos por la Defensoría.

Dice que lo que oportunamente se manifestó es lo contrario a lo que ha entendido la a quo, ya que se señaló que en el incidente sobre estado de adoptabilidad recién se estaba practicando una información sumaria tendiente a dar con el paradero de los padres; que no se sabe nada de ellos, ya que han mudado su domicilio y no se han vuelto a presentar en el hogar donde se encuentran alojados sus hijos desde el 23 de diciembre de 2014.

Sigue diciendo que valorando el extenso tiempo transcurrido y el que razonablemente va a transcurrir para que se dicte sentencia en el incidente, es que se solicitó la



medida denegada en el resolutorio apelado. Señala que se quiere evitar que los niños ingresen a una familia solidaria, para luego, en caso que se dicte sentencia haciendo lugar a la declaración del estado de adoptabilidad, sean separados nuevamente de un ámbito familiar para ser incluidos en otro.

Pone de manifiesto el delicado estado emocional de D., el que se encuentra acreditado con los informes que obran en el expediente, y no admite otra pérdida de esa naturaleza.

Afirma que los niños construyen un vínculo de apego con sus cuidadores, razón por la cual se satisface su interés superior la evitación de aquél posible cambio de grupo familiar, procurando que la familia que inicialmente los acoja sea la que, eventualmente, de concretarse la adopción, resulte su familia adoptiva, dándole, de ese modo, continuidad a la construcción del vínculo.

Manifiesta que se ha tenido en cuenta, además, para solicitar la medida, que las familias inscriptas en el R.U.A. han sido evaluadas convenientemente en su aptitud para ejercer el cuidado de los niños, en la medida que estén dispuestas a ejercer ese rol, inicialmente, como familia de acogimiento.

Considera que la magistrada de grado tampoco evaluó las dificultades que existirán para seleccionar una familia solidaria que pueda brindar a los hermano M.O. todos los cuidados que los niños necesitan. Detalla que son cuatro niños pequeños, y uno de ellos, D., necesita especiales cuidados y mayor atención, por la depresión que padece.

Critica el argumento utilizado en la resolución apelada respecto de las diferencias de roles existente entre una familia solidaria y la compuesta por pretensos adoptantes, al que tilda de insuficiente.



Sostiene que su parte no desconoce esas diferencias pero que, por las especiales características del caso en análisis, aplicar de manera automática normas de naturaleza instrumental, como el Acuerdo n° 5.227 del Tribunal Superior de Justicia, puede causar un grave perjuicio a los niños involucrados en este proceso.

Reitera que los niños de autos han pasado un largo tiempo institucionalizados, y que ello ha determinado que D. sufre severos trastornos en su desarrollo psíquico.

Se queja por la falta de valoración de la opinión del niño D.O., quién, cuando fue escuchado en sede judicial y habiendo recibido las explicaciones sobre por qué no podía ingresar a una familia adoptiva, refirió que su angustia no tiene relación con el trato o la contención y cuidados que recibe en el hogar, sino que desea ser incluido en una familia que quiera sumir su crianza como un hijo en forma definitiva.

Denuncia que la a quo no ha aplicado el principio convencional y constitucional del interés superior del niño.

Insiste en que la jueza de grado se limita a señalar que existe un acuerdo administrativo del Tribunal Superior de Justicia que dispone la incompatibilidad entre la figura de la familia solidaria y las familias inscriptas en el R.U.A., olvidando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las normas de carácter instrumental, por más loables que sean sus propósitos, no pueden estar por encima del interés superior del niño.

Agrega que la jueza de grado, además, ha dado prioridad a la estabilidad emocional de los pretendientes adoptantes y de los padres biológicos, por sobre la de los niños.

Cuestiona la afirmación de la jueza de grado respecto de la vulneración del derecho de defensa de los



padres biológicos, dado que la familia asumirá el rol de meros guardadores, con el mismo alcance que las familias solidarias.

Entiende que también se respetan todas las etapas y plazos del proceso de adopción, en el cual los progenitores poseen el carácter de parte, explicando de que modo se respetan los derechos de los padres biológicos.

Pone de manifiesto que tampoco se compromete el principio de imparcialidad, toda vez que no se está requiriendo una medida de tutela anticipada, que importe resolver sobre el fondo del asunto.

Critica la falta de valoración de la normativa legal y de los precedentes judiciales citados por su parte.

Indica que la solución propiciada es similar a la prevista en el art. 34 de la ley 2.561 y en su decreto reglamentario. Insiste en que en la jurisprudencia local existen dos casos en los cuales se designó, de forma excepcional, como familia de acogimiento a personas que estaban inscriptas en el R.U.A.

b) Los progenitores de los niños no contestan el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y luego de un análisis minucioso de las constancias de la causa, no cabe sino otorgar razón a la recurrente.

El caso de autos involucra a cuatro niños -hermanos entre sí-, quienes actualmente cuentan con 8, 7, 5 y 3 años de edad, conforme datos de fs. 216.

La intervención del Poder Judicial en la vida de estos niños se inicia en enero del año 2014, como consecuencia de la detección de secuelas de maltrato físico en uno de ellos, circunstancia que permitió conocer la situación de



grave vulneración de sus derechos a la que eran sometidos los hermanos por parte de sus progenitores.

A partir de este momento la vida de los hermanos ha tenido vaivenes que fueron desde el hogar familiar, al domicilio de la abuela materna, luego a una institución guardadora, para más adelante pasar al hogar de la abuela paterna, y volver finalmente a la institución guardadora, donde se encuentran actualmente. Todo ello en el término de un año.

Más allá de reconocer que todo ser humano puede cambiar, y tiene derecho a hacerlo, como también a que se le brinden posibilidades a tal fin, no surge de autos que este sea el caso de los progenitores biológicos de los niños. Ello, porque fueron estos padres quienes castigaron física y brutalmente a sus hijos pequeños, y si bien la madre pareciera no haber actuado con la saña del padre, de todos modos omitió proteger debidamente a su prole ante la agresión paterna, sin dejar de considerar que también infligió castigos físicos a los pequeños.

Cabe señalar que el informe de la médico forense infante juvenil que revisara a la niña G. -episodio que dio origen a la intervención judicial-, con una edad cronológica de 23 meses, da cuenta que: *"La progenitora no adjunta libreta sanitaria y tampoco recuerda los antecedentes personales y patológicos de la niña. Ni siquiera el peso de nacimiento. Controles sanitarios no realizados y vacunación incompleta... desde el punto de vista físico presenta características normales... con bajo peso para su edad cronológica... al examen de esta niña se constata un cuadro muy severo de maltrato físico, cuyas lesiones se detallan a continuación... Todas las lesiones descriptas tienen un tiempo de evolución diferente, lo cual indica que la niña es reiteradamente golpeada y por las características físicas de las lesiones, las mismas son*



producto de golpes contusos y manguerazos o cintazos. El anexo fotográfico realizado es más que elocuente. Estamos hablando de un maltrato severo por lo cual se sugiere a la señora Defensora arbitrar los medios necesarios, con carácter urgente, para salvaguardar la vida de esta niña..." (fs. 8/9). Otorgo razón a la médica interviniente respecto a que las tomas fotográficas que acompañan su informe son por demás elocuentes respecto de la gravedad de la situación.

Surge también de las constancias de autos que este maltrato era extensivo a los restantes hermanos.

D., al ser entrevistado en sede de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, siendo el mayor de los hermanos, refiere las formas de la agresión física recibida por los niños: golpes de puño, chirlos, cachetadas, cinto y una manguera (fs. 14); agregándose luego posible abuso sexual respecto de Z. (fs. 147), e inmersión de la cara en un recipiente con agua (fs. 217).

Luego, consta en autos que el padre y la madre de los niños presentan conductas adictivas al consumo de alcohol y otras sustancias, de larga data y con deterioro cognitivo.

Los intentos de encontrar acogida para los niños en el ámbito de la familia extensa han fracasado. Ni la abuela materna ni la abuela paterna han sostenido la convivencia y el cuidado de los menores, declinando hacerse cargo de la crianza de sus nietos (fs. 55 vta. y 141, respectivamente).

A su vez, los profesionales que asisten a los niños en el ámbito de la institución en la que hoy se encuentran aconsejan -enfáticamente- brindar protección a los hermanos, garantizándoles un hogar adecuado y estable, en el que puedan desarrollarse de una manera armónica e integral; no sólo en su aspecto físico e intelectual, sino también emocional, espiritual y social (fs. 200).



En informe realizado en el mes de diciembre de 2015, los directivos de la institución guardadora hacen constar: *"Ha transcurrido casi un año y aún persisten en los niños los síntomas de haber sufrido violencia, cuando se los trata de corregir o llamar la atención, a excepción de A. que es la menor, el primer gesto o ademán que realizan es agacharse, cubriéndose la cabeza con sus manos y brazos. G. hasta hace poco tiempo, diariamente cuando se le intentaba llamar la atención, antes de que se le dijera alguna palabra, ella parafraseaba "mama papa cha cha", acompañando la frase con el ademán respectivo. Z. comenta que sus castigos fueron cachetadas, tirones de pelo y orejas, golpes con cintos, mangueras y palos; y D. que asiente los relatos de su hermana, agregando que él recibía piñas y patadas, recordando un hecho en el que le pegaron una piña en la mesa, cayendo al piso y desde ahí su padre le daba patadas (hecho confirmado por su madre que fue espectadora de lo sucedido, en ocasión de la entrevista con nuestro equipo técnico)..."* (fs. 248).

Y ahora se agrega la situación de D., informada a fs. 273, quién presenta un cuadro de depresión reactiva a su situación de institucionalización, el que ha ido agravándose y que se ha expresado en reiterados episodios de ira, impulsividad, auto y heteroagresiones, tanto en el contexto hogareño como escolar.

III.- No paso por alto que la legislación civil ha instituido un procedimiento para la adopción de personas menores de edad, que requiere como primer paso de la declaración en estado de adoptabilidad, para luego seleccionar del registro respectivo a las personas a quienes se les otorgará la guarda preadoptiva, y finalmente resolver la adopción; como así también que en este trámite debe otorgarse el derecho de defensa a los padres biológicos; y que existen diferencias conceptuales entre una familia de acogimiento y



los pretensos adoptantes. Pero frente a ello está la situación real en la que se encuentran los niños de autos, y la manda convencional de otorgar prioridad, siempre y en todo caso, al interés superior del niño.

Esta tensión entre lo prescripto por la legislación vigente y el interés superior del niño, que indubitadamente reclama una protección urgente y efectiva de los niños de autos, requiere que se compatibilicen los derechos y, en su caso, se satisfaga de la mejor manera posible aquél interés superior.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: *"queda desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar, pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa..."* (autos "S., C. s/ adopción", 2/8/2005, LL 2006-B, pág. 348). En tanto que en autos "M., M.S. s/ guarda" (sentencia de fecha 27/5/2015, LL 2015-D, pág. 203), el Alto Tribunal Nacional hizo suyo el dictamen de la Procuración General, la que señaló que: *"...la solución, lejos de hacer hincapié en lo que aparece como más favorable para la niña, la somete a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo... cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución propiciada no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la*



entrega de los menores en estado de adoptabilidad... configuró una solución desvinculada del marco de la causa pues, desde que todo cambio implica un trauma para la niña, debe demostrarse que no llevado a cabo le causaría un daño mayor o más grave y, en ese contexto, los tribunales deben ser sumamente cautos cuando se trata de modificar situaciones..., evitando así el surgimiento de nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles...las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas podían provocar en su desarrollo integral, y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto".

Retomando la situación de los hermanos O.M., teniendo en cuenta los hechos vividos por ellos, los cambios operados en sus vidas en corto tiempo, y los informes de los profesionales que los asisten, entiendo que la medida solicitada por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente es la más adecuada al interés superior de las personas menores de edad.

No se encuentra controvertido, sino que surge palmario del expediente, que estos niños han sido sometidos a condiciones de vida indignas, que han puesto en riesgo su integridad psicofísica, y que se requiere de la externación de los mismos de la institución en la que se encuentran alojados, a fin de no agravar aún más los perjuicios ocasionados por la conducta de los progenitores y de la familia extensa.

Y esa externación no resulta conveniente que se haga a través de una familia solidaria o de acogimiento, en tanto la permanencia en este grupo familiar es esencialmente transitoria.

Corresponde preguntarse hasta cuando vamos a hacer peregrinar a los niños de un lugar a otro, sin



otorgarles la posibilidad de ser acogidos en un grupo familiar con visos de permanencia, donde se sientan seguros, contenidos y queridos. Adviértase que las mudanzas reiteradas de situación no sólo conllevan, para estas personas menores de edad, la sensación de inseguridad, sino también de rechazo, toda vez que sus abuelas no han querido hacerse cargo de ellos, con lo cual un eventual cambio de familia solidaria a grupo familiar de los pretensos adoptantes importaría la generación de nuevos sentimientos de inseguridad y rechazo, colocándolos, por ende, en una nueva situación de vulnerabilidad.

En definitiva, tengo la convicción que el interés superior de los menores de autos importa que la externación de los niños sea hacia una familia inscripta en el R.U.A., la que, en su momento y de corresponder, se convierta en la familia de adopción.

IV.- Ahora bien, ¿esta decisión que responde al interés superior del niño, se da de bruce con la ley vigente? Entiendo que no.

De acuerdo con el art. 607 del Código Civil y Comercial, el proceso de adopción comienza con la declaración del estado de adoptabilidad de la persona menor de edad.

Marisa Herrera sostiene que la declaración en estado de adoptabilidad es un proceso decisivo tendiente a indagar y resolver si un niño es pasible o no de ingresar a una familia a través de la figura de la adopción (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 225).

En la situación de autos este proceso se encuentra iniciado respecto de los cuatro niños, por lo que no advierto inconveniente alguno en que, mientras se sustancie el



trámite, los hermanos permanezcan al cuidado de una familia. Más aún, es lo que usualmente sucede en estos casos.

La discordia se presenta en torno a la familia receptora, ya que no sería como se dijo, una familia solidaria, sino una seleccionada del Registro de Adoptantes.

El decreto n° 36/2009, modificatorio de su par n° 1.438/2008 -reglamentario de la ley 2.561 que regula el trámite de la adopción a nivel provincial y crea el Registro Único de Adoptantes- establece que *"En caso de tratarse de personas recién nacidas, niños, niñas o adolescentes que aún no hayan sido institucionalizados, de los cuales se desconociere el paradero de los progenitores y familia extensa, el juez podrá disponer la iniciación del trámite de guarda, a fin de evitar la institucionalización y/o permanencia del niño en el hospital, aclarando fehacientemente al pretense adoptante, que el trámite previsto en el art. 24 de la ley 2.561 resulta imperativo.*

"El/los pretensos adoptantes, tomarán la decisión de aceptar o no la guarda, luego de haber sido informados, debiendo dejarse constancia en el expediente. En caso de que los que correspondan en orden de prelación rechacen la propuesta en virtud de la situación especial en la que se propone la guarda, se continuará con los siguientes.

"Si finalizada la instrucción de la investigación no hubiere sido posible ubicar a los padres del niño/a, el trámite de guarda preadoptiva continuará.

"En caso de que se lograra la ubicación y revinculación con los padres biológicos o la familia extensa, se dejará sin efecto la guarda otorgada y los pretensos adoptantes volverá a ocupar el lugar que tenían en el orden del listado".



La situación de autos se encuentra, entonces, contemplada en la norma reglamentaria, claro que para las personas menores de edad respecto de los cuales se desconoce el paradero de los padres biológicos y de la familia extensa.

Respecto de la familia extensa de los niños de autos, las abuelas han rechazado expresamente hacerse cargo de la crianza de sus nietos, desentendiéndose de su situación, ya que surge de los informes de la causa que ni siquiera hayan concurrido a visitarlos en la institución donde se encuentran alojados.

La diferencia, entonces, con la situación que contempla la norma reglamentaria es que aquí conocemos que existen los padres biológicos. Respecto de la madre se conoce el domicilio y ha comparecido al trámite de declaración del estado de adoptabilidad, al igual que en autos (aunque tampoco ha mantenido relación con sus hijos a partir de su institucionalización); con relación al padre, no puede ser ubicado.

En cuanto al recaudo de no estar aún institucionalizados, en el caso bajo estudio se requiere de la urgente externación de los menores.

Siguiendo la doctrina de la Corte Nacional, y dada la excepcionalidad de la situación de los niños de autos, entiendo que puede hacerse extensiva la solución que brinda el decreto reglamentario a aquellos.

No ignoro que la autora citada (Marisa Herrera) cuestiona la actual redacción del art. 4 del decreto n° 1.438/2008 considerando que no resulta compatible con los principios y tésis de la adopción en el contexto legal vigente (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 242).

Sin embargo, me permito disentir con esa opinión. Si bien en abstracto y en forma general, el procedimiento



reglamentario podría contradecir el fin perseguido por el Código Civil y Comercial, ya que es cierto que forja lazos afectivos entre el niño y quienes pretenden adoptar antes de que el primero se encuentre en estado de ser adoptado, no puede perderse de vista que debiendo resolver problemas esencialmente humanos, como siempre sucede en cuestiones de familia y personas menores de edad, lo primordial es el bienestar de estas últimas, por lo que los prejuicios conceptuales deben ceder a fin de concretar el interés superior del niño en el caso particular.

En autos se requiere de este trámite para posibilitar la externación más adecuada de cuatro niños con una historia de vida que, hasta hoy, no es la que debieron haber transitado; y que como consecuencia de ello, sufren; sufrimiento que, además y para D., se ha convertido en un trastorno psíquico.

Luego, disiento con la jueza de grado, ya que no encuentro que pueda aplicarse al sub lite la disposición del Acuerdo n° 5.227, Punto 7 del Tribunal Superior de Justicia, toda vez que refiere a un supuesto distinto, cuál es la inscripción de personas en el R.U.A. y lo que quiere evitar es que la institución de las familias de acogimiento se utilice para saltar el orden de prelación del registro, lo que no sucederá con la medida a adoptar, que conlleva el respeto a dicho orden.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y revocar el decisorio apelado, disponiendo que la externación de los niños de autos se lleve a cabo, en forma excepcional, mediante el procedimiento previsto en el art. 4 del decreto n° 1.438/2008, reglamentario de la ley 2.561.



Sin costas en la Alzada, en atención que en autos la intervención letrada es de funcionarios del Poder Judicial.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar el decisorio de fs. 296/297, disponiendo que la externación de los niños de autos se lleve a cabo, en forma excepcional, mediante el procedimiento previsto en el art. 4 del decreto n° 1.438/2008, reglamentario de la ley 2.561.

II.- Sin costas en la Alzada, en atención que en autos la intervención letrada es de funcionarios del Poder Judicial.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**