



NEUQUEN, 24 de Agosto del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**I. N. L. S/ INC. DE ELEVACIÓN (E/A 72235/2015)**" (**JNQFA4 1195/2017**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio del Cuerpo con motivo del recurso de apelación interpuesto por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente a fs. 319, contra la resolución de fs. 312/315, en cuanto no hace lugar al pedido de suspensión de contacto entre la niña y su progenitor.

II.- En su memorial de fs. 321/328 y vta., manifiesta que la a quo efectúa una indebida interpretación del derecho y una parcial valoración de las circunstancias de hecho.

Relata, que la medida de protección excepcional de la niña ha sido solicitada cuando ella contaba con 7 meses de edad, y que del análisis de las circunstancias de hecho obrantes en la causa, se vislumbra que la decisión recurrida pone indebidamente su eje en el derecho al mantenimiento de las relaciones personales de la niña con su progenitor, sin valorar adecuadamente si dicha vinculación resulta en el caso beneficiosa para la niña.

Señala, que el progenitor ha exteriorizado reiteradas conductas que denotan la falta de cuidados parentales adecuados, no ha sostenido los espacios de revinculación que él mismo ha solicitado, lo que trae



aparejado consecuencias nocivas para el desarrollo y bienestar de su hija.

Menciona, por parte del padre una falta de comunicación con el hogar Misericordia para conocer el estado de la niña, mostrándose reticente a los señalamientos profesionales en las oportunidades que ha asistido a los encuentros, lo que permite concluir que no está en condiciones de ubicarse en una posición de referente adulto responsable. Y eso ha determinado que las profesionales intervinientes evalúen que la vinculación obstaculiza el proceso psicosocial pautado a favor de la niña y, que se han agotado todas las instancias previas para restituir a la pequeña junto a su progenitor.

Apunta, que en el presente caso ha quedado acreditado el sinnúmero de medidas adoptadas por el órgano de aplicación en pos de restablecer el cuidado de la niña con su familia de origen, debiéndose contemplar el tiempo transcurrido que coincide con la edad de ella, sólo un año y cinco meses si tomamos en cuenta a partir de la efectivización de la medida.

Aduce, que el Sr. Ibáñez, solo ha acreditado una entrevista psicosocial el 17/11/15 y una psicológica el 28/11/2015, resultando ello claramente insuficiente si se tiene en consideración que ha desplegado situaciones de violencia no solo con la progenitora de su hija, sino con el personal intervinientes en el caso.

Alega, que ante los incesantes inconvenientes suscitados durante la visita del Sr. I. al Hogar Misericordia, se ha generado un espacio en Familias Solidarias a efectos de la revinculación entre la niña y su progenitor, quién no ha asistido a los encuentros pautados.



Expone, que en función de lo dispuesto por el inc. 3 del art. 9 CDN, que ha de contemplarse a efectos de evaluar si resulta beneficioso para N. sostener el régimen de comunicación con su progenitor, debiendo ponderarse los comportamientos parentales específicos, que en el caso concreto implica atender a las incesantes ausencias al dispositivo de revinculación por parte del Sr. I..

Destaca, que hubo una vulneración del interés superior de la niña al sostener un contacto que no resulta saludable.-

Dice, que tal como surge de los considerandos del fallo, los profesionales del MSDS concurren al espacio dispuesto desde la Dirección de Familias Solidarias, con la finalidad de llevar adelante la revinculación de la niña con su progenitor. Del informe en cuestión se destaca que el Sr. I. no asistió. Y, precisan que dicha inasistencia obstaculiza el proceso psicosocial que se ha pautado con la niña, ya que se han agotado todas las instancias previas para restituir a N. con su padre. Asimismo, señalan que se ha evaluado y confirmado que el contacto con el progenitor, debido a sus rasgos de personalidad, es perjudicial y nocivo para la niña.

Refiere, que a fs. 304 los profesionales intervinientes, nuevamente requieren la suspensión del régimen de comunicación vigente entre el progenitor y su hija, fundamentando tal pedido en que el Sr. I. no ha sostenido los encuentros. Agrega, que los profesionales Palma y Ferman dan cuenta que éste no se encuentra en condiciones de posicionarse como un referente adulto responsable.

Indica, que todo ello trae aparejado su dictamen -fs. 310-, mediante el cual se propicia hacer lugar a la suspensión del régimen de comunicación, entendiendo que ello vulnera su interés superior.



Considera, que la magistrada omite valorar que el Sr. I. conoce el lugar en el que se encuentra alojada la niña, como así también donde se llevan a cabo los encuentros de familia solidaria, pese a lo cual ni siquiera asistió a consultar.

Sostiene, que la jueza no considera que la presente medida fue adoptada el 27 de octubre de 2015, habiendo fenecido el plazo legal previsto en el art. 607 del Código Civil y Comercial, el 27 de abril de 2016, ya que ha transcurrido hasta esa fecha un año y cinco meses.

Manifiesta, que resulta imprescindible valorar las condiciones de la niña y su bienestar, y en caso de acreditarse la imposibilidad del restablecimiento de su vínculo con sus progenitores o su familia ampliada, deberán adoptarse medidas especiales de protección de carácter permanente que faciliten una solución definitiva a la situación, en atención no solo a su interés superior, sino en particular a su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

Afirma, que existe una incongruencia entre lo resuelto en la resolución interlocutoria de fecha 17/10/16 (fs. 250/253) y la resolución apelada. En tal sentido, dice que debe tenerse por configurada la causal indicada "inobservancia de las indicaciones", si tenemos en consideración que el Sr. I. no sólo no ha asistido a los encuentros de revinculación pautados, sino que tampoco ha observado las sugerencias del equipo interviniente del MSDS, pues no ha acreditado el sostenimiento del espacio terapéutico, de adicciones o del Servicio de Salud Mental; ha hecho caso omiso a los señalamientos de la educadora con relación a la ingesta de alimentos que le suministró en una ocasión a la niña, todo lo cual concluye en que no resulta lógico el sostenimiento del espacio de revinculación.



Corrido el pertinente traslado del recurso, el mismo es contestado a fs. 337/339, por la Dra. ..., en carácter de gestora procesal del señor D. I., solicitando su rechazo con costas.

III.- Entrando al análisis de la cuestión traída a estudio, cabe decir en forma liminar, que si bien la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente, introduce en su recurso la cuestión de la declaración de adoptabilidad de N., al expresar que desde que se implementaron las medidas de revinculación (27/10/2015), el día 27/04/2016 ha fenecido el plazo previsto en el art. 607 del Código Civil y Comercial, lo cual se incorpora recién en el memorial de agravios, de modo que, al no ser un tema introducido en la instancia de origen, conforme lo establece el art. 277 del Código Procesal, no corresponde decidir sobre la procedencia o no de la situación de adoptabilidad, sin perjuicio de efectuar algunas consideraciones al respecto, que deberán ser tenidas en cuenta en la instancia de grado a fin de expedirse oportunamente sobre la misma.

Así pues, como bien lo pone de resalto la Defensora del Niño en su recurso, desde que se han tomado las medidas de carácter excepcional, es decir, desde el 27 de octubre de 2015 hasta la fecha, ha transcurrido un plazo excesivo sin que la situación de la pequeña N., haya sido resuelta en la instancia de origen.

En tal sentido, mediante resolución de fecha 17 de octubre de 2016 (fs. 250/252 y vta.), se ha resuelto levantar la medida de suspensión de contacto entre el Sr. D. I. y su hija, requiriendo al Ministerio de Salud y Desarrollo Social que establezca el lugar en donde se desarrollaran los sucesivos contactos entre la niña y su progenitor.



En dicha oportunidad también se han fijado una serie de reglas vinculadas a la conducta que deberá observar el Sr. I., no sólo en lo que hace al cumplimiento de los encuentros pactados, sino también en relación al comportamiento con el personal que asiste a su hija, bajo apercibimiento de suspender -a requerimiento del Ministerio de Salud y Desarrollo Social-, dichos encuentros y ser tomado como indicio en su contra al momento de resolver el pedido de declaración de adoptabilidad. Asimismo, se le requirió al Sr. I. que mensualmente acredite su asistencia a tratamiento por adicciones.

A fs. 248/250 el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, presenta un informe sobre la situación de N., en donde concluye: "Advertimos que en el caso se presentan los presupuestos previstos por el art. 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto las medidas tendientes a que la niña permaneciera en su familia de origen, no han dado resultado, siendo que ha transcurrido ampliamente el plazo de ciento ochenta días, sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida de excepción adoptada. Por otra parte, ningún familiar o referente afectivo de la niña se han ofrecido para asumir su guarda, no quedando otra opción que resguarde mejor sus derechos, que la declaración de su situación de adoptabilidad...".

En función de dicho dictamen, la Jueza de grado, el 17 de octubre de 2016 (fs. 252), dispuso: "Agréguese el dictamen efectuado por el MSyDS, importando la presentación un dictamen conforme art. 607, inc. c del Código Civil y Comercial, téngase presente el pedido de declaración de estado de adoptabilidad de N.I. dese curso al procedimiento establecido en los arts. 607 y 608 de dicho cuerpo normativo...".



Dentro de este contexto, y dado el tiempo transcurrido desde que se adoptaron las medidas de cuidado y protección de la niña hasta la actualidad, la situación de N. no ha variado, pues si bien ha tenido encuentros esporádicos con su padre, la principal perjudicada ha sido ella, quién desde ya hace mucho tiempo, -más de la mitad de su vida- no encuentra respaldo en una familia que verdaderamente la cobije y la cuide.

Consecuentemente, si bien no se desconocen los deseos de su padre de hacerse cargo de ella, consideramos que sin perjuicio de mantener por un lapso perentorio de 60 días el régimen de comunicación con su hija, cumplido, y al no obtener un resultado positivo que contemple el interés superior de la niña, deberá darse trámite en la instancia de grado la declaración de adoptabilidad de N., teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el informe de fs. 244/246, cuando en dicha oportunidad, la Sra. Yanina C. Attme -Licenciada en Psicología- y Carolina Ferman -Lic. en Servicio Social-, expusieron: "Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la institucionalización, el cual debería ser de carácter excepcional, transitorio y por el más breve plazo posible, esto de acuerdo a la normativa de protección integral vigente en nuestro país; SE SOLICITA se decrete el estado de ADOPTABILIDAD con la modalidad Simple a fin de que la niña N.L.I., pueda crecer y desarrollarse en un espacio en el que se le garanticen el pleno Ejercicio de sus Derechos y en el que pueda mantener contacto con sus progenitores y tíos a través de un régimen comunicacional fijado".

Ello por cuanto, en cuestiones de familia, donde está involucrada una niña, de escasos años de vida, no alcanza con pregonar intenciones o expresiones de deseos, sino que ellas deben corresponderse con realidades concretas y tangibles, por cuanto el tribunal no puede apostar



conscientemente con la vida y la integridad de los niños, cuya situación tiene que proteger, en lugar de poner en juego.

Máxime cuando la propia jueza de grado tuvo en consideración que el informe presentado por el MSyDS (fs. 248/249), importa la presentación de un dictamen conforme el art. 607, inc. c del Código Civil y Comercial, por lo que en autos no se trata de seguir habilitando o suspendiendo el contacto del padre con la niña, en función de las diversas opiniones emitidas en los informes incorporados a la causa, sino que debe decidirse luego de cumplido el plazo señalado precedentemente, la implementación de manera inmediata de las medidas destinadas a resolver la cuestión relativa a la adoptabilidad de N., a fin de que ella pueda desarrollarse en el seno de una familia que le brinde amor, cuidado y protección.

A su vez, suspender el régimen de contacto implica por ahora una medida extrema, más aún porque de llegar a una adopción simple como se recomienda en el informe de fs. 244/246, la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño, que surge de los efectos que se derivan de este tipo de adopción previsto por el art. 627 del Código Civil y Comercial.

Es más, se observa una tendencia a la flexibilización de los tipos adoptivos, ya que una de las principales novedades que introduce el Código Civil y Comercial, se refiere a la aludida facultad judicial para poder, según las circunstancias del caso, disponer la adopción plena de manera menos plena, es decir, dejando subsistente el vínculo con uno o varios miembros de la familia de origen; o la adopción simple más plena, al mantener intactos los vínculos jurídicos del adoptado con la familia de origen pero crear vínculo adoptivo no sólo con el o los adoptantes, sino



también con algún otro miembro de la familia adoptiva. Esta amplitud o flexibilidad de los tipos adoptivos responde a una necesidad que ha mostrado la realidad a través de algunos planteos jurídicos en los cuáles se ha tenido que apelar a la declaración de inconstitucionalidad del derogado art. 323 que de manera tajante, disponía que la adopción plena traía como consecuencia jurídica ineludible la extinción de todo vínculo con la familia de origen. Manual de Derecho de las Familias, Marisa Herrera, Natalia de la Torre - Silvia E. Fernández, colaboradoras, págs. 580/581, Ed. Abeledo Perrot.

A nuestro modo de ver, el verdadero "Interés Superior de la Niña" no se limita a establecer la conveniencia o no de mantener el contacto con su progenitor, sino que va mucho más allá de esa circunstancia, ya que se perfila en poder brindarle durante su niñez y adolescencia, una familia que le proporcione los cuidados necesarios para su desarrollo.

Así entonces, más allá de que el Sr. D. I. tenga fuertes deseos de hacerse cargo de su hija, los informes confeccionados a lo largo de estas actuaciones judiciales y los dictámenes del MSySS y de la Defensoría del Niño y Adolescente (fs. 212/213, 227/235, 241/246, 290/291, 296/297, 305/306, 310/311), no le han sido favorables, ya que de ellos surge que no ha logrado acreditar que más allá de alguna mejoría en su vida personal, pueda realmente hacerse cargo de la niña.

En el breve plazo acordado, el padre y su letrada deberán tener en cuenta que en todo plan de rehabilitación de la función parental se requiere necesariamente un deber de colaboración con el proceso, las medidas y sugerencias que allí se le indiquen.

Esta conducta es propia de la buena fe procesal y del interés subjetivo que debería tener el progenitor si



quiere revertir las conductas perjudiciales que se le achacan en perjuicio de la niña y, en definitiva, también de él mismo. Nunca puede tener éxito un abordaje programado para la rehabilitación parental, si los padres no se quieren ayudar acompañando las medidas ordenadas.

En función de lo expuesto, y en caso de fracasar el intento en lograr un adecuado régimen de comunicación que redunde en la revinculación del papá con su hija, deberá ponderarse a los fines de la resolución de la presente causa, lo dispuesto en el capítulo 2 -Declaración judicial de la situación de adoptabilidad-, en especial el artículo 607 del Código Civil y Comercial, que establece los supuestos para el dictado de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, a saber:... inc. c) "las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, **no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días**. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. 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. El juez debe resolver la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

En relación al referido artículo se ha dicho: "El Código recepta una práctica muy extendida en el campo de la adopción como es la declaración judicial de estado de adoptabilidad. Se trata de un proceso judicial cuyo objetivo consiste en definir si un niño se encuentra, efectivamente en



condiciones para ser dado en adopción, o que la satisfacción del derecho a vivir en familia se verá efectivizado si el niño se inserta en otro grupo familiar que el de origen..." (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, tomo IV, Pág. 85, ed. Rubinzal-Culzoni).

Cumplido el tiempo establecido -60 días-, y de no revertir el progenitor su conducta, la jueza de grado deberá ponderar las circunstancias particulares del caso y expedirse de manera inmediata sobre la situación de adoptabilidad de la niña, aún cuando pueda ella ser dolorosa para alguna de las partes.

En base a todo lo expuesto, se confirmará el mantenimiento de contacto del Sr. D. I. con su hija, durante el período fijado, en caso de no arribarse a un resultado positivo, la jueza deberá expedirse en forma urgente, sobre la situación de adoptabilidad de N.

Por todo lo expuesto, se habrá de confirmar el auto recurrido y rechazar el planteo de la Defensora en lo atinente al pedido de suspensión de contacto entre la niña y su progenitor. Atento a la forma cómo se resuelve, no se fijarán costas de Alzada.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 312/315, rechazando el planteo de la Defensora en lo atinente al pedido de suspensión de contacto entre la niña y su progenitor.

2.- Sin costas de Alzada, atento la forma como se resuelve.

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



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA