

Voces:

ADOPCION ~ DERECHOS DEL MENOR ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ PERSONA EN SITUACION DE ADOPTABILIDAD

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III(CCivyComMardelPlata)(SalaIII)

Fecha: 20/05/2019

Partes: V. F. M. s/ materia a categorizar

Publicado en: RDF 2020-I , 113, con nota de Guillermina Zabalza;

Cita Online: AR/JUR/33088/2019

Sumarios:

1 . La situación de adoptabilidad de la niña debe revocarse y debe otorgarse su guarda, como sistema de apoyo, a los referentes afectivos que fueron indicados por su madre biológica, ya que la progenitora incesantemente se opuso a que la menor sea dada en adopción, como así también manifestó su deseo de que su tía y su pareja asuman el cuidado de la niña, mientras se recupera —favorablemente— de su adicción a las drogas, decisión que mejor satisface el interés de la niña, resguarda su identidad biológica y que procura preservar sus vínculos fraternos y sus relaciones familiares.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Mar del Plata, mayo 20 de 2019.

1ª ¿Son justas las sentencias obrantes a: fs. 414/424 de la causa N° 167.660; fs. 20/21 y 216/221 de la causa N° 167.090; y fs. 37/38 de la causa N° 161.232? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora Zampini dijo:

I. Antes de analizar las apelaciones traídas a esta instancia trataré los antecedentes de la causa:

En fecha 28 de abril de 2017 el Coordinador del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de Mar del Plata comunica la medida de abrigo de la niña F. M. V. en el domicilio sito ... de esta ciudad, a cargo de la señora A. M. V. Dicha constancia se encuentra agregada a fs. 19 de los autos “V. F. s/ abrigo”.

A fs. 22 de esos autos la Jueza de Primera Instancia considera que se encuentran reunidos los presupuestos normativos para el dictado de la medida de abrigo comunicada. Además, agrega que vencido el plazo dispuesto por la ley para la vigencia de la medida proveerá lo que por derecho corresponda.

A fs. 41/42, a fin de dar un marco jurídico a la situación de F., otorga la guarda provisoria de la niña a la señora A. M. V. hasta que se dé inicio al proceso de declaración de adoptabilidad.

Se presenta la progenitora C. G. V. en los autos “V. F. s/ abrigo” y, a fs. 53, formula acuerdo de delegación de guarda. Allí, afirma que la señora A. no puede cuidar a F. por lo que pone de conocimiento que la niña está con la señora F. M. D. desde que tenía 30 días de edad.

A fs. 57 de esos autos, el doctor O. C., Defensor Oficial subrogante a cargo provisoriamente de la Asesoría de Incapaces N° 2, considera que la magistrada no debía homologar la delegación por no encuadrar dentro de lo normado por los arts. 643 y 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El 29 de mayo de 2018 la licenciada R. V. —Perito Trabajadora Social— presenta informe sobre el grupo familiar de la señora F. D. Allí explica que “...F. de muy corta edad se encuentra recibiendo debidos cuidados por parte de la Sra. D. F. y su esposo, dándole el trato de hija. La niña ha sido integrada al grupo familiar sin dificultades no existiendo contacto alguno con su madre biológica” (fs. 59/60 de “V. F. s/ abrigo”).

En fecha 30 de mayo de 2018 la magistrada de primera instancia revoca la guarda de la niña a la señora A. M. V. y rechaza la homologación de la delegación. Por último da intervención al EANSR a los fines de adoptar la medida de protección de derechos correspondiente.

Finalmente, esta Sala rechaza a fs. 115/123 el recurso de apelación interpuesto por la señora C. G. V. contra ese pronunciamiento.

En fecha 26 de marzo de 2018 inicia la presente acción el doctor O. C., Defensor Oficial en carácter de subrogante provisorio la Asesoría de Incapaces N° 2 Departamental, y solicita la declaración de desamparo y consecuentemente la situación de adoptabilidad de la niña F. M. V.

Como medida cautelar, solicita se otorgue la guarda simple de la niña a postulantes de la lista de

guardadores con fines de adopción que aceptaran los condicionamientos jurídicos que conllevaba el presente caso, y que ocuparan inmediatamente el rol que como padres urgía a la persona menor, hasta tanto ella se encuentre en estado de adoptabilidad firme.

Mediante resolución de fecha 30 de mayo de 2018, la señora jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el Defensor subrogante pues entendió que la niña F. no podía ser acogida por su progenitora biológica ni por miembros de su familia ampliada, y dispuso la selección de postulantes inscriptos en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de adopción.

En la resolución de fs. 20/21 de fecha 4 de junio de 2018, se otorga la guarda de la niña en carácter de medida cautelar a la señora S. A. S. y el señor H. E. B., hasta tanto se dicte la sentencia definitiva.

A fs. 144/156 se presentan la señora F. M. D. y el señor F. A. L. con el patrocinio letrado de las doctoras M. N. A. de R. y M. C., con el objeto de solicitarle a la jueza de origen la protección de los derechos de F. V.

Específicamente solicitan —como medida innovativa— que la niña vuelva a su estado anterior es decir, con la familia de acogimiento que ellos conformaban.

En el mismo acto también dejan solicitada la guarda pre adoptiva de la niña y plantean la inconstitucionalidad del art. 611 del Cód. Civ. y Comercial.

Destacan sobre su escrito de presentación, que la niña F. vivió desde sus primeros días de vida con la familia D. - L., lo que tuvo como consecuencia la construcción de confianza y de apego.

A fs. 170/171 obra acta de audiencia celebrada en la instancia de origen en fecha 2 de julio de 2018 con motivo de la comparecencia espontánea de la progenitora señora C. G. V. con el patrocinio letrado de la doctora S.

Allí manifestó su oposición a la declaración de adoptabilidad de F., a la guarda otorgada y propuso que la niña regrese con la señora F. D. y su esposo.

En fecha 18 de junio de 2018 se presentaron los guardadores designados señora SA S. y H. E. B. con el patrocinio de la doctora SA F. Solicitaron instrucciones respecto de la conducta que debían asumir con los señores L. y D.

El 5 de julio de 2018 se presenta la señora C. G. V. con el patrocinio letrado de la doctora L. M. S.

A fs. 217/222 la sentenciante de origen rechazó la medida cautelar innovativa solicitada por la señora F. M. D. y el señor F. A. L. tendiente a que F. vuelva a su estado anterior con la familia de acogimiento solidaria que integran junto a sus tres hijos.

Para así decidir valoró los informes vertidos por el Equipo Interdisciplinario del Juzgado en que advirtieron indicadores de buena integración funcional entre la niña F. y sus actuales guardadores.

Explica que la progenitora manifestó su intención de que la niña sea reintegrada a la familia de D. y su esposo mientras se rehabilitaba de su enfermedad. Ello, no se coincidía con la actitud asumida por la señora D. y el señor L., toda vez que habían exteriorizado su intención de detentar la guarda con fines de adopción de la niña.

A fs. 241/248 la señora C. G. V. con el patrocinio letrado de la doctora L. M. S., contestó la demanda incoada por el señor Defensor Oficial subrogante a cargo provisoriamente de la Asesoría de Incapaces N° 2 Departamental. Ofreció prueba.

II.1.- La sentencia recurrida en los autos “V. F. M. s/ materia a categorizar” Expte. N° 167.660:

La señora jueza de familia, dicta resolución el 19 de febrero de 2019 —fs. 414/424—, en los siguientes términos: “1) Rechazando la restitución solicitada por la Sra. C. V.; 2) Haciendo lugar a la demanda promovida por la Asesoría de Incapaces, declarando la situación de adoptabilidad de la niña V. F. M., nacida el día 24 de marzo de 2017, hija de la Sra. C. G. V. (DNI N° ...), sin perjuicio de mantenerse el derecho de comunicación entre ambas como así también con la niña A. V.” (sic.)

Para así decidir, explica que en los autos “V. F. s/ abrigo” se desprende que la señora F. D. y el señor A. L. han ejercido la guarda de hecho de la niña F. por un período de tiempo cuya extensión no le resulta clara a raíz de las contradicciones entre las diversas manifestaciones de los sujetos involucrados.

Relata que “...si bien los Sres. L. y D. mediante sus declaraciones testimoniales de fs. 326/332, como así también a través de lo relatado a la Lic. Érica Villaverde (informe de fs. 377/378) han manifestado que durante

el tiempo en que la niña F. permaneció con ellos la Sra. C. V. mantenía contacto con la misma, ello resulta contradictorio con lo que surge del informe de la Lic. R. V. obrante a fs. 59/60 de los autos "V. Fr. s/ abrigo". De dicho informe surge que durante ese período los Sres. D. y L. daban el trato de "hija" a la niña F., y que la Sra. C. V. no mantenía contacto alguno con la niña ni con los nombrados, con excepción de un encuentro en el cual suscribieron un acuerdo de delegación de guarda cuya homologación fuera rechazada por la Suscripta, resolución que fuera confirmada por la Alzada..." (sic)

Más adelante dice que el acercamiento y apoyo brindado por los referentes afectivos para con la señora C. V. se efectuó con posterioridad a la resolución que dispuso la separación de ellos de la niña F. V., pues recién allí manifestaron su predisposición a apoyar a C. en el ejercicio de su rol materno hecho que no sucedió con anterioridad a la circunstancia mencionada.

Precisa que los referentes no ejercen un rol de apoyo a la maternidad de la señora V. sino que pretendía sustituir su función materna, hecho que a su parecer se corrobora mediante la petición de detentar la guarda con fines de adopción de la niña.

Concluye que lo relatado la lleva a la convicción que la señora D. y el señor L. no revisten la idoneidad necesaria para constituirse en figuras de apoyo para la señora V. en ejercicio del rol materno (en el supuesto en que se encontrase apta para ello) y rechazó el reintegro solicitado.

También define la situación jurídica de la niña F. V. Aborda el análisis de los informes obrantes en autos.

Entiende que si bien se demostró su intención de rehabilitarse a su adicción a las drogas para poder recuperar el cuidado personal de sus hijas, cuenta con una historia biográfica familiar que contiene numerosas experiencias de carácter penoso y, en muchos casos, definidas como traumáticas, significativas en la constitución de su identidad.

Resalta que las limitaciones operantes en la dimensión afectiva tienen correspondencia con acontecimientos traumáticos vividos durante su infancia y en etapas de formación de su personalidad.

Explica seguidamente que al momento de la realización de la pericia, el licenciado Battistessa del equipo de profesionales del juzgado de familia informó que la señora C. V.: se encontraba desintoxicada, había logrado adherencia al tratamiento por consumo abusivo de drogas, su evolución es favorable al cuarto mes de su internación y tenía salidas los fines de semana con resultados positivos. No obstante, detalla que el profesional informó que el programa de rehabilitación dura dos años y que durante el segundo se aborda la reinserción social, asociada al logro de la autonomía, adaptación al medio y mantenimiento de los cambios positivos logados.

Agrega que la señora V. se encuentra en la fase inicial del proceso terapéutico y que transita la etapa de ampliación de su autonomía a través de salidas de fin de semana bajo la supervisión de miembros afectivos de referencia.

Explica que si bien resulta positivo el cambio hacia la responsabilidad y el compromiso que la señora C. V. demuestra en los dispositivos y tareas de la institución en que se encuentra internada, no es menos que está centrada en sí misma e interesada en su propio bienestar, y que todas las habilidades que caracterizan un funcionamiento parental están condicionadas a su recuperación y evolución personal.

También pondera que la historia de consumo de la señora V. es concurrente con déficits estructurales de su personalidad asociados a carencias en modelos identificatorios tempranos. Ello, supone la necesidad de abordar áreas de desempeño personal vinculadas con sus capacidades adaptativas que no se reducen al consumo de drogas como único determinante de su condición.

A todo lo anterior, teniendo en cuenta la etapa inicial del tratamiento de dos años en la que se encuentra la madre, y que requiere de cuidados por parte de terceros, concluye que la señora V. no reviste capacidad para el ejercicio del rol materno y que las circunstancias descriptas no permiten predecir cuál será su conducta y su capacidad para el ejercicio del rol materno una vez que superada la instancia de internación y deje de contar con la contención que le es brindada en la institución.

Tampoco encuentra impedimento para que la señora V. pueda mantener comunicación con la niña, llevados a cabo en un contexto controlado.

Valora la situación de la niña al momento de dictar la sentencia y del contacto personal con la madre, todo ello, según artículos 609 inciso "b", 706 y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Al respecto, explica que en fecha 4 de junio de 2018 se hizo lugar al pedido de la Asesoría de Incapaces que

consistía en otorgarle a postulantes inscriptos en el Registro de Aspirantes a guarda con Fines de Adopción la guarda simple de la niña F. V. como medida cautelar al matrimonio conformado por la señora S. S. y el señor E. B.

Posteriormente pone de manifiesto que a los fines de resolver acerca de la situación jurídica de la niña F. V. tiene en cuenta como pauta de decisión su interés superior de conformidad con lo prescripto por la Convención de los Derechos del Niño.

Señala que el estado de la menor no puede depender de los avatares de la vida de su progenitora quien, no obstante haber evolucionado favorablemente en el tratamiento de rehabilitación de sus adicciones, no se encuentra en condiciones de ejercer de manera responsable el rol materno ni tampoco se vislumbra su eventual posibilidad en un tiempo certero ni razonable.

Detalla que se configura el supuesto previsto por la ley 14.528 en su artículo 7° inciso “3”, el cual establece que se decretará la declaración en situación de adoptabilidad de un niño “en caso de que se encuentre vencido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días sin que hayan dado resultado las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada”.

Dice que surge de las constancias de autos que pese a las estrategias y a las intervenciones realizadas por el organismo de niñez tendientes a que la niña pudiera ser acogida por su grupo familiar de origen (en virtud de lo establecido por la ley 13.298 y dec. 300/2005), la progenitora biológica no logró revertir las circunstancias que dieron motivo a la adopción de la medida de abrigo de la niña F. V.

A los fines de satisfacer el interés superior de la niña F. V., garantizando su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que cumpla las funciones afectivas, nutritivas y normativas, entiende que corresponde su declaración en situación de adoptabilidad y su permanencia en el seno de la familia seleccionada del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, manteniendo un régimen de comunicación con su progenitora biológica, Sra. C. V. y su hermana A. V.

Dicho pronunciamiento es apelado por distintas partes:

#### II.2.- Recurso de la asesoría de incapaces:

El doctor H. A. L., en su carácter de Titular de la Asesoría de Incapaces N° 2 departamental interviniente en autos, interpone recurso de apelación mediante escrito electrónico de fecha 1 de marzo de 2019 y lo funda con pieza de igual tenor de fecha 22 de marzo de 2019.

Se agravia por cuanto sostiene que en el caso de autos existe litispendencia de carácter impropia toda vez que la sentencia en crisis resuelve la situación jurídica de F. M. V. y decreta el estado de adoptabilidad de la niña, cuando aún se encuentra en tratamiento ante esta Cámara el recurso de apelación interpuesto por la señora C. V. respecto del rechazo in limine de la acción de restitución de su hija dispuesto en la sede de origen.

También manifiesta que el recurso lo interpone a fin de evitar sentencias contradictorias sin efectuar mérito alguno sobre su contenido.

Corrido el traslado de ley, la doctora S., invocando los beneficios del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Comercial en nombre de la señora V. mediante escrito electrónico de fecha 26 de marzo de 2019, adhiere a los fundamentos vertidos por el titular de la Asesoría.

#### II.3.- Recurso de la señora C. G. V.:

La doctora L. M. S., invoca los beneficios del art. 48 del rito en nombre de su representada y presenta memorial a fs. 450/465.

Los ejes que sostienen la apelación son:

- Violación a los intereses maternos

- Violación al interés superior de la niña (art. 3, 8, 9 CDN), 4 de la Ley 13.298, art. 3 de la Ley 26.061, art. 595 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Se agravia del resolutorio en crisis pues desde su óptica la sentenciante no cumple con la ley provincial N° 14.528 por cuanto prevé expresamente que los progenitores deben manifestar voluntariamente su intención de dar a los hijos en adopción, hecho que nunca ocurrió en autos, sino que la señora C. negó esa voluntad de forma insistente y reiterada tanto de manera escrita como oral.

También denuncia que la a quo, en ese contexto, le imparte trato de carácter discriminatorio y estigmatizante

que ignora totalmente la calidad de madre y sus derechos.

A continuación, resalta que se vulneró su derecho de defensa y se ignoró que su situación era la de una persona enferma. Reiteró que no se la consideró como tal, ni se tuvieron en cuenta sus logros y avances. A renglón seguido citó distintos artículos de la Ley de “Salud Mental” N° 26.657.

Explica que la a quo no tuvo en cuenta las probanzas de fs. 12 del expediente de abrigo conexo al presente. Al respecto afirma que allí comenzó a dejarse de lado la figura materna y su deseo de recuperarse de su enfermedad para criar a sus hijas.

A fs. 14 obra la entrevista y a fs. 15 de esos autos sostuvo el pedido de ayuda.

Entiende que se violó la Ley de Protección Integral a las mujeres, la Convención Internacional de los Derechos Humanos y el Protocolo sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

También estima agraviado el interés superior de la niña F., pues no se valoró ni se tuvo en cuenta el daño en la niña al arrebatarla del hogar donde permanecía con la anuencia y voluntad de su madre. En efecto, se ordenó sin más su traslado a otro lugar.

Relata que en el testimonio del pediatra Falcone, se explica que la forma en que fue arrancada la niña del domicilio de sus guardadores donde permanecía desde los 40 días de nacer le ocasionó daños y se trató de un procedimiento propio de la justicia inquisitoria que de ninguna manera puede ser apropiado para el fuero de Familia, por los derechos comprometidos. Precisa que todo ello quedó demostrado a través de las pruebas documentales acompañadas, testimoniales y dictámenes de los profesionales de la salud mental.

También sostiene que la actitud de la jueza no sólo implica separarla de su madre, sino de su entorno, origen, filiación, familia materna, hermana y otros referentes afectivos.

En diversas oportunidades manifestó su oposición a la declaración de adoptabilidad de las niñas y la intención de concluir la rehabilitación para recuperarlas, como en el caso de la audiencia cuya acta obra a fs. 318, donde ella ratificó su negativa y la a quo desoyó dicha voluntad, minimizando los avances logrados y considerándola como irrecuperable. Agregó que ni siquiera se ponderaron sus declaraciones testimoniales de fs. 325/333 y 341/342.

Cita el Dictamen del Procurador General de la Nación en los autos “I., J. M s/ Protección especial”, y aclara que desde el poder administrativo nunca se elaboró un sistema de apoyos a fin de asistirle tanto en su enfermedad como en ejercicio de su función materna y que como resultado de ello, se dispuso la adoptabilidad de la niña F. sin tener en cuenta su Superior Interés.

También se agravia del sentido de la sentencia dictada.

Por un lado cuestiona que la a quo se haya expedido sobre la restitución toda vez que se encuentra pendiente el tratamiento de la apelación del rechazo in limine de la acción de reintegro y por el otro critica la declaración de situación de adoptabilidad pues desde su óptica resulta contraria a las disposiciones legales y procesales, y a su manifestación en reiteradas oportunidades de oponerse a ello.

Se desconforma con el rechazo de los referentes afectivos y sus apoyos.

Al respecto, explica que no se obró con prudencia al momento evaluar los informes de los profesionales.

También, explica que el agravio se configura en la parte del decisorio que considera a D. y a L. como inidóneos para constituirse como figuras de apoyo. A su criterio, la calidad de ellos para serlo se encuentra suficientemente probada en autos.

Agrega que los referentes no abonaban ni abonaban su tratamiento pues posee una beca del Sedronar; que mantiene contacto con ellos desde el momento en que ejercieron de una forma u otra el cuidado de sus dos hijas, además de ser una familia cercana a ella; que apoyaron su decisión de internarse mucho antes de la formulación de la delegación de la guarda y que en ningún momento intentaron sustituir su función materna.

Resalta que la a quo incurrió en una contradicción pues en la causa “abrigo” los calificaron como “apoyos” y en la sentencia apelada la jueza dijo que no revisten idoneidad necesaria para constituirse como tales.

Remarca que se omitió la consideración de pruebas producidas para fundar la decisión que se cuestiona. Discrepa con el modo en que se las valoró porque, según sus dichos, sólo se consideraron los informes vertidos por los profesionales provenientes del juzgado de origen.

III. La sentencia recurrida en los autos “V. C. G. c. B. H. E. y otro/a s/ reintegro de hijo” Expte. N° 167.232:

La jueza a quo rechaza in limine, a fs. 37/38 la demanda de restitución interpuesta por la señora C.

Entiende inadmisibile el planteo incoado dado que se pretende la modificación de la resolución dictada en los autos “V. F. s/ Materia a Categorizar”, donde se otorgó la guarda de la niña al matrimonio S. - B.

Cabe destacar que dicho resolutorio fue apelado y originó la elevación del cuadernillo previsto en el art. 250 del digesto ritual.

La resolución fue apelada por la parte actora mediante escrito electrónico de fecha 21 de noviembre de 2018 y fundado mediante pieza de igual tenor de fecha 15 de diciembre de 2018.

Relata que el rechazo in limine es una potestad de carácter excepcional que debe ajustarse a supuestos de manifiesto incumplimiento de los recaudos del art. 330 del digesto adjetivo, y calificar el escrito de demanda como una pieza inoficiosa.

El hecho de no haber contemplado la excepcionalidad de ese atributo —explica— provoca un daño a la actora y a su hija F., colocándolas en un estado de indefensión absoluta.

IV. Las resoluciones recurridas en los autos “V. F. M. s/ materia a categorizar (Art. 250 del CPC)” Expte. N° 167.090:

IV.1.- A fs. 20/21 luce copia de la resolución apelada donde la sentenciante le otorgó la guarda de la niña F., como medida cautelar, al matrimonio S. - B. hasta tanto se dicte la sentencia definitiva.

Para así decidir, relató que la medida adoptada es a los fines de evitar la institucionalización de la niña y de garantizar su derecho a vivir en el ámbito de una familia que le brinde los cuidados que necesite lo que hacía a su interés superior.

IV.2.- A fs. 216/221 rechazó la medida cautelar innovativa solicitada por la progenitora, mediante la cual se pretendía que F. vuelva a su estado anterior con la familia de acogimiento solidaria conformada por F. D., su esposo A. L. y sus tres hijos. También, habían solicitado la guarda pre-adoptiva.

Fundó su decisorio en el hecho de que la medida cautelar innovativa solicitada guardaba estricta relación con lo que había resuelto en los autos V., F. s/ abrigo.

Explicó que habiéndose evaluado por el Equipo Interdisciplinario del Juzgado que la niña se había adaptado satisfactoriamente a la vida diaria del grupo familiar B. - S., y no se habían evidenciado signos de angustia ni ansiedad, correspondía rechazar la cautelar solicitada.

IV.3.- La accionante C. G. V., con el patrocinio letrado de la doctora L. M. S. interpuso recurso de apelación tanto contra la resolución que otorgó la guarda como medida cautelar al matrimonio B. - S. como contra la que rechazó la precautoria innovativa.

En la fundamentación de fs. 283/290 destacó que la a quo no tuvo en consideración el informe socio ambiental realizado en el hogar donde residía su hija F. desde los 40 días de vida ni tampoco lo solicitado por el señor Asesor de Incapaces por cuanto había propuesto la realización de una audiencia integral con todas las partes intervinientes.

Dichos argumentos fueron contestados a fs. 302 por la señora S. y el señor B., con el patrocinio letrado de la doctora S. A. F. Allí manifestaron que el tratamiento de los recursos había caído en abstracto en razón de que esta Alzada ya había resuelto el rechazo de similares apelaciones con fechas posteriores a la de los recursos planteados.

#### V. Tratamiento de los recursos interpuestos

##### V.1.- Aclaración sobre el nombre de pila:

De acuerdo a la partida de nacimiento que en copia se encuentra agregada en autos (v. fs. 373 Expte. N° 167.090), la niña cuyos derechos son objeto de protección se llama F. M. V. y nació el día 24 de marzo de 2017, sin embargo se observa que en numerosas piezas de los expedientes judiciales: carátulas, escritos, resoluciones, etc. —algunas de ellas precedentes a la partida de nacimiento—, la grafía del nombre de pila de la niña tiene agregada una letra “h”: F.

Consecuentemente a efectos de despejar cualquier duda acerca de la identidad de la niña corresponde aclarar que “F. M. V.” y “F. M. V.h”, es una única y misma persona, por lo que las variaciones que puedan hallarse en la ortografía de su nombre de pila a lo largo de éste pronunciamiento (muchas de las cuales responden a la transcripción literal de los escritos presentados) deben ser interpretadas en el sentido antes indicado, es decir,

como referidas a la misma niña.

#### V.2.- La mirada del caso.

Antes de pasar a analizar los agravios planteados, y sin perjuicio del prisma general que impone el interés superior del niño —del que habré de ocuparme en los próximos considerandos— estimo pertinente establecer algunas reflexiones generales en cuanto: al plexo normativo, la sentencia, el rol del juez y el deber de informar por parte del servicio de justicia que debe primar en la materia:

V.2.a.- Desde el aspecto normativo, debe tenerse en cuenta la protección de la familia reconocida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la normativa internacional de conformidad con el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional (Convención sobre los derechos de niños de las Naciones Unidas; Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), el art. 36 incs. 1°, 2°, 4°, 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las normas del Cód. Civ. y Comercial, las leyes 26.061, 26.657, 23.894, 26.485, las leyes provinciales N° 13.298 y 14.528 y Convención de Belén do Pará; Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad —Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador"— Recomendación General N° 19 CEDAW, Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos del Niño, entre otras.

V.2.b.-En las sentencias en materia de familia con mayor rigor debe cumplirse con la exigencia que impone que, además de motivadas, no resulten arbitrarias, y se debe resolver teniendo en consideración la situación que se presenta en cada caso en concreto.

Los tribunales debemos ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho respecto de niños, niñas y adolescentes, con lo cual deben mantenerse aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (argto. conf. jurisp. CSJN Fallos: 328:2870 y 331:147 y en el mismo sentido SCBA causa N° 119.702 del 11/02/2016 y causa N° 116.536 del 21/10/2015; y publicado en LA LEY 27/07/2015, 6 con nota de Marisa Herrera; LA LEY 2015-D, 203, con nota de Marisa Herrera, DFyP (agosto), 77, con nota de Graciela Medina; LA LEY 06/08/2015, 5, con nota de Graciela Medina; LA LEY 2015-D, 269, con nota de Graciela Medina; DJ 26/08/2015, 24, con nota de Romina A. Méndez y Eduardo G. Roveda; DJ28/10/2015, 24, cita Online AR/JUR/14754/2015).

Al momento de dictar sentencia debemos despojarnos también de nuestros propios prejuicios para hacer una valoración objetiva del caso planteado (argto. conf. doct. “El rol del juez en los conflictos con personas menores de edad a la luz del Cód. Civ. y Com. de la Nación y del Código procesal modelo de familia”, publicado en Derecho de Familia/1 “Relaciones entre padres e hijos” en Revista de Derecho Privado y comunitario 2016/1, p. 333 y ss. por Gabriel Eugenio Tavip; conf. CSJN, fallos 306:1472, 318:1428, 313:1232 citado por Ricardo Luis Lorenzetti, “Teoría de la decisión judicial: Fundamentos de derecho” Ed. Rubinzal, p. 273 y ss.; Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales).

Los casos de cuidado y custodia de niños, niñas y adolescentes se deben analizar a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto en el bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, con miras de su bienestar. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales del padre o de la madre, o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (argto. jurisp. CIDH causa “Fornerón e Hija c. Argentina”, del 27/04/2012).

Los pronunciamientos judiciales que se construyen sobre la base de estereotipos, o especulaciones de esa especie, merecen ser descalificados.

En sentido ilustrativo, cito a continuación palabras del doctor De Lázari, en la causa N° 72.474, donde tras señalar que “...la sentencia en crisis se basa en ideas estereotipadas acerca de lo que es la violencia doméstica, que no permitieron reconocer la distinción del contexto de violencia para determinar las medidas que correspondía adoptar, y como derivación de esa mirada limitada de los hechos, no toma en cuenta el derecho aplicable que obligaba al Estado a dar otra respuesta...” concluyó que “...Las circunstancias requerían un abordaje que ampliara el contexto y tuviera en cuenta los condicionamientos de género y las obligaciones especiales de protección a los niños (Observación General N° 13, Comité sobre los Derechos del niño punto 5) para evaluar la gravedad del riesgo a la luz del referido principio de debida diligencia, en pos de garantizar a la mujer el derecho a vivir libre de violencia y a los niños el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia

y que también estos últimos estuvieran alcanzados por el principio del interés superior (v. puntos 9 de la Comunicación N° 47/2012, CEDAW; 32 de la Observación General N° 13, Comité de los Derechos del Niño; art. 2 'd', CEDAW)...” (conf. SCBA, causa N° 72.474 del 28/11/2018).

Siguiendo el temperamento enunciado, entiendo que el buen arbitrio sobre la materia en el ejercicio jurisdiccional —despojado de cualquier principio o preconcepto malogrado— conducirá irremediablemente a una solución contemplativa e integral de los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes, teniéndose en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente.

V.2.c.- Por otra parte, en estos temas tan sensibles, en que intervienen diversos sujetos de derecho, se requiere con mayor precisión brindar la información adecuada a quienes interactúan en el proceso.

Es así que, más allá de integrar el Poder Judicial, lo cierto es que prestamos un servicio a usuarios que requieran justicia y, como tales, son de aplicación los mismos principios que en cuanto al deber de información rigen en materia de derechos de los consumidores y usuarios (argto. arts. 2 y ccdts. Ley. 24.240, 42 de la Const. Nac. y Tratados Internacionales, 38 de la Const. Pcial., Congreso de la Oralidad, Mendoza, Octubre 2018).

El deber de informar consagrado en la normativa constitucional no hace más que corporizar el mandato de tutela enunciado por el constituyente. También, el art. 4° de la citada ley traduce en su dispositivo normativo un principio general del derecho: el derecho a la información del usuario y el correlativo deber de información impuesto al prestador.

Los términos “adecuada y veraz” que expresa el art. 42 de la Constitución Nacional y califican el deber de información - cuyos alcances hago extensivos a la prestación del servicio de justicia— en definición de la Real Academia Española, significan las calidades de: “apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo” y “que dice, usa o profesa la verdad”, respectivamente..

Es decir que este deber constitucional se relaciona con su certeza, veracidad y comprobabilidad, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra claramente más débil en la relación carece. Además, la adecuación y suficiencia de los medios de información se vinculan inexorablemente con su instrumentación en tiempo oportuno mediante mecanismos comprobables.

V.2.c.i.- Me permito apartarme del marco generalizante del presente considerando, para anticipar aquí que en el caso de autos no ha sido adecuada la información suministrada a los distintos actores que convergen en el proceso (argto. art. 42 de la Cosnt. Nac.).

Observo que no le ha sido informado a la señora C. V. cuál era la situación de la menor F., ni a los referentes D. y L., como tampoco se les explicó a los señores B. y S. los alcances y proyecciones de la guarda.

En el marco del abrigo la ausencia de adecuada información complejizó el conflicto, cuando se sugirió desde el órgano jurisdiccional que para regularizar la situación de hecho en la que se encontraba F. (y A.) se presente un convenio de delegación de guarda, que finalmente aparejó la modificación de la situación jurídica.

Al respecto, en la oportunidad de celebrarse la audiencia videograbada en esta instancia (del 25/02/2019) en el ámbito del expediente del art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (—causa 167.090—), la doctora S. expresa: “Quiero aclarar algo porque yo estuve ese día en el Juzgado. A pesar de que fuimos atendidos por personal del Juzgado. (...) Lo que quiero aclarar es que nosotros fuimos al Juzgado a manifestar esta situación y nos atendieron con la doctora A. B., y le explicamos lo que sucedía que la señora

A. V. (tía de C.) no podía hacerse cargo de las niñas, de su hija y de la hija de C., porque no sabía qué duración iba a tener y que en realidad en los hechos la gente que se estaba haciendo cargo era este matrimonio. Esto fuimos a decirle al Juzgado y nos atendió la doctora A. B. Le explicamos y le dijimos cuál era la mejor figura, cómo podíamos presentarnos, y ella nos dijo que hiciéramos una delegación de guarda de la mamá a favor del matrimonio y que fuéramos al Juzgado. De hecho fuimos todos al Juzgado, C., el matrimonio y la tía y nos atendió una persona de mesa de entradas (...) y pasaron al juzgado atrás de la mesa de entradas y firmaron. Eso fue lo que sucedió. En el Juzgado porque fue el Juzgado el que nos dijo que hiciéramos eso” (sic videograbación 1:21:00).

Por su parte, en la citada audiencia, la señora C. V. no sólo volvió a destacar que no quería entregar a su hija en adopción, sino que también le recordó a este Tribunal que ella se lo había hecho saber en reiteradas oportunidades a la Jueza de grado (conf. art. 16 CN y doct. Lucas S. Grosman “Escases e igualdad - Los Derechos Sociales en la Constitución”, Ed. Librería, ps. 65 y ss.; César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco “Juicio a la Exclusión - El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur Global”, Siglo XXI editores, Argentina, págs.; Joaquín P. Da Rocha, “La Balanza de la Justicia”, Editorial Ad-Hoc; Andrés Gil

Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, “Derecho Constitucional de Familia”, Editorial Ediar, 2012, p. 703; Medina Graciela, “Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 reglas de Brasilia. En Género, Discapacidad y Pobreza” LA LEY 14/11/2017, 1 - LA LEY 2017-F, 663).

Sobre la voluntad de entregar a sus hijas en adopción, su negativa fue tajante: “No, ni loca. Yo no quiero entregar a mi hija. No, yo quiero tener a mi hija” (sic 00:19:00 de la videograbación de autos 167.090).

No escapa de mi apreciación que dicho temperamento ya había sido manifestado por la madre en reiteradas ocasiones durante la tramitación de la causa (vgr: audiencia de fs. 170/171, volveré sobre esta cuestión más adelante).

Explicó también que ya había intentado comunicárselo a la jueza de grado: “...se lo dije. Yo tuve cuatro audiencias. En una le dije que si quería me hacía una carpa abajo para repetirle que no las quería dar en adopción. Yo me opongo a que mi hija vaya en adopción...” (sic 00:19:14 de la videograbación citada).

Con respecto a la señora D. y al señor L., señalaron que ha sido la señora Jueza a quo quien le sugirió que se anotaran en el registro de guardadores con fines de adopción en el momento en que fue retirada la niña F. de su guarda, cuestión que, vale aclarar, luego fue valorada en la sentencia en demérito de la idoneidad de dichos referentes para ser considerados como apoyo en la maternidad (v. fs. 417 vta. segundo párrafo)

Específicamente, la señora D. dijo: “Nosotros siempre estuvimos dispuesta a ayudarla, si en algún momento en el expediente figura que nosotros nos anotamos en el listado de adoptantes, fue porque en el primer día que a nosotros van a nuestro domicilio y arrancan a F. de la manera que lo hicieron, cinco hombres arrancan a la nena, fue porque en esa desesperación voy al juzgado y pido que por favor me atienda la jueza. Me atiende y dice ‘vos no estás en ningún listado de adoptante la nena va a ir en adopción’. Le digo que yo la estoy cuidando a la nena, ella tiene su mamá. Ella dijo ‘no, no, anótate en un listado de adoptantes’. Ante esa desesperación que le digo ‘vamos a anotarnos’” (sic videograbación, 1:24:50).

Pero sin lugar a dudas la muestra más acabada de la ausencia de información adecuada se proyecta con relación al señor B. y la señora S.

Es sabido que para la selección de los postulantes inscriptos en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, resulta insoslayable, a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, tomar en cuenta, entre otras pautas “las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendientes adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente” (art. 17 de la ley 14.528).

La consideración de dichas pautas, para seleccionar a postulantes para la asignación de una guarda simple o de una preadoptiva, presupone necesariamente transmitirles información acerca de la niña, niño o adolescente, pues de qué otro modo podrán tomar una decisión responsable, consiente y sincera sobre la delicada función que evalúan asumir, o habrán de respetar el derecho a la identidad y origen de un niño, niña o adolescente cuyas circunstancias personales e historia de vida ni siquiera conocen.

Los guardadores también aseguraron no estar debidamente informados sobre la situación de la niña y del reclamo de su progenitora.

Específicamente, al ser preguntados sobre si sabían que la madre no quiere dar a su hija en adopción, respondieron que no, y agregaron:

Señor B.: “De movida no sabíamos nada. A nosotros nos llaman desde el tribunal y nos dicen que hay una nena para dar en guarda, si estábamos dispuestos y dijimos que sí. Nos preguntaron si queríamos ser padres nuevamente y dijimos que sí. Preguntamos si era seguro porque ya nos habían llamado una vez del tribunal y nos habían dicho después de que nos hiciéramos todos los estudios nos dijeron que hay una señora que no tiene hijos, que a ella que se lo vamos a dar. Nosotros dijimos para que nos llaman y nos crean falsas expectativas. En este caso preguntarnos si era seguro y nos dijeron que si” (sic 00:50:55 de la videograbación citada).

Se les preguntó a continuación sobre los alcances de la guarda, transcribo a continuación las respuestas obtenidas:

Señor B.: “Desde el Tribunal no nos informan nada a nosotros”.

Señora S.: “Nos dijeron que estaba por salir la adoptabilidad”.

Señor B.: “Hay una nena que está por salir el estado de adoptabilidad y ustedes tienen los requisitos que

necesitamos. Dijimos sí. No sabíamos que tenía hermana, que tenía madre, ni que existía. Solo que la habían sacado de un domicilio que no sabíamos de quiénes era. Después de unos meses salió las visitas con A. y nosotros dijimos ‘tiene una hermana’” (todo textual de la videograbación).

Insisto, es de vital importancia informar a los guardadores seleccionados del Registro de Aspirantes sobre la situación de la niña, niño o adolescente, los trámites del proceso, su finalidad, como así también los concretos alcances de la guarda que le ha sido otorgada, y de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para que durante el tiempo que demanda el trámite judicial tengan claramente definido cuál es su rol y el lugar que ocupan en la vida del niño que se encuentra bajo su cuidado.

Solo en la medida en que conozcan las circunstancias del caso y las eventuales consecuencias del proceso podrán expresar su sincera voluntad a la hora de asumir la guarda, y prestar la colaboración que las circunstancias de cada caso requiere para que garantizando en todo momento el respeto de los derechos del niño el procedimiento cumpla su finalidad, que no es otra que la de establecer, en primer lugar, si el niño, niña o adolescente se encuentra efectivamente en situación de adoptabilidad.

La falta de información o las ambigüedades en esta materia son campo fértil para generar falsas expectativas, confusión de roles (guardadores que asumen el rol de padres, anticipadamente) e incluso, mala predisposición de quien se encuentra a cargo del cuidado del niño para facilitar el cumplimiento de actos que son trascendentes en la etapa del proceso como los relativos al régimen de comunicación del menor con sus progenitores biológicos.

Precisamente, en el sub lite, el contacto y comunicación de F. con su madre C. V. se ha visto obstaculizado, como explicaré más adelante, y una de las causas puede hallársela en la falta de información que primó en el proceso en torno a la niña, su historia de vida y la de su progenitora que la reclama.

Recapitulando, de las declaraciones recibidas en la audiencia (del 25/02/2019) que se transcriben surge que las personas adultas que hoy intervienen en el proceso no han sido informadas con claridad acerca de la situación de conflicto.

Hay confusión entre los conceptos y alcances de la guarda y la adopción.

Todas estas aristas no han sido explicadas. Por ello, los Jueces debemos tener cautela para no producir más conflictos de los que naturalmente ya envuelven al caso que demanda su intervención, y ello se evita y subsana proveyendo un adecuada y veraz información cada vez que resulte necesario.

Finalmente, agrego que tampoco permitió el juzgado de origen que se celebre una audiencia integral que posibilite dialogar, plantear estrategias y buscar soluciones para resolver la situación de F., pese a que ello fue peticionado en reiteradas ocasiones.

En efecto, en fecha 12 de julio de 2018, el doctor O. C., Defensor oficial subrogante a cargo de la Asesoría de incapaces N° 2 (amen de haber sido quien inició el presente expediente tendiente a la obtención de la declaración de la situación de adoptabilidad), solicitó una audiencia porque estimó que era “la forma más apropiada de revisar la situación de F., de no someterla a un tironeo entre los presentados, evitando con ello que el paso del tiempo consolide situaciones de hecho ... a los fines de instrumentar la mejor alternativa en pos del interés superior de la persona menor”.

Peticiones de igual tenor fueron formuladas en el dictamen presentado en el escrito electrónico del 3 de agosto de 2018 (a las 11:42), y por la señora C. V. al contestar la demanda.

Entiéndase que el Asesor pudo advertir de ante mano la situación conflictiva que hoy nos ocupa, pero al no proveer su solicitud se ha desperdiciado una buena oportunidad para mitigar los conflictos que incrementa el paso del tiempo.

V.3.-. Sentado lo anterior, me referiré a los agravios planteados por la señora C. V. en relación la los derechos de la madre, su situación de vulnerabilidad y salud mental.

La señora C. G. V. es una mujer de 28 años de edad, que carece de la contención de su familia biológica —solo cuenta con la red de apoyo de sus referentes afectivos— que se encuentra en situación de vulnerabilidad y en su momento tuvo un uso problemático de drogas ilícitas (art. 4 ley 26.657, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de Salud Mental, res. 46/119 de la Asamblea General de la ONU, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, supl. A/46/49, 1991, N° 49, anexo 188/192, documento de la ONU, art. 14, Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles; Comité de Derechos Humanos Observación General N° 32, art. 14, El derecho a un juicio imparcial y

la igualdad ante los tribunales y Cortes de Justicia del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, punto 21).

Hoy C. se encuentra en tratamiento en la Posada del Inti y según los informes de dicha institución en franca recuperación. Afirman que no ha tenido recaídas y que en todo acto procesal reclama por sus hijas, que ha terminado el secundario y realizado un curso de manipulación de alimentos.

Ha accedido al servicio de justicia pero no ha sido escuchada su voluntad, poniéndola en una situación de desigualdad jurídica que agrava la vulnerabilidad que padece (conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.29 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párrafs. 48-94, citado por Medina, Graciela “Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad.

La Regla tres de Brasilia, determina que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

De la prueba producida surge, que la madre no ha sido atendida en sus reclamos, pues en varias oportunidades le manifestó a la señora jueza de familia (y ante este Tribunal) su negativa a entregar a la niña en adopción.

A lo largo del proceso, el sistema judicial ha dificultado y puesto barreras para que pueda ejercer efectivamente sus derechos, proporcionando información imprecisa sobre el marco jurídico que derivó en el retiro de la guarda delegada a los referentes afectivos, o reconociendo un régimen de comunicación con su hija F. que resultó inoperante, colocando a C. V. en un objetivo plano de desigualdad de oportunidades, en particular con respecto a quienes perseguían el dictado de la declaración de adoptabilidad (conf. art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y 7, 8, 9, 25 de CADH).

Recuerdo lo mencionado por la progenitora al presentarse espontáneamente en la audiencia cuya acta obra a fs. 170/171. Allí, destacó su oposición a la declaración de adoptabilidad de F. y a la guarda otorgada y transmitió su deseo de que la niña vuelva con la señora F. D. y su esposo.

Específicamente, quedó asentado: “Inició los trámites para realizar un tratamiento de rehabilitación de adicciones y el próximo jueves será internada en Posada del Inti; manifiesta que separaron a sus hijas porque F. y E. vivían a tres cuadras y las niñas se veían permanentemente, que ello desconocía el trámite de adoptabilidad de F.; expresa que su intención es poder recuperarse y que, mientras tanto, F. pueda estar con F. a quien C. considera con su mamá; desde el 8 de junio no la puede ver”.

La madre, por su enfermedad, se encuadra en el art. 4 de la ley de Salud Mental, pero lo cierto es que de los informes de la Posada del Inti agregados a estos autos surge que se encuentra en recuperación.

Los fines de semana cuando la señora C. sale de la Posada del Inti permanece en el hogar de la señora D., el señor L. y su familia (hasta el presente, v. informe de fs. 487/489 expte. 167.660).

Según el licenciado B. (terapeuta personal de C.) y del licenciado G. —Director de la Posada del Inti— la progenitora no ha tenido recaídas.

Específicamente, el licenciado B. dijo “Creo que desde el día uno quedó claro que lo que más la motivaba a ella en ese cambio tan difícil que es recuperarse de una adicción siempre fue el contacto con sus hijas (...) Desde que yo la atiendo, no presentó ninguna recaída en consumo (...)

Trabajamos en todo lo que sería prevenir en volver al estilo de vida que tenía antes y prevenir recaer en el consumo” (00:29:56 de la videograbación).

También el licenciado G., agregó “Hoy ya entendemos que la función materna no es un instinto sino una construcción, que debe ser acompañada por variables ambientales, resultan penoso también muchas veces, esto es una opinión personal mía, ciertas decisiones que no contemplan estas características. Por qué no proponer, pensar su potencial función materna parental en determinadas condiciones que sean favorables, que tenga esa oportunidad como es hoy que no está en consumo” (00:33:00 de la videograbación).

No desconozco la historia de vida, la enfermedad que C. padece, ni la evolución de su tratamiento.

Los informes de fs. 358/359, 360, 361/362 de la Posada del Inti coinciden también con lo descripto por la señora Juez de Primera instancia al afirmar que ha tenido importantes avances y cuenta con el acompañamiento de los profesionales de la institución y con la contención formal del matrimonio D. L.

Observo que C. con el apoyo de sus referentes esta revirtiendo los comportamientos que motivaron la medida de abrigo, y los resultados son positivos y que, además, en esa tarea cuenta con el apoyo y contención de sus afectos, personas idóneas para procurar a su hija los cuidados que necesita mientras culmina el tratamiento.

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental que encuentra amparo en nuestra Carta Magna y distintos artículos a saber: arts. 14 bis, 33, 41, 42, 75 inc. 18° y 19°.

También, los Tratados Internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22° se lo recepta este derecho fundamental: el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 3 y 25 inc. 1° de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos.

C. V. tiene derecho al tratamiento de su salud, que significa el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona en forma personalizada y en un ambiente apto en que se preserve su intimidad con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación (Famá, María Victoria, Herrera, Marisa, y Luz, María Pagano “Salud Mental en el Derecho de Familia, Ed. Hammurabi”. argto. art. 12 Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conf. jurisp. CSJN, Fallos: 328:4832 citado por Bazán, Víctor “Derecho a la salud y justicia constitucional - Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema” Editorial Astrea, p. 117).

La ley 26.657 parte de la presunción de la capacidad de todas las personas.

Vinculado con ello diré que los informes presentados descartan la existencia de patología psiquiátrica de C. V., y no niegan aptitud para ejercer rol materno de manera asistida (v. informe de la Lic. Vázquez de fs. 14/16 del Expte. 166.577; informe de evolución del Lic. González de fs. 358/359, informe psiquiátrico del Dr. Álvarez de fs. 376 del Expte. 167.660).

Tampoco se ha ordenado la privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de la progenitora (conf. arts. 638, 641 y ccdds. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y conf. doct. “La Guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer”, Medina Graciela, Publicado en DFyP 2012, —enero febrero—, del 01/01/2012).

No toda madre que se encuentre internada en una institución tendrá a su hijo/a viviendo en un hogar. Lo esperable ante la internación de una mujer es que el padre del niño/a (y/o su familia) lo/a puedan cuidar hasta que su progenitora se recupere y sea externada, lo cual —siguiendo la lógica de la ley 26.657— debería ser en el corto plazo. Sin embargo, la práctica demuestra que las circunstancias propias de la vulnerabilidad (y la falta de red socio familiar de muchas personas) generan que, ante la internación de la madre, el hijo/a quede completamente desprotegido/a y los organismos de protección de la niñez terminen adoptando una medida a su respecto (argto. conf. doct. Budich, Marcelo A. y Muñoz Genestoux, Rosalía, “Participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales de control de legalidad, ley 26.061 y control de internación, ley 26.657 - Maternidad Adolescente y Salud Mental”, Publicado en RDF 2018-VI, 285).

La circunstancias actuales del estado de salud de la madre, y de la evolución del tratamiento terapéutico, ponen en evidencia que si bien no se encuentra preparada para ejercer en forma autónoma la maternidad, si existe la posibilidad de ejercerla de forma asistida, por lo que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar la situación jurídica de Francesca (v. informe del perito psiquiatra Dr. M. A., fs. 376 vta., e informe del perito psicólogo, Lic. Bastitstessa de fs. 343/345)

V.4.- La solución del caso: el interés superior del niño; el ofrecimiento de asumir la guarda por parte de los referentes afectivos y la falta de agotamiento de las posibilidades de que F. viva en su familia de origen:

V.4.a.- Interés superior:

En todas las fuentes normativas nacionales e internacionales se habla acertadamente del interés superior del niño como guía y parámetro para dilucidar los conflictos que puedan suscitarse en torno a sus derechos.

Como primera aproximación, reparo que “el principio general del interés superior del niño integra el conjunto de derechos y garantías constitucionales, como norma de primer rango y como principio anterior del derecho positivo, destinado a la protección de los más débiles” (Perrino, Jorge Oscar; “Impugnación de la

Paternidad Matrimonial. La exclusión de la Madre y del Pretenso Padre Biológico” En La Filiación: sus Desafíos Jurídicos, Hoy Buenos Aires: Educa, 2010).

El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN o Convención, indistintamente), incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas que lo afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El doctor Pettigiani tomando en cuenta la Observación General N° 14 [2013] del Comité de los Derechos del Niño ha precisado que: "...El superior interés del menor debe ser entendido como un concepto triple: Por un lado, a) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, b) un principio jurídico interpretativo fundamental si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, c) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho..." (SCBA, causa C 121036 sent. del 29/11/2017, el destacado no es de origen).

El respeto de ese valor fundamental impone como nota distintiva de la decisión judicial en materia de protección de personas la necesidad de hacer un juicio sobre lo que pueda acontecer en el futuro del menor a quien se dirige la tutela legal, de acuerdo a su mejor interés (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; argto. jurisp. CACN, Sala J, Expte. 45.929, sent. del 12/04/2019).

En tal sentido, nuestro Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires ha precisado que el interés superior del niño, niña o adolescente conlleva a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño, y obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ellos ha de valorarse el impacto de la decisión en su futuro (SCBA, causa C118315 “R., M. M.” sent. del 27/05/2015).

Precisamente, en el concreto análisis axiológico de las decisiones judiciales y de la proyección de sus consecuencias radica la diferencia entre que el interés superior del niño se constituya en un argumento meramente dogmático con pretensiones legitimantes del pronunciamiento judicial adoptado u opere efectivamente como el valor fundamental que es.

#### V.4.b.- Subsidiariedad del instituto de la adopción:

Atendiendo al interés superior, quiero destacar que la Convención dispone que la vinculación de un menor con sus “padres” (en términos generales) constituye un derecho del que, en principio, no puede ser privado. Es que la separación de ambos solo es procedente cuando las circunstancias del caso presentan una gravedad tal que así lo aconsejen, utilizándose al efecto un criterio restrictivo.

El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en resguardo de su interés superior, para optar por separarlo de aquella y, en todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (esta Cámara, Sala Segunda, causa 165.987, RSD 243 del 11/10/2018; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa. "Familia de Origen vs. Familia Adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción"; LA LEY, 2011-F, 225).

Con fundamento de orden constitucional y apoyado en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7, 8, 9, 20 CDN, 14 y 75 inc. 22., CN), la declaración de la situación de adoptabilidad requiere una investigación previa de la real situación de abandono del menor que se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a la salud, seguridad y educación de éste por parte de las personas a quienes compete dicha obligación y deriva supletoriamente de la tutela pública estatal. Es decir que importa el desarrollo de un procedimiento que indaga acerca de si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las posibilidades de continuidad del desarrollo conjunto y en la vida familiar (argto. jurisp. Causa 45.929 antes cit.).

Ello caracteriza al instituto de la adopción como el último recurso de protección infantil.

El art. 594 del Cód. Civil de la Nación, define a la adopción como la “...institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser

proporcionados por su familia de origen..."

La figura tiende a poner fin a la incertidumbre que gira en torno a un niño en situación de vulnerabilidad y la dificultad de que pueda regresar a su núcleo social primario. Es una institución que aparece en escena cuando otros núcleos familiares previos no pueden llevar adelante la obligación de cuidado que necesita todo niño para y en su propio interés (Herrera, Marisa; comentario a los arts. 594 a 594, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lloveras, Nora - Herrera, Marisa (dirs)". "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014". Ed. Rubinzal Culzzoni, Santa Fe, 2014, T. III, p. 25, 59 y ss.).

Como bien se ha dicho, la estructura actual del ordenamiento jurídico recoge la legislación de infancia y adolescencia, como así también la jurisprudencia nacional e internacional realizando los ajustes necesarios en función de la perspectiva constitucional-convencional reglando las pautas procedimentales mínimas destinadas a efectivizar el derecho constitucional a la vida familiar, preferentemente, en la familia de origen, o en su defecto, ampliada (conf. Duprat, Carolina, Fernández, Silvia E., González de Vicel, Mariela y Herrera, Marisa; "Adopción" en Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras [directores]; Tratado de Derecho de Familia, T. V-B, ED, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 15).

Bien entendida, la adopción no es la solución para todas las niñas, niños o adolescentes cuyas familias carecen de idoneidades para cuidarlos y educarlos adecuadamente, sino solo para aquellos cuyo interés superior exige una solución permanente fuera de su núcleo familiar (conf. "Adopción en argentina: guía informativa", Ed. SAIJ - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar)).

En esa inteligencia cobra relevancia la consideración de una circunstancia que —adelanto— no ha sido atendida en la especie: la de agotar las posibilidades de que F. viva con su familia de origen (art. 595 inc. c del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sintetizando lo antes expuesto, insisto en mencionar que el instituto de la adopción, y por consiguiente la decisión judicial de la declaración de adoptabilidad de un niño, niña y adolescente, es el último recurso de protección infantil y para que proceda es necesario no solo verificar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el niño, niña y adolescente mediante la configuración alguno de los supuestos contemplados por los artículos 7 de la ley 14.528 y 607 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, sino también agotar todas las posibilidades de vivir y desarrollarse en su familia de origen o ampliada.

Es por ello que una vez dispuesta una medida de abrigo y aun agotada la instancia administrativa, se requiere la participación de padres y familiares en un rol activo y con las respectivas salvaguardas propias del debido proceso constitucional: debe aplicarse el principio de legalidad, con respecto a las garantías procesales (argto jurisprud. causa 165.987 ant. citada).

V.4.c.- El caso bajo estudio fue encuadrado por la jueza a quo bajo el supuesto previsto en el inciso tercero del citado artículo 7 de la ley 14.528, que establece que se decretará la declaración de situación de adoptabilidad: "En caso de que se encuentre vencido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días sin que hayan dado resultado las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada" (textual; v. fs. 422 vta.).

De dicho contexto normativo la sentenciante concluyó que: "Se desprende de las constancias de autos que pese a las estrategias y a la intervenciones realizadas por el organismo de niñez tendiente a que la niña pudiera ser acogida por su grupo familiar de origen (en virtud de lo establecido por la ley 13.298 y dec. 300/05), la progenitora biológica no ha logrado revertir las circunstancias que dieron motivo a la adopción de la medida de abrigo de la niña F. V." (textual fs. 422 vta.).

V.4.c.i.- No puedo dejar de valorar que ha sido puesta en duda la efectiva realización de las estrategias a que alude el organismo administrativo (v.fs. 105 vta. de los autos 166.577, y fs. 452 del estos autos - expte. 167.660) y que esa situación no pasó desapercibida, toda vez que la Dra. S. E. F., quien se encontraba provisoriamente a cargo de la Asesoría N° 2, con fundamento en las importantes contradicciones advertidas entre lo expresado por la progenitora y lo informado por el órgano administrativo interviniente solicitó, en fecha 30 de agosto de 2018, en el expediente del Abrigo (166.577) una serie de medidas que el juzgado de primera instancia jamás proveyó.

Tampoco se evaluó ni dispuso medida alguna por parte del órgano judicial a fin de reestablecer los derechos de la niña cuando tomó conocimiento de que su madre, por su propia voluntad —y con el apoyo de sus referentes afectivos— decidió internarse para afrontar la difícil tarea de tratar su problema de adicción con las drogas. Recordemos que la ley 13.298 consagra que "Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna" (art. 6) y que la garantía de esa prioridad a cargo del Estado comprende la "Protección y auxilio a la familia y comunidad de origen en el

ejercicio de los deberes y derechos con relación a los niños” (art. 7 inc. 1 de la ley 13.298).

El art. 32.5 del decreto reglamentario 300/05 de la ley 13.928 establece que “Los motivos graves que por sí mismo autorizan la separación del niño de su grupo familiar, están dados por la letra y el espíritu de los art. 9° y 19 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño. En forma simultánea la disposición de esta medida, se deberá trabajar con la familia del niño a fin de procurarle la orientación y condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron la medida dispuesta y facilitar —siempre que sea posible— el retorno del niño a su seno familiar. En el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia.”

Efectivamente el plazo de las medidas excepcionales se encontraba holgadamente vencido al momento que se declaró la adoptabilidad, incluso antes de la iniciación misma del proceso, pero ello no empece a la necesidad de indagar, durante el trámite judicial, si la situación de vulnerabilidad que originó la medida subsiste o si efectivamente existen integrantes de la familia ampliada o referentes afectivos aptos para asumir la guarda, cuando, como ocurre en el sub lite, una madre que tiene problemas de salud y que no quiere dar sus hijas en adopción, denuncia esas circunstancias y comienza un tratamiento para resolver su problema de adicciones.

¿Cuál es el sentido de garantizar la participación de la progenitora en el proceso de declaración de adoptabilidad si no es para escucharla, verificar las circunstancias que alega y, en su caso, abordar las dificultades para posibilitar el retorno del niño a su seno familiar, en un tiempo razonable?

Explica Marisol Burgués que con relación a la garantía fundamental de plazo razonable respecto de los procesos que se vinculan con los derechos del niño a la vida familiar, a la conveniencia con la familia de origen y a la definición de su situación jurídica familiar, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, —en el caso *Fornerón e Hija c. Argentina*— sostuvo que el derecho a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de las personas en un tiempo razonable, pues la falta de razonabilidad en el plazo, constituye, en principio y por sí misma, una violación a las garantías judiciales (Burgués, Marisa; El lugar de la adopción en el sistema de protección integral de derechos”, pub. en “Derecho de Familia— Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 83, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. marzo de 2018, p. 66).

También señala la citada autora, respecto a los plazos las medidas de excepción (180 días) y el establecido para dictar la adoptabilidad (90 días), que “... no debe olvidarse la facultad judicial en el examen de la situación, quien podría extenderlo si las circunstancias lo ameritan y, en todo caso, puede rechazar el pedido...” (ob. cit., p. 68).

Ya habíamos anticipado junto al doctor Rubén D. Gérez, como apreciación obiter dictum (en oportunidad de intervenir en el expediente del abrigo) que “... priorizar el interés superior de F., implica —al mismo tiempo— la necesidad de agotar las chances de que la madre biológica pueda asumir la responsabilidad parental.”, señalando que “una vez devueltas la actuaciones y en el marco procesal pertinente, con prelación a cualquier decisión relacionada con la menor F. V. se mantenga una entrevista con la progenitora para conocer la situación actual, y fundamentalmente, se realicen los exámenes e informes que resulten menester para que se la revalúe por el equipo técnico en cuanto a sus posibilidades de ejercer el rol “materno” y, en su caso, los condicionamientos y u objeciones que puedan referir sobre el punto” (textual Expte. 166.577, sent. del 09/10/2018).

Como se puede apreciar, pese a encontrarse vencido el plazo de las medidas excepcionales de protección, la necesidad de evaluar las posibilidades de que F. permanezca en la familia de origen, no resulta ajena al proceso judicial.

V.4.c.ii.- No ahondaré en mayores detalles sobre lo acontecido en esa instancia en la que tuvo lugar la medida de abrigo, ni en las cuestiones preteridas en sede judicial, pues lo relevante para la solución del caso, es que la norma que sustenta la declaración de adoptabilidad —en sintonía con el art. 607 del Cód. Civ. y Comercial— también establece, en resguardo del principio básico de “preservación del vínculo familiar de origen”, una premisa fundamental que no ha sido debidamente valorada y que, desde otro enfoque, renueva el examen de la circunstancia mencionada en el párrafo anterior con respecto al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen.

Me refiero al párrafo que dice que: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada cuando algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrezca asumir su guarda o tutela y tal pedido sea considerado adecuado a su interés superior” (la redacción del penúltimo párrafo del art. 607 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es casi idéntica).

Como puede observarse, y lo que interesa destacar, es que la ley contempla expresamente como causa obstativa de la declaración de adoptabilidad, la existencia de un referente afectivo que ofrezca asumir la guarda o tutela, si el pedido es considerado adecuado a su interés superior.

El reconocimiento de la "socioafectividad" en las relaciones del niño y adolescente destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva. En tal sentido se afirma que podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (argto. jurisp. SCBA, causa C.118.781 "A., O. E.", sent. del 11/11/2015).

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5°) y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061, y su reglamentación, el decreto 415/2006, artículo 7; y ley 13.298) evidencian un concepto amplio de familia.

Además de los progenitores, incluye a las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad (esta Sala, causa 162.423 RSD-244 sent. del 29/11/2016).

Como bien se ha dicho, la citada Convención protege el derecho del niño a conocer su realidad biológica, pero también el de preservar su intimidad de injerencia arbitrarias, los lazos afectivos que pudiere haber consolidado, su personalidad y convicciones, su nacionalidad, su cultura, etc. y no se puede dar alcance absoluto o dogmático a un aspecto por separado, porque es su conjunción la que concurre a integrar el "interés superior del niño" quien no es un objeto, sino el protagonista único de su propio drama vital (SCBA, causa C118.781, antes cit.).

Ahora bien, ¿Qué significa referentes afectivos?: son aquellas personas estrechamente vinculados a los niños, niñas o adolescentes, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos, que necesariamente, deben ser respetados cuando contribuyen al interés superior del niño, encontrando dentro de los mismos a: madrinas y padrinos religiosos, docentes, familiares afines sin vínculo jurídico, los cuales en muchos casos, resultan ser tan o más idóneos que cualquiera de los familiares autorizados por la ley para ejercer la guarda del menor.

V.4.c.iii L a progenitora C. G. V., manteniendo un temperamento constante y sin vacilaciones, tanto durante el transcurso del abrigo como el del presente juicio: (i) expresó la voluntad de criar a sus hijas, (ii) se opuso terminantemente a la declaración de adoptabilidad de F., y (iii) solicitó que F. D. y A. L., en su condición de referentes afectivos suyos y de F., asumieran la guarda de la niña mientras ella transita el tratamiento que demanda su problema de adicción con las drogas.

Por su parte, correspondiendo el sentido de la pretensión de la progenitora, e invocando su condición de referentes afectivos de F. y de apoyo de C. V., el señor A. L. y la señora F. D. también manifestaron la voluntad de asumir la guarda de la niña, que en los hechos han ejercido desde que tenía aproximadamente cuarenta días de vida hasta el 4 de junio de 2018 mientras C. llevaba a cabo el tratamiento de rehabilitación.

Lo dicho precedentemente cuenta con el respaldo probatorio de las siguientes constancias de la causa. Veamos:

1.- La primera referencia en torno a la voluntad de C. de asumir la crianza de su hija F., surge el día 27 de marzo de 2017, es decir, a solo tres días del nacimiento de la niña, del informe de la Sala de Salud Mental del HIEMI realizado por la psicóloga L. V., quien luego de exponer las actitudes de rechazo que tuvo la progenitora con relación al embarazo, señala que "esa actitud habría cedido una vez nacida F. expresando voluntad de permanecer con su hija y criarla" y que "expresa su voluntad de vivir con el señor [L.] y criar a sus dos hijas junto a él" (fs. 15 del expte. de abrigo 166.577 que obra por cuerda).

2.- El "acuerdo de delegación de guarda" agregado a fs. 53/55 del abrigo, de fecha 22 de febrero de 2018 (conforme el cargo judicial), constituye, por su parte, el primer registro documental que exterioriza la voluntad de la madre biológica de que sea F. M. D. quien asuma el cuidado personal de F., debido a los problemas de salud que la progenitora pone de manifiesto.

3.- En la audiencia celebrada el día 2 de julio de 2018, consta que: "...la Sra. V. manifiesta que sus hijas estaban con F. D. y con E., quienes las conocen desde bebés...que comparece a fines de oponerse a la declaración de adoptabilidad de F. y a la guarda otorgada en relación a la misma, ratificando su deseo de que la niña se encuentra bajo la guarda de la Sra. F. D. y su esposo. Inició los trámites para realizar un tratamiento de

rehabilitación de adicciones y el próximo jueves será internada en Posada del Inti. Expresa que su intención es poder recuperarse y que, mientras tanto, F. V. pueda estar con F. D. a quien C. considera como una mamá... Manifiesta que lo que desea es poder rehabilitarse para recuperar a sus hijas y que las niñas estén con ella... Manifiesta que desea dejar en claro que se va a oponer a la adoptabilidad de las dos niñas y que desea que se revoque la guarda de F. a sus actuales guardadores para que sea reintegrada a la familia de la Sra. F. D. y su esposo hasta que ella se pueda recuperar y mientras tanto retomar el contacto con sus hijas" (textual fs. 170 del Expte. 167.660, el destacado no es de origen).

4.- En el escrito electrónico de fecha 12 de julio de 2018 (que en copia luce a fs. 211/214), mediante el cual se solicitó la medida cautelar innovativa de restitución, la Dra. S., invocando la franquicia del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, en favor de C. V., precisó que la progenitora "...se encuentra en pleno ejercicio de la responsabilidad parental respecto de la niña, ya que jamás se ha dictado resolución judicial de privación o suspensión de dicho ejercicio, en virtud de ello y en uso de su autonomía de la Voluntad ha consentido en principio que la familia D.-L. sea quien cuide a su hija F. y luego formalizar dicha relación con la delegación de guarda simple en sede judicial..." (textual fs. 212 y vta.).

También expuso que "...la Sra. C. G. V., madre de F. M. V. se opone expresamente a la Declaración Judicial de adoptabilidad de la niña, atento a que se encuentra en pleno ejercicio de la Responsabilidad Parental respecto de su hija además de encontrarse realizando un tratamiento de rehabilitación de su adicción a los fines de recuperar la convivencia con sus hijas y propiciarle a las niñas todo el cuidado que necesitan de parte de su madre..." y que "...esta parte reitera su oposición a la declaración de situación de adoptabilidad de F., de lo que se colige que la guarda otorgada al matrimonio del listado de aspirantes resulta contraria a lo dispuesto por el art. 607 y vulnera la situación de hecho y de derecho de F., en razón de que la niña No se encontraba en situación de abandono, todo lo contrario estaba al cuidado y protección de sus referentes afectivos quienes manifestaron junto con la Sra. C., su madre, la voluntad de asumir la Guarda de la niña, que de hecho lo venían haciendo por casi año y medio..." (textual fs. 213, Expte. 167.660).

5.- En el escrito presentado por la Sra. C. V. el día 7 de agosto de 2018, tras denunciar que el Sr. B. publicó en Facebook fotografías de F., refiere que: "... en dichas fotografías hacen reflejar como que mi hija es parte de su familia cuando desde mi primera presentación me he opuesto sistemáticamente a la declaración de adoptabilidad de F., por lo que habiendo solicitado una medida cautelar Innovativa aún no resuelta solicito se provea la misma conforme lo peticionado en ella..." (textual fs. 229 del Expte. 167.660).

6.- En el memorial de fecha 21 de agosto de 2018, la Sra. C. V. expresa: "...mi voluntad ha sido consistente en rehabilitarme y criar a mis hijas VVEE puede comprobar a lo largo de estos autos NO ha habido variación en mi voluntad de criar y cuidar a mis hijas, Jamás ha pasado por mi mente darlas en adopción, por ello decidí que lo mejor para mis hijas fuera continuar viviendo juntos a sus referentes afectivos todos de mi conocimiento hasta tanto yo me recupere para volver a ser una familia todas juntas" (textual fs. 106 vta. del Abrigo - Expte. 166.557).

7.- Al contestar la demanda, en fecha 31 de Agosto de 2018 (v. fs. 241/248), la progenitora señaló: "...mi voluntad ha sido consiente en rehabilitarme y criar a mis hijas V.S. puede comprobar a lo largo de los expedientes de abrigo NO ha habido variación en mi voluntad de criar y cuidar a mis hijas, Jamás ha pasado por mi mente el darlas en adopción, por ello decidí que lo mejor para mis jijas fuera continuar viviendo juntos a sus referentes afectivos todos de mi conocimiento hasta tanto yo me recupere para volver a ser una familia todas juntas...." (Textual).

Aclaró además "Que de las manifestaciones vertidas en el expediente...por mi tía A. V. surgen algunas ideas de adopción y algunas contradicciones, por mi parte no entiendo que la llevó a decirlas, pero mi voluntad fue siempre la misma expresada desde un principio de quedarme con las niñas para criarlas y cuidarlas jamás daré en adopción..." y "Que la delegación de guarda que realice lo hice a fin de que sus referentes afectivos y guardadores de hecho tuvieran un marco legal en su relación con las niñas hasta tanto yo me pueda hacer cargo de mis hijas..." (textual fs. 244 vta. Expte. 167.660)

En esa misma presentación, bajo el acápite "E", titulado oposición a la declaración de adoptabilidad, reitera, que "...su parte se opone formalmente a la declaración de adoptabilidad de mi hija F. y también A., en razón de todo lo expuesto por esta parte en el presente expediente y en los de Abrigo..." y precisa que "...habiendo expresado mi voluntad de que mis hijas sigan al cuidado de sus Referentes afectivos, es que solicito la inmediata restitución de mi hija F. M. V. al seno de la Familia Afectiva D.-L. la cual se ha comprometido a cuidarla hasta mi mejoría..." (textual fs. 245 vta.).

8.- En fecha 10 de septiembre de 2018, mediante el recurso de revocatoria con apelación en subsidio obrante

a fs. 273, expone: "...mi voluntad expresada en el presente expediente con en el de Abrigo ha sido siempre la misma "conservar a mis hijas, recuperarme a fin de poder hacerme cargo de las niñas y criarlas" y mientras eso sucede que las niñas permanezcan con los referentes afectivos de mi conocimiento" (textual fs. 273 vta.).

9.- En la audiencia celebrada el día 24 de octubre de 2018, consta lo siguiente: "...Se explica el marco de las presentes, que es pedido de declaración de adoptabilidad de F., a lo que la Sra. V. se opone. Expresa que hablo en dos oportunidades con el Dr. D. solicitando ayuda y refiere que nunca la ayudaron...Ella quiere a sus hijas, ella nunca las abandonó, sino que las dejó con su familia y referentes afectivos, donde las niñas estaban bien, no quiere que estén con gente que ella no conoce...Quiere que F. y A. estén con F. D. con el sostenimiento de las tías de la Sra. V.... La Sra. C. expresa que se opone a la adoptabilidad de F...." (textual fs. 318).

10.- En escrito presentado el 23 de noviembre de 2018, tras mencionar que se encuentra venido desde el inicio de la acción el plazo de 90 días previsto por el art. 607 del Cód. Civ. y Comercial, expresa que "...esta madre se ha opuesto sistemáticamente a la declaración de adoptabilidad de sus hijas..." (fs. 347, Expte. 167.660).

11.- En el recurso de revocatoria obrante a fs. 363/365 de estas actuaciones (Expte. 167.660), solicita que se disponga un régimen de comunicación para revincular a la niña con su madre, en un ámbito familiar a ambas con el sistema de apoyo de sus referentes. Sra. F. D. y Sr. A. L., además de integrar a su hermana A. en dicho proceso. Allí explica, nuevamente, que cuenta "...con una red de apoyo conformada por mis referentes afectivos mencionados y familiares además de contar con un domicilio establecido en el hogar de mis apoyos en el que me encuentro todos los fines de sendas en las salidas semanales dispuestas en mi tratamiento, contando con un espacio propio para vincularme con mis hijas..." (textual).

12.- En oportunidad de celebrarse la audiencia videograbada en esta instancia, el día 25 de febrero de 2019, en el marco del expedientillo del art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial —causa 167.090—, como ya lo señalé al inicio de los considerandos (a cuyas transcripciones me remito), C. V. volvió a destacar que no quería entregar a su hija en adopción (v. 00:19:00; 00:19:14 de la videograbación de autos 167.090).

13.- También, manifestó dicha voluntad al fundar el recurso en los presentes autos y en cada entrevista en la que se le consultó sobre el tema (v. informes de la "Posada del Inti" de fs. 202, 295 y 358, y del Lic. B. de fs. 343/45).

Por su parte el ofrecimiento de la pareja D.-L. de asumir la guarda de F., como instrumento de apoyo en el ejercicio de la maternidad de C. V., ha sido inequívocamente plasmado en autos, como surge de la audiencia videograbada antes mencionada, donde expresan:

Sra. D.: "Nosotros siempre estuvimos dispuestos a ayudarla".

Sr. L.: "Nosotros tenemos nuestros hijos".

Sra. D.: "Nunca la quiso dar en adopción" (01:24:00)

Sra. D.: "Siempre la ayudamos a C.". "C. no tiene a nadie"

Sra. D. "A la madre hasta esta Instancia nunca la ayudó nadie" (01:33:30)

Sra. D.: "Nosotros pensamos apoyarla a ella, todavía no terminó el tratamiento, faltan tres cuatro meses (...). Quiero que ahora esté acompañada, que no esté sola. Ella lo que quiere es que sus hijas estén juntas y que nosotros seamos su apoyo. Quiere recuperarlas y que estén con nosotros y con ella los fines de semana (...). Apoyarla hasta que ella esté bien y pueda seguir sola. Y siempre nos va a tener a nosotros como siempre" (1:44:00).

Puede observarse que ha sido incesante la oposición de la madre a que su hija F. sea dada en adopción, como así también la manifestación de su deseo a que la pareja de D.-L. sea la que asuma el cuidado de la niña mientras se recupera de su adicción a las drogas.

V.4.d.- Ahora bien, frente a la solicitud de la madre biológica y el consecuente ofrecimiento de asumir la guarda que inequívocamente expresan D y L, se impone analizar, focalizando en el interés superior de F, si esas redes afectivas existen, si son sólidas o hábiles para que no prosiga el proceso de declaración de la situación de adoptabilidad (argto. arts. 607 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

V.4.d.i- En esa labor comenzaré por señalar que si bien es cierto que en el marco del proceso de abrigo la jueza a quo consideró que no estaba acreditada la existencia de un vínculo significativo entre la señora F. D. y la niña o su progenitora, y que dicha valoración no fue modificada por el Tribunal de Alzada cuando le tocó

intervenir, en virtud de la insuficiencia técnica de los agravios del recurso de apelación (v. 120 vta., segundo párrafo y 121 vta. último párrafo, del Expte. de abrigo), no es menos verdadero que la apreciación de aquella circunstancia que inicialmente se efectuó —en el marco del abrigo y a efectos de evaluar principalmente la medida cautelar allí dispuesta— se ha visto modificada a la luz de las pruebas producidas en el presente proceso, que demuestran que, efectivamente, F. D. y su pareja A. L., constituyen referentes afectivos de F. y de su madre C. V.

V.4.d.ii.- Ese reconocimiento surge, en primer lugar, tanto del informe pericial psicológico del Lic. C. B., como del presentado por la Asistente Social Lic. E. V., ambos integrantes del Equipo Interdisciplinario del Juzgado de Familia N° 2 de los que no encuentro razones para apartarme (v fs. 310 y 378 del Expte. 167.660; argto. arts. 384, 447 y ccdds. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Sin perjuicio de las conclusiones periciales, el propio criterio de realidad pone en evidencia el vínculo significativo de afecto que representan para F. la pareja D.-L., desde que fueron ellos los que ejercieron la guarda de hecho de F. aproximadamente desde que la niña tenía 40 días hasta el 4 de junio de 2018, es decir, unos trece meses (argto. art. 1 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Digo "aproximadamente" porque no existe una fecha precisa en cuanto al momento en que comenzó el ejercicio de la guarda, y ello se debe indudablemente al modo en que esta situación se fue desarrollando a partir de la colaboración en las tareas de cuidado de la niña que desde un primer momento prestó la señora F. D. a la señora A. V., quien formalmente tenía la guarda de Francesca.

Sobre estos hechos se han explayado C. V. (v. fs. 104 y ss. del abrigo; fs. 170/171, 211/vta.; 241 vta./243, 245), F. D. y A. L. (v escritos de fs. 144/156; 179, 183; declaración testimonial de fs. 326/327; 330/332,) y su versión de lo acontecido es conteste, a su vez, con el relato de A. V. (tía de C.), quien en el escrito de fs. 96/98 de la causa 166.557 señala, entre otras cosas, lo siguiente: "...Relación con mis sobrinas nietas F. y A.: Debido a mi situación social-económica y familiar, el hecho de tener que ocuparme de una beba recién nacida y de una niña de 3 años sin apoyo alguno del Estado, me ha resultado sumamente difícil. Afortunadamente, careciendo de un grupo familiar de contención, si tengo un grupo de amistades que han estado a mi lado a fin de poder hacer frente a la grave situación planteada. Tanto mi compañera de trabajo desde hace 30 años, E. C., como mi amiga desde la escuela primaria, F. D., han colaborado en forma permanente en la crianza y cuidado de las niñas. Son las que han estado a mi lado para llevarlas a buscar a las niñas al Grillito, Al Jardín, llevarlas a sus controles médicos y cuando debía cumplir con mis obligaciones laborales..." (textual).

Destaco en particular, el dictamen del licenciado B., en relación a la entrevista realizada a la pareja D.-L., en cuanto señala que:

"El relato de los entrevistados refuerza la idea de que ellos siempre fueron referentes significativos en el cuidado y protección de la niña quien permanecía diariamente con ellos ya desde los primeros días de su nacimiento.

Ello, según refieren, con la anuencia de la progenitora y la tía a cargo de la menor, con quienes tenían un contacto frecuente y cercado en virtud de convivir a escasas cuadras uno de otros y mantener lazos de amistad prolongada.

Mencionan que las razones por las que la niña permanecía gran parte del día con ellos se debía a la elevada carga horaria de la cuidadora. No obstante ello, la comunicación permanente y la confianza mutua hizo posible, refieren, esta configuración del contexto.

Expresan que siempre tuvieron en mente y como expectativa de logro, la recuperación de las condiciones de salud de la madre de F. Condición que le permitiese volver a ejercer su función materna.

De la entrevista llevada a cabo con el matrimonio, se menciona la verosimilitud del discurso presentado y la coherencia manifestada en la descripción de la dinámica que caracterizó a los acontecimientos motivos de la presente intervención" (textual).

Por otra parte, el vínculo afectivo de entre F. y la familia D.-L. también es ilustrado con el profuso material fotográfico obrante a fs. 58/143 de estas actuaciones, en el cual se puede observar la interacción que, desde temprana edad, tuvo la niña en el seno de aquella familia (argto. 384 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Para más, la idoneidad de la atención y el cuidado personal que la pareja procuró a la niña es puesta de manifiesto por la Trabajadora Social, Lic. R. V., en el informe agregado a fs. 59/60 del abrigo, por la declaración testimonial del Dr. R. O. F. (v. fs. 342 de estos autos, respuesta a la pregunta 4ª), y los datos emergentes de la libreta sanitaria obrante a 36/43.

Los elementos existentes en la causa no solo verifican la existencia de la red afectiva que conforma la pareja D.-L. en la vida de F. y de su madre C., sino la solidez de ese vínculo, el que durante la tramitación del proceso han puesto de manifiesto, entre otras actitudes, la colaboración que prestaron en la crianza y cuidado de F. desde sus primeros días de vida, el rol de "apoyos" de C. V. que han asumido en relación al tratamiento de su adicción a las drogas, y el compromiso y protagonismo que han tenido poniendo a su disposición la sede de su propio hogar, propiciando la efectividad del régimen de comunicación de C. con su otra hija A. (ya que, como explicaré más adelante, la comunicación con F. y su madre nunca pudo hacerse efectiva).

El acompañamiento de la pareja D.-L. y su rol de apoyos en la vida de C., no resulta ocasional ni esporádico, sino que ha sido sostenido en el tiempo.

De ello da cuenta el reciente informe evolutivo interdisciplinario presentado por el Lic. L. M. G., director terapéutico del Centro de Asistencia y Prevención de Trastornos Psicofísicos y Sociales (v. fs. 487/489 Expte. 167.660) quien describe: "Hacia el cuarto mes de tratamiento pasa a la Fase B y comienza sus salidas terapéuticas los días sábados y domingos junto a sus referentes afectivos (Sra. M. F. D. y Sr. A. L.) de quien recibió visitas desde el inicio...Actualmente la usuaria transita la Fase C de tratamiento, último tramo del proceso, donde los objetivos terapéuticos se orientan a fortalecer el escenario social en que se desenvolverá a partir de su externación. Esto incluye su inserción laboral (se encuentra en búsqueda laboral y ha realizado el curso de manipulación de alimentos en el marco de su proceso de capacitación) y la resolución de su situación habitacional. En este sentido la estrategia se articula con los referentes afectivos antes mencionados quienes brindan un espacio a tal fin..." (textual).

V.4.d.iii- Sentado todo lo anterior me pregunto ¿Existe alguna duda a esta altura de los acontecimientos de que la pareja D.-L. resultan referentes afectivos de F. y de C.?; o ¿La hay acerca de cuáles son las intenciones que desde el acreditado vínculo de afecto tiene esta pareja al brindar su apoyo para que Cintia pueda recuperar su estado de salud y ejercer la maternidad?. La respuesta negativa se impone.

La señora jueza a quo descartó su idoneidad para constituirse en figuras de apoyo para la señora C. V. en el ejercicio del rol materno, haciendo hincapié en que el acercamiento y apoyo que aquellos brindaron "...se efectúa con posterioridad a la resolución que dispuso la separación de la niña F. V. de los nombrados..", que "a partir de ese momento es que los mismos manifiestan su predisposición para apoyar a la Sra. V. en el ejercicio del rol materno, lo cual no ha sido así con anterioridad a dicha circunstancia", y que "...no ejercía un rol de "apoyo" a la maternidad de la Sra. V. sino que pretendían sustituir su función materna, lo cual se corrobora mediante la petición de los Sres. D.-L. de detentar la "guarda con fines de adopción de la niña F. V., lo que también ha sido rechazado.." (v. fs. 417 vta.).

V.4.d.iv.- Sin entrar a considerar la contradicción que —desde el punto de vista lógico— incurriría el fallo apelado si como afirman los referentes afectivos habría sido la propia sentenciante quien les sugirió que se inscriban en el registro de adoptantes (conf. audiencia del 25/02/2019, 1:24:50), lo cierto es que la valoración de esa aislada circunstancia (me refiero a la solicitud de guarda preadoptiva) fuera del contexto general del caso, resulta endeble —desde el punto de vista argumentativo— para descartar la idoneidad de la pareja y así entender que por esa sola razón no resulten aptos para asumir los cuidados de la niña, asistiendo en la maternidad a su progenitora, máxime cuando la propia madre quien peticiona en tal sentido.

V.4.d.v.- La conclusión a la que arriba la juez a quo se contrapone a las pruebas y demás elementos de convicción que ofrece la causa y han sido analizados precedentemente, y en particular, desconoce la propia naturaleza del vínculo afectivo que ha sido reconocido en los dictámenes periciales, de los que no ha expuesto razones para apartarse (argto. arts. 474) y, en este sentido, resultan atendibles los agravios que desarrolla la progenitora en los puntos "e" y "d" de escrito de fundamentación de su apelación.

Además, desde el punto de vista cronológico de los acontecimientos, la existencia del "convenio de delegación de guarda" invalida per se la conclusión que expone la jueza de grado con respecto a que fue a partir de que se dispuso la separación de F. del matrimonio D.-L., que estos se erigieron en apoyo de la maternidad de C., pues la separación a que hace referencia se produjo el 4 de junio de 2018 (v. fs. 81 del abrigo) y el convenio data de 22 de febrero de 2018. Repárese que en este instrumento se hacía expresa mención a los problemas de salud que motivan la delegación de la guarda y a la calidad de referentes afectivos de los nombrados.

Por último, señalo que el juicio de idoneidad de dichos referentes no ha sido formulado en miras al interés superior de F., toda vez que no se analizaron las repercusiones que respecto a la máxima satisfacción de sus derechos podría conllevar el reconocimiento de la guarda a su favor, asistiendo el ejercicio de la maternidad de C. V., ni las que conlleva la declaración de adoptabilidad dispuesta, en comparación con aquella medida.

Emprendiendo esa labor en esta instancia, adelanto que otorgar la guarda de F. a los referentes afectivos, esto es la pareja D.-L., mientras su madre C. recupera su estado de salud, es la decisión que mejor satisface los derechos de la niña —y también los de su madre—.

V.4.d.vi.- En la delicada y responsable labor de analizar las consecuencias de esa decisión teniendo por guía el interés superior de F. pondero lo siguiente.

a) Parto de la premisa de que, como fue señalado, el cuidado personal que los referentes afectivos procuraron a F. ha sido adecuado, las condiciones habitacionales de la familia resultan “óptimas” (v. informe de la licenciada R. V., fs. 59/60 del expediente 166.577), y que en los informes no hay indicadores negativos para que los referentes asuman el ejercicio de dicha guarda asistiendo la maternidad de C. V.

b) Los elementos probatorios obrantes en la causa, demuestran que la delegación de guarda de la niña que realizó C. V. en favor de dichos referentes se basaba en una situación de conocimiento afectivo previo, lo que descarta que nos encontremos en uno de los supuestos de entrega directa con fines de adopción que prohíbe el art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

c) La decisión mencionada, concreta de modo efectivo el derecho de F. a permanecer en la órbita de crianza de su familia de origen (arts. 17 y 19 de la Convención Americana, 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño; “Fornerón”); y paralelamente, se erige como la estrategia adecuada para posibilitar que C. recupere su estado de salud.

Desde la misma óptica, satisface el disfrute muto de convivencia entre F. y su madre, los días que el tratamiento permite su externación, y con el acompañamiento de los referentes afectivos.

d) La medida garantiza, además, el respeto por el derecho a la identidad de F., y de C., constituyéndose además, en una estrategia de imprescindible implementación previa a la consideración de cualquier ámbito de cuidado alternativo a su familia de origen.

Desde el punto de vista del derecho a la identidad, quiero agregar, que dicha medida, importa reconocer, también, ese derecho en cabeza de la niña, respetando su historia de vida, que no debe ser suprimida.

La identidad biológica como interés superior y su protección integral tienen rango constitucional y asume las características de Derechos Humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 8.1 dice que “los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (conf. Ley 23.849).

Así, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles declara que “... todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre...”.

Del mismo modo, en los instrumentos internacionales se reconoce el derecho a la identidad biológica de los niños respecto a sus progenitores como principio rector de su interés superior. También impone un deber para el Estado que consiste en proteger y garantizar el acceso a la información para establecer dicha identidad, en la medida de lo posible, conforme el acceso a la justicia (argto. Conf. Doct. “Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija c. Argentina, a la luz del derecho a la identidad biológica y al vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno”, M. Milagros Berti García y Fernando J. Nasazzi Ruano, publicado en Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2014 Año IV - N 221).

Sean disculpar la reiteración, pero los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar y las medidas internas que sin razón justificada lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención (argto. conf. art. 17.1 CADH, y jurisp. CIDH causa “Fornerón e hija c. Argentina”, del 27/04/2012).

e) En función de lo dicho en punto anterior, la implementación de la medida bajo análisis hace valer el principio de agotamiento de las posibilidades de permanencia de la niña en la familia de origen a la que refiere el inc. c del art. 595 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

No se puede concebir que se han agotado las posibilidades de que F. permanezca en la familia de origen, sin darle la oportunidad de que bajo el cuidado de sus referentes afectivos, pueda construir el vínculo con su progenitora y con su hermana A., permitiéndole de ese modo crecer en su grupo familiar de origen, y de tal modo preservar sus vínculos fraternos y relaciones familiares (argto. art. 595 inc. c y d del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Explica Marisa Herrera, en comentario al artículo citado en el párrafo anterior, que: "...cuando se hace referencia al agotamiento de todas las medidas o condiciones posibles para que un niño pueda permanecer con su familia de origen o ampliada, implica también la obligación de tener en cuenta el contexto social y jurídico en el que se encuentran quienes deberían ser los principales responsables del niño. Así como la pobreza no es un fundamento para separar al niño de su núcleo familiar y la consecuente inserción en otra familia a través de la figura de la adopción, también se debe tener en cuenta situaciones complejas que involucran directamente a los padres y que hacen que de manera temporal no puedan hacerse cargo o ejercer la responsabilidad parental".

"La ley 26.061, al igual que la Convención en el cuarto y último párrafo de su artículo 9°, aluden a una situación especial como lo es el mantenimiento de las relaciones familiares, en particular parentales, cuando los niños se encuentran institucionalizados. Básicamente esta cuestión se observa ante los siguientes supuestos: 1) padres privados de la libertad; 2) padres internados por problemas de salud (en sentido amplio, también cuando se afecta la salud mental como acontece con los conflictos de adicciones graves), y 3) padres adolescentes en instituciones de carácter "asistenciales". En todos estos supuestos, el Estado está obligado a preservar el vínculo padre e hijo y así respetar el derecho a la identidad, tanto de los niños como de los padres. Como se puede observar, el derecho a la identidad como el derecho a vivir y/o permanecer con la familia de origen son derechos "reflejos", donde no sólo se satisfacen los derechos de los niños, sino también los de los adultos, los padres. Este es un típico caso en donde, en principio, el interés de los hijos y el de los padres se complementan y no se contraponen..." (Marisa Herrera, comentario a los arts. 594/596, ob. cit. p. 69).

f) La decisión, promueve el ejercicio fluido de comunicación y contacto de la niña con su madre y su hermana, aspecto éste último que resulta esencial para la construcción de los vínculos familiares y la maternidad, y que se ha visto relegado durante la tramitación del proceso.

Quiero señalar que el interés superior de la niña no ha sido observado en lo que respecta al régimen de comunicación entre ella y su madre —y en menor medida su hermana A.— por cuestiones que, entiendo, están vinculadas con estereotipos discriminatorios y preconcepciones de parte de los órganos jurisdiccionales y sus auxiliares, referidas al problema de salud de la progenitora (volveré sobre este tema más adelante),

Más allá de que se intentó establecer la comunicación a través de su ordenamiento lo cierto es que no se ha cumplido. En reiteradas oportunidades la madre requirió que se mantenga el contacto con su hija sin embargo fue excluida de su rol materno.

Debe repararse que el hecho de ser mamá es una construcción, que para poder llevar a cabo requiere un adecuado acercamiento entre madre e hija, pero no le fue permitido a la señora C. V. construir su vínculo con F. por más que en las resoluciones —en términos técnicos— siempre se decidió mantener el contacto entre ellas (argto. conf. doct. Yuba Gabriela, "El derecho de la madre biológica a elegir los guardadores y las guardas de hecho" Publicado en DFyP 2012 —abril—, 01/04/2012, 103).

A fin de ejemplificar la obstrucción del régimen de comunicación a que aludo —pese a su reconocimiento técnico—, menciono dos situaciones concretas. La primera, es que habiendo sido anoticiado el juzgado de que el tratamiento terapéutico de C. le permitía tener salidas los días sábados y domingos, se ordenó que las visitas se llevaran a cabo el segundo viernes de cada mes (v. fs. 349 Expte. 167.660). La segunda, es la suscitada con motivo de la inscripción del nacimiento de la niña, donde como medida conminatoria de un requerimiento a la progenitora —equivocamente cursado— se ordenó suspenderle el régimen de visitas —que, dicho sea de paso, nunca se había concretado (cfs. fs. 371, Expte. 167.660).

La construcción del vínculo de F. con su madre, ha sido diferente mientras la guarda la ejercían los referentes afectivos D.-L., en perspectiva con la que hoy ejerce el matrimonio B.-S., pues con estos últimos el régimen de comunicación nunca resultó operativo en términos reales. Recuérdese que el respeto asumido frente al derecho a la identidad y el origen del niño, niña o adolescentes es una pauta de esencial valoración para la selección de los guardadores (art. 17 de la ley 14.528).

Concretamente, tal como lo expresa la propia progenitora, la última vez que vio a su hija fue el día 8 de junio del 2018, es decir que han transcurrido casi once meses (v. fs. 170 de estas actuaciones). Es inconcebible que por aspectos ajenos a la voluntad de la madre y de su niña, se las prive de ejercer dicha comunicación, por lo que se debieron adoptar medidas de acción positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos que les corresponden.

Es sabido que el contacto es de medular importancia para la estructuración psíquica y moral de la niña ya que la intervención de la progenitora es fundamental para su formación y educación (argto. conf. doct. Mizrahi, Mauricio Luis, "Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados" del 01/07/2015,

AR/DOC/1978/2015).

Insisto, la niña no ha podido construir ni conservar su figura materna a raíz de los reiterados obstáculos en la comunicación, cuyo ejercicio ya se encontraba dificultado frente a la necesidad de afrontar sus propios problemas de salud.

La ausencia de información a los guardadores, de la que hice referencia al inicio de los considerandos, no ha sido ajena a la configuración del escenario que hoy se presenta.

En tal sentido se puede mencionar lo declarado por el Señor B. en la audiencia videograbada (que ya ha sido mencionada), en cuanto refiere:

“A nosotros la familia que tiene A. nos dijo ‘apareció la madre, reclama a las dos, tengan cuidado que es brava’. Nosotros no la conocemos no la vamos a juzgar. Tengan cuidado porque es una chica difícil y no anda con buena gente. Yo no es por malo ni nada, no tengo problema con que tengan comunicación pero en mi domicilio no” (textual, 1:04:00 videograbación citada).

En lo personal dudo que mientras el matrimonio B.-S. mantenga la guarda de F. pueda existir una comunicación entre madre e hija, pues la declaración mencionada denota los prejuicios que les generaron los dichos de terceros.

Desde acuerdo con lo expuesto, no ha sido respetado el interés superior de la niña —concepto amplio— comprensivo de la adecuada comunicación de la hija con la madre. Esta circunstancia no hace más que reforzar la conveniencia que, con relación al régimen de comunicación y desde la perspectiva del interés superior de F., deriva de la decisión de otorgar la guarda a los referentes D.-L., asistiendo en la maternidad de la progenitora C. V.

g) En miras hacia el futuro, la medida no descarta la posibilidad de que F. pueda convivir con su hermana y criarse en el mismo ámbito familiar, como sí ocurre con la proyección de las consecuencias que acarrearía mantener la declaración de adoptabilidad y la guarda dispuesta a favor del matrimonio B.-S., toda vez que en la audiencia celebrada el 19/10/2018 en el marco de los autos caratulados "V. A. s/ A.", Expte. N° 167.661 —que en este acto tengo a la vista— se les consultó sobre la posibilidad de acoger a la niña A. I. V. en su grupo familiar, a lo que respondieron: que no se encuentran en condiciones de incorporarla (fs. 175, de la citada causa).

h) Por otra parte, en el contexto particular del caso, la medida bajo análisis resulta respetuosa del derecho a la salud de la madre, permitiéndole abordar el tratamiento de sus adicciones y ejercer la maternidad con la asistencia de la pareja D.-L. (cfrme. Arts. 14 bis, 33, 41, 42, 75 inc. 18 y 19 de la Const. Nac, 4 CADH, 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 3 y 25 inc. 1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos).

En síntesis, la guarda en los términos propuestos, brinda un ámbito de cuidado y desarrollo de F. propicio para favorecer e incentivar el vínculo con su familia de origen y afectiva, respetando el derecho a su identidad biológica, sus vínculos socioafectivos, garantizando el disfrute de la convivencia y, además, el ejercicio fluido de comunicación y contacto de la niña con su madre y su hermana, aspecto éste último que.

#### V.4.d.vii. Conclusión:

Conforme a las consideraciones presentemente expuestas, entiendo acreditado en autos la configuración de la situación que contemplan los arts. 7, quinto párrafo, de la ley 14.528 y 607, ante último párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto la progenitora desea que mientras se recupera de su estado de salud la guarda de F. la asuman la pareja D.-L., estos han ofrecido hacerlo, y la medida resulta ser adecuada al interés superior de la niña.

Consecuentemente, si mi voto es compartido corresponde revocar la declaración de adoptabilidad dispuesta en la sentencia de fs. 414/424 de estos obrados, y otorgar la guarda de la niña a F. D. y A. L., en asistencia al ejercicio de la maternidad de C. V. (argto arts. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

V.4.e.viii. No desconozco las consecuencias afectivas que en esta materia tan sensible pueden desencadenar la decisión adoptada con respecto a los guardadores provisorios, ya que se han ocupado durante parte de la vida de la niña de su cuidado. Sobre todo, en casos como el presente, donde la falta de información sobre el contexto familiar de la niña y el inoperante régimen de comunicación con su madre biológica, han generado un contexto permeable para que se tergiverse el rol de guardadores que la justicia les encomendó (sintiéndose padres de F.) creándoles falsas expectativas en un proceso judicial en el que, parte esencial de su cometido es agotar las

posibilidades de que el niño, niña o adolescente se incorpore a su familia de origen.

Pero la decisión judicial debe priorizar el interés del niño, y como bien sienta el art. 3 de la ley 26.061, último párrafo, " Cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

#### V.5.- Cuestiones abstractas:

V.5.1 En lo que respecta al recurso planteado por la Asesoría, cabe señalar que la probabilidad de que exista una situación de "strépitus fori" en razón de la conexidad que existe entre la acción de "Restitución de hijo" promovida por la progenitora biológica y las presentes actuaciones, ha quedado descartada desde el momento en el que éste Tribunal decidió acumular dichos procesos para ser resueltos bajo el dictado de una sentencia única, por lo que la se ha tornado abstracta la consideración de los agravios que nutren el recurso de apelación deducido por el Asesor de Incapaces (argto. doc. Juan Carlos Hitters, "Técnicas de los Recursos Ordinarios", Ed. Platense, 2004, p. 417; Jurisp. esta Sala, Causa N° 156.939, RSI-340-14 del 26/06/2014; art. 163 inc. 6°, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Comercial; Loutayf Ranea, Roberto G., "Condena en costas en el proceso civil", Ed. Astrea, 1998, p. 50 y ss.; argto. jurisp. SCBA, C. 98.851, sent. del 13/08/2014; C. 93.405, sent. 19/09/2012, entre otros).

V.5.2.- Si mi voto es compartido, la misma consideración jurídica merecen las cuestiones que han sido resueltas en las sentencias de: (i) fs. 20/21 y 216/221 de la causa "V., F. M. s/ Materia a categorizar (art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)", Expte. 167.090 y (ii) fs. 37/38 de la causa "V., C. G. c. B. H. E. y otro/a s/ reintegro de hijo", Expte. 167.232, en tanto la revocación de la declaración de adoptabilidad de la niña F. M. V. y el consecuente otorgamiento de la guarda de aquella a la pareja D.-L., en asistencia de la maternidad, implican una modificación de las circunstancias tenidas en cuentas en dichos pronunciamientos, tornando inútil y meramente dogmático cualquier pronunciamiento por parte de la judicatura.

Por todo lo expuesto, así lo voto

El doctor Rosales Cuello dijo:

Coincido con la solución propiciada por la colega que me precede en el voto, por los fundamentos que fueron expuestos a partir del punto V.4, a los cuáles adhiero.

2ª cuestión. — La doctora Zampini dijo:

Corresponde:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto mediante escrito electrónico del día 04/03/2019 (en los autos 167.660), por la señora C. G. V. y, en consecuencia, revocar la declaración de adoptabilidad de la niña F. M. V. dispuesta en la sentencia de fs. 414/424.

2) Revocar la guarda de la niña F. M. V. otorgada a la señora S. A. S. y al señor H. E. B., ordenando la restitución de la guarda de la niña F. M. V. a los referentes afectivos señora F. M. D. y al señor F. A. L., como apoyos de la señora C. G. V., a cuyo fin deberá darse intervención al EANSR para el cumplimiento de lo ordenado.

3) Declarar caído en abstracto el tratamiento del recurso de apelación deducido por el Asesor de Incapaces mediante escrito electrónico del 01/03/2019 (Expte. 167.660) como así también las cuestiones planteadas en las apelaciones interpuestas en autos "V., F. M. s/ Materia a Categorizar (art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)" causa N° 167.090 y "V., C. G. c. B. H. E. y otro/a s/ Reintegro de Hijo" causa N° 167.232.

4) Ordenar al juez de la instancia de origen que una vez recibidas las actuaciones: a) Requiera al EANSR el seguimiento mensual del estado de la niña F. M. V., quien residirá en el domicilio de la señora F. D. y del señor F. A. L. sito en Av. ..., b) Solicite a la Posada del INTI la designación de un acompañante terapéutico en las salidas de la señora C. G. V., a cuyo fin librese oficio; y c) Libre oficio a la Administración Nacional de la Seguridad Social, para que se otorgue la Asignación Universal por hijo a la Sra. C. G. V. (DNI ...) quien ostenta la responsabilidad parental de la niña F. M. V. (DNI ...) y es la única autorizada a percibir el beneficio que se otorgue.

5) Imponer las costas de todos los procesos en el orden causado atento al modo en que se resuelve (art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

6) Agregar copia de la presente resolución en las causas 167.090 y 167.232.

Así lo voto.

A la misma cuestión el doctor Rosales Cuello votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: 1) Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto mediante escrito electrónico del día 04/03/2019 (en los autos 167.660), por la señora C. G. V. y, en consecuencia, se revoca la declaración de adoptabilidad de la niña F. M. V. dispuesta en la sentencia de fs. 414/424. 2) Se revoca la guarda de la niña F. M. V. otorgada a la señora SA S. y al señor H. E. B., ordenando la restitución de la guarda de la niña F. M. V. a los referentes afectivos señora F. M. D. y al señor F. A. L., como apoyos de la señora C. G. V., a cuyo fin deberá darse intervención al EANSR para el cumplimiento de lo ordenado. 3) Se declara caído en abstracto el tratamiento del recurso de apelación deducido por Asesor de Menores mediante escrito electrónico del 01/03/2019 (Expte. 167.660) como así también las cuestiones planteadas en las apelaciones interpuestas en autos “V., F. M. s/ Materia a Categorizar (art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)” causa N° 167.090 y “V., C. G. c. B. H. E. y otro/a s/ reintegro de hijo” causa N° 167.232 4) Se ordena al juez de la instancia de origen que una vez recibidas las actuaciones: a) Requiera al EANSR el seguimiento mensual del estado de la niña F. M. V., quien residirá en el domicilio de la señora F. D. y del señor F. A. L. sito en Av. ..., b) Solicite a la Posada del INTI la designación de un acompañante terapéutico en las salidas de la señora C. G. V., a cuyo fin librese oficio; y c) Libre oficio a la Administración Nacional de la Seguridad Social, para que se otorgue la Asignación Universal por hijo a la Sra. C. G. V. (DNI ...) quien ostenta la responsabilidad parental de la niña F. M. V. (DNI ...) y es la única autorizada a percibir el beneficio que se otorgue. 5) Se imponen las costas de todos los procesos en el orden causado atento al modo en que se resuelve (art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 6) Agréguese copia de la presente resolución en las causas 167.090 y 167.232. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 del CPC), habilítense días y horas inhábiles a efectos de cumplir las diligencias ordenadas. Dese vista al Asesor de Incapaces. — Nélide I. Zampini. — Ramiro Rosales Cuello.