

Voces:

ADOPCION ~ DERECHO DE FAMILIA ~ 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: 24/06/2019

Partes: V., A. I. s/ abrigo

Publicado en: RDF 2020-I , 93, con nota de Guillermina Zabalza;

Cita Online: AR/JUR/27169/2019

Sumarios:

1 . La decisión del juez que desembocó en una declaración de adoptabilidad de la menor es prematura, pues, sin desconocer su situación de vulnerabilidad, lo cierto es que se avizora una situación fáctica actual con más posibilidades para recibir amparo en su familia biológica o ampliada, consistente en la desintoxicación de su madre y la aceptación de su tía abuela y su pareja de hacerse cargo de ella y su progenitora hasta tanto esta esté recuperada.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Mar del Plata, junio 24 de 2019.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 259/271? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor Gérez dijo:

I. Antecedentes de la causa:

El 24 de abril de 2017 el doctor P. H. D. y la licenciada R. V. B., en representación del Servicio Local de Promoción de los Derechos del Niño de Mar del Plata, le comunicaron al Juzgado de origen la medida de abrigo respecto de la niña A. I. V. (DNI XX.XXX.XXX) en un ámbito no institucional quedando a cargo de la señora A. M. V. (tía abuela de la niña) en su domicilio sito en ... de esta ciudad por el término de 180 días. Conjuntamente con dicha medida se acompaña acto de adopción de la medida de abrigo, informe PER y certificado de nacimiento de la niña.

A fs. 15 toma intervención el doctor O. C., quien subrogaba provisoriamente en la Asesoría de Incapaces N° 2 departamental y se notifica de la medida adoptada, solicitándole a la Magistrada que disponga su legalidad.

En fecha 15 de mayo de 2017 la doctora A. S. G. M., juez a cargo del Juzgado de Familia N° 2 Departamental, considera que se encuentran reunidos los recaudos de ley para el dictado de la medida de abrigo comunicada y le da intervención a la Trabajadora social del Juzgado.

A fs. 32 obra informe datado del 4 de diciembre de 2017, donde el doctor P. H. D. informa al Juzgado que mantuvo una entrevista con el señor J. G. L. (DNI XX.XXX.XXX), quien le manifestó ser el progenitor biológico de la niña A. y haber estado al cuidado de ella durante el primer tiempo de vida en el domicilio del señor P. V., manteniendo convivencia con la progenitora. Dicha circunstancia la comunica mediante escrito obrante a fs. 34.

A fs. 37 se encuentra el informe realizado por la perito psicóloga licenciada V. R. sobre el señor L. —remitido a la Defensoría a cargo de la doctora M. S. B. de fecha 19 de diciembre de 2017— donde destaca su voluntad de ejercer la paternidad.

Se presenta a fs. 43/6 el señor L. con el patrocinio letrado de la doctora B. y solicita: el cese de la medida de abrigo, el egreso institucional y retomar con los cuidados de la niña.

En la audiencia del 7 de febrero de 2018 con la presencia del señor L. y la abrigadora, señora A. V., se acuerda la realización de un estudio genético de ADN para verificar la paternidad que aquel alega (fs. 49). A fs. 58/59 se presentan la progenitora de la niña, señora C. G. V., y la señora E. M. C., con el patrocinio letrado de la M. N. A. y manifiestan la voluntad de la madre de delegar la guarda de la niña A. a favor de la señora C. Piden su homologación judicial.

A fs. 69 el doctor C. solicita que se supedite el pedido de la progenitora sobre delegación hasta tanto se realice el examen requerido para verificar la paternidad del señor L.

A fs. 88 se presenta la señora C. con nuevo patrocinio letrado, a cargo del doctor J. M. R. y la doctora P. O. C.

A fs. 92 se celebra audiencia en la sede de origen a la que asisten la señora C. y su esposo, C. A. Ál. (junto a sus letrados doctor R. y doctora C.). Allí, se ordena la producción de la prueba de extracción con la Asistencia técnica del Laboratorio de Análisis Comparativo de ADN de la Dirección General de la Asesoría.

A fs. 93 se encuentra el acta de la audiencia donde la Magistrada del Juzgado de Familia oyó a la niña A.

A fs. 97 la licenciada A. B. informa sobre la conveniencia de que se mantenga el contacto entre la niña A. y su hermana F.

A fs. 98 obra acta de audiencia donde el señor L. manifiesta su sorpresa frente a la presentación de los pretensos guardadores, pues desde su punto de vista no son referentes afectivos de la niña A.

A fs. 99 se fija el régimen de comunicación entre la niña y el señor J. L., y se fija audiencia para establecer la comunicación entre aquella y su hermana F.

A fs. 107/108 se presenta espontáneamente la señora C. G. V., manifiesta su oposición a que sus hijas sean dadas en adopción, y expresa que su intención es poder rehabilitarse para recuperar a sus hijas y que las niñas estén con ella.

A fs. 120 acompaña informe la licenciada A. B. Allí destaca que “Los Sres. C. y A. historizan acerca de la vida de A. con angustia, dando cuenta de los avatares y circunstancias atravesadas por la familia biológica de la niña; esto mismo es lo que los decidió a encargarse de A. Aparece en el relato de ambos adultos el temor a que la niña quede desprotegida si no cuenta con la presencia de ellos, ya que no confían en que el Sr. L pueda ofrecerle bienestar” (textual).

A fs. 121 la Lic. A. B. y el doctor M. Á. —psiquiatra— informan que de la entrevista sostenida con la señora C. V. surge que, en relación a la señora E. C., ...“aparece cierto temor a que el grupo familiar en algún punto niegue la realidad biológica de la niña o la desconozcan como madre, apoya su preocupación en algunas actitudes observadas en esta familia más allá de que reconoce y agradece la asistencia que le ofrecen (...) En cuanto al Sr. L., a quien reconoce como figura paterna de A., expresa que ambos siente un gran afecto entre sí, más allá que para con ella, en la relación de pareja no ha sido buena persona, ya que en ocasiones la ha maltratado. Asume que el vínculo entre él y la niña es real” (textual).

A fs. 134 la señora C. V. denuncia situaciones de maltratos propiciados por el señor L. a la niña A., solicitando la intervención del Equipo Técnico del Juzgado, lo que es proveído a fs. 135.

A fs. 146 la progenitora solicita la suspensión del régimen provisorio de comunicación otorgado al señor L. respecto de A.

A fs. 148 se encuentra agregado informe del Laboratorio de Análisis Comparativo de ADN de la Dirección General de Asesorías Periciales. Allí el organismo comunica que “los resultados observados excluyen a J. G. L. como padre posible de A. I. V.” (sic).

A fs. 156 la Lic. A. B. informa, respecto de A., que: “se observa en ella un estado anímico que devela un repliegue afectivo, poco demostrativa y por momentos introversión. Se mantiene callada, tomándose tiempo para responder, situación que se va modificando gradualmente a lo largo de la entrevista”, que “Realiza comentarios acerca de escenas de malestar en la vida cotidiana y en relación a las figuras convivientes y se desprende que, en cuanto a otros referentes afectivos (C., J. y F.) con quienes ha tenido contacto esporádico hasta finales de agosto, cuenta con información imprecisa y errónea”. En función de ello, la perito indica la necesidad de que A. cuente con un espacio terapéutico propio, en el que pueda ir esclareciendo su lugar en la trama familiar de origen y en la actual.

A fs. 157/158 la señora Juez A. S. G. M. mantiene el régimen de comunicación entre el señor L. y la niña pues más allá del resultado del estudio entiende que aún no se había promovido proceso teniente a desplazar su filiación.

A fs. 169 se presenta el doctor H. A. L., Asesor de Incapaces a cargo de la Asesoría de Incapaces N° 2 Departamental. Adjunta en sobre cerrado acta de la entrevista que mantuvo en la sede su asesoría con la niña A., y en atención a lo que surge de ella requiere se de intervención a la Justicia Penal y se disponga la restricción de acercamiento del señor L. para con la menor.

En fecha 17 de octubre de 2018, mediante resolución agregada a fs. 170, la señora Juez acoge el pedido del Asesor y ordena las medidas solicitadas.

A fs. 173 el psiquiatra M. Á. presenta informe sobre la situación de C. V., en el que señala, en relación a la

función y responsabilidad parental, que no impresiona contar con las herramientas y el apoyo necesario para ejercer al momento dicha responsabilidad, para lo cual deberá contar con un tercero responsable que la ayude en relación a su salud, para sostener sin recaídas clínicas, lo cual es necesario para el ejercicio de cualquier actividad en relación al cuidado de un tercero.

A fs. 174 la jueza a quo dispone dar vista al Asesor de Incapaces a los fines de que promueva las acciones de fondo pertinentes a los efectos de la definición de la situación jurídica de la niña A. V., y convoca a audiencia al matrimonio S.-B. a fin de que se expresen en relación a la eventual voluntad de acoger en su hogar a la niña A. V.

A fs. 175 se lleva a cabo la audiencia antes mencionada, en la que el matrimonio expresa no se encuentran en condiciones de incorporar a A. a su hogar.

A fs. 181 se agrega informe del Instituto Juvenil donde destaca que “...los días que es retirada de la institución por el Sr. L. J., A. mostraba notoriamente un cambio en su actitud manifestándose reticente y triste, aunque sin oposición, no siendo así los días que se retiraba con sus tutores...”.

A fs. 205 la jueza de grado, teniendo en consideración que se encuentra vencido el plazo máximo de duración de la medida de abrigo adoptada, convoca a audiencia a todas las partes intervinientes —para el día 23 de noviembre de 2018— a fin de definir la situación jurídica de la niña A. V.

La señora C. V. denuncia a fs. 212/13 incumplimiento de su régimen de comunicación con A. por la actitud reticente del matrimonio C. - Á.

A fs. 215 se encuentra agregada el acta de la audiencia celebrada con la señora C. V., quien solicita el reintegro de A., con el sistema de apoyo de la familia de F. D. y A. L., en forma indistinta, mientras ella se recupera.

A fs. 216 se agrega el acta de la audiencia celebrada con la señora E. C. y C. Á. con el objetivo de acordar el régimen de comunicación entre C. V. y A.

A fs. 219 la licenciada A. B. presenta informe de la entrevista que sostuvo con la niña, en el que destaca que la niña expresa que las escenas de malestar vertidas en su momento han cesado, pero que aparece el malestar de los adultos, cuando se trata de sostener cuestiones que tienen que ver con su familia de origen. Claramente —indica la psicóloga— surge el temor de la niña a la reactividad de los adultos de su entorno y al enojo personal al manifestarse en oposición a ellos, por lo que asume que lo conveniente es callar.

La señora C. V. se opone, a fs. 224, a que la comunicación con su hija A. se haga con la asistencia del matrimonio Á. - C. Afirma, entre otras causas, tener el pleno ejercicio de la responsabilidad parental sin haberse dictado restricción alguna. Expresa que ya manifestó su voluntad y decisión de tener el reintegro y comunicación asistido con sus referentes afectivos y de A., señores F. D. y A. L.

La licenciada B., a fs. 229, luego de tener una entrevista con el señor A. L., y la señora F. D., evalúa positivamente la posibilidad de que A. tenga encuentros con su madre en el domicilio de ellos los fines de semana, pues le garantizaría a la niña el derecho a sostener el contacto que lo considera de suma relevancia para la constitución emocional.

A fs. 231/232, la jueza a quo establece en forma provisoria el régimen de comunicación entre C. V. y la niña A. V. a realizarse todos los fines de semana: desde el sábado a las 10:00 hs. hasta el domingo a las 17:00 hs en presencia de sus apoyos F. D. y A. L.

A fs. 234/36 se agrega copia del informe de la evaluación realizada por el perito psicólogo B. a la señora C. V. en el marco de los autos “V., F. M. s/ Materia a Categorizar”, en el que señala, con respecto a la capacidad de la función materna, que todavía no se encuentra preparada para ejercer de manera autónoma e independiente la función materna, pero que ello no descarta la posibilidad de que la misma pueda mantener contacto con sus hijas y ejercer influencias positivas de protección y cuidado con apoyo y supervisión de terceros.

La licenciada R. V., luego de visitar al matrimonio Á. - C. y a A., agrega informe a fs. 237/8. Concluye “...la existencia de ciertos obstáculos para una estable comunicación entre madre e hija al llevarse a cabo el contacto en la puerta del domicilio del matrimonio evaluado, lo que colocaría a la niña en una estado de mayor vulnerabilidad” y que “el cuidado centrado en A. y brincado por el matrimonio es acorde a la edad de la misma y existen condiciones materiales, ambientales y económicas para la cobertura de todas las necesidades básicas” (textual).

A fs. 239 la jueza a quo, teniendo en consideración que se cumplieron la medidas dispuestas a fs. 205,

dispone dar vista al Asesor de Incapaces a fin de que dictamine sobre la situación jurídica de la niña.

Mediante presentación electrónica del día 19/12/2018, el Asesor de Incapaces se notifica de la resolución de fs. 239 y solicita que se fije una audiencia con la señora C. V. y la señora E. C. para poner en conocimiento la presentación formulada por la progenitora de la niña —en la que da cuenta de los agravios sufridos—, el informe social en fs. 237 y acordar la forma en que se llevará a cabo el régimen de comunicación durante el periodo estival.

A fs. 251/252 obra informe de la Posada de Inti (de fecha 18/12/2018) donde consta que “transcurridos ya ocho meses en abstinencia, se trabaja en fortalecer la revinculación con sus hijas en el marco de un dispositivo de parentalidad asistida, junto a los referentes (...). Sin recaídas al momento, la usuaria no evidencia producción psicótica, no presente tendencias auto ni heteroagresivas como así tampoco manifiesta ideación autolítica...” (sic).

A fs. 243 la sentenciante desestima, por no resultar pertinente en este estadio procesal, la fijación de la audiencia solicitada por el Asesor de Incapaces en la presentación de fecha 19/12/2018, haciendo saber que la vista fue a los fines específicos de dictaminar respecto de la definición de la situación jurídica de la niña A. V. y, en consecuencia, dispone una nueva vista a dicho Ministerio.

En el escrito electrónico de fecha 27/12/2018, el Asesor dictamina respecto a la regularización la situación jurídica de A. Tras efectuar un breve racconto de los antecedentes del caso, refiere que: a) a fin de dotar a A. de un marco jurídico adecuado a su situación e interés se la procedió a citar a la sede de su Ministerio, y luego del contacto y atento a las manifestaciones vertidas por la niña peticionó la suspensión del contacto con el Sr. L. y la intervención del EANSR respecto de todo el grupo familiar con el que A. se encontraba viviendo; b) que habiendo obtenido respuesta del estamento administrativo en fecha 25/10/2018 en la que no se constataban derechos vulnerados, se citó a los señores C.-A. a fin de tomar contacto e instarlos a iniciar la acción de fondo pertinente (guarda), c) que si bien a la fecha eso no ha acontecido, y la señora V. ha manifestado su retraimiento a la delegación oportunamente presentada, lo cierto es que A. se encuentra bajo el cuidado efectivo de los nombrados con un régimen de comunicación con su progenitora quien ha manifestado su voluntad de querer reasumir su rol parental.

Ante ese estado de situación, el Asesor dictamina que no se encuentran dadas las condiciones para demandar un estado de adoptabilidad, y no habiendo requerido el matrimonio C.-A. la guarda de la niña y habiendo retraído su voluntad de delegación la progenitora, solicita a título cautelar y provisorio que se disponga la guarda de A. al referido matrimonio, hasta tanto se lleve a cabo la audiencia integral solicitada por su dependencia, que permita zanjar el estado actual de la situación de la niña y dictaminar en consecuencia.

## II. La sentencia recurrida:

En fecha 19 de febrero de 2019 dicta sentencia la señora jueza de Primera Instancia. Allí, dispone que “Fallo: 1) Rechazando la homologación de delegación de guarda solicitada a fs. 58/59 y la guarda solicitada por el Sr. Asesor de Incapaces; 2) Declarando la situación de adoptabilidad de la niña A. I. V., DNI N° XX.XXX.XXX, nacida el día X de XXXX de XXXX, hija de la Sra. C. G. V. (DNI N° XX.XXX.XXX), sin perjuicio de mantenerse el derecho de comunicación entre ambas, como así también con la niña F. V.; 3) Decretando medida cautelar, hasta tanto se encuentre firme la presente sentencia, disponiéndose la selección de postulantes inscriptos en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción a los efectos de que la niña A. V. sea incorporada a un ámbito familiar bajo la figura de guarda simple. Hasta tanto se efectivice dicha medida, la niña A. V. deberá ingresar transitoriamente a un hogar en el que le deberá otorgar vacante el organismo de niñez a cuyo fin se confiere intervención al EANSR, librándose oficio a dicho organismo con habilitación de días y horas inhábiles (art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Comercial)”.

Para justificar su decisión explica que la guarda solicitada por el Asesor no resulta la medida más acorde al interés superior de la niña A. V., pues no se ajusta a lo normado por los arts. 643 y 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Añade que el art. 643 del Cód. Civil y Comercial reconoce en los progenitores la facultad de delegar la guarda por un plazo determinado, pero en este caso la madre revocó expresamente la delegación oportunamente efectuada.

Tampoco considera aplicable el art. 657 del Cód. Civil y Comercial porque el matrimonio Á.-C. no tiene vínculo de parentesco alguno con la progenitora ni resultan ser en la actualidad referentes afectivos. Sumado a ello, también pondera el hecho de que hayan impedido la comunicación con la madre, según surge de los informes de los profesionales intervinientes en el proceso, y menciona situaciones de malos tratos.

Seguidamente descarta al matrimonio D. L. como figuras de apoyo para el ejercicio materno.

Para así decidir explica que “...Resulta llamativo que el acercamiento y el apoyo brindado por los Sres. D. - L. a la Sra. C. V., quienes incluso se hicieron cargo de los costos de la internación de la misma e n “Posada del Inti”, se efectúa con posterioridad a la resolución que dispuso la separación de la niña F. V. de los nombrados, y es a partir de ese momento 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. Por el contrario, la Sra. V. no tenía contacto con la niña F. mientras los Sres. D.-L. ejercieran su guarda de hecho. Es decir que los nombrados no ejercían un rol de “apoyo” a la maternidad de la Sra. V. sino que pretendían sustituir su función materna...” (sic).

No obstante ello, aclaró que podrían ser tenidos en cuenta para el acompañamiento de la madre en la comunicación con la niña, de conformidad con lo informado por la licenciada B. a fs. 229.

A continuación, procede a valorar los informes vertidos por el equipo interdisciplinario, atento a lo dispuesto por el art. 706 del código sustantivo.

Luego explica la jueza a quo si bien C. demostró su intención de rehabilitarse de 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” que fueron “significativas en la constitución de su identidad”. En dicho sentido, sus “limitaciones operantes en la dimensión afectiva tienen correspondencia con acontecimientos traumáticos vividos durante su infancia y en etapas de formación de su personalidad”, “períodos en los que los modelos identificatorios tempranos se constituyeron en la base de internalización de su capacidad adaptativa...”.

Sostiene que la situación jurídica de la niña A. no puede depender de los avatares de la vida de su progenitora, quien no obstante haber evolucionado favorablemente en el tratamiento, no se encuentra en condiciones de ejercer de manera responsable el rol materno en la actualidad. Añade que tampoco vislumbra su eventual posibilidad en un tiempo certero ni razonable.

Detalla que el caso configurado se encuadra con el supuesto previsto en el art. 7 inc. 3° de la ley 14.528 “...que 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...” (sic).

Continúa diciendo que “...En virtud de ello, a los fines de satisfacer el interés superior de la niña A. V., garantizando su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que cumpla las funciones afectivas, nutritivas y normativas, corresponde su declaración en situación de adoptabilidad y su inserción en el seno de una familia inscripta en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, manteniendo un régimen de comunicación con su progenitora biológica, Sra. C. V., y su hermana F. V...” (sic).

La sentencia fue apelada por la Asesoría de Incapaces y por la señora C. G. V.

### III. Recurso de la asesoría de incapaces:

Mediante escrito electrónico de fecha 22 de febrero de 2019 el señor Asesor de Incapaces doctor H. A. L. interpone recurso de apelación y lo funda mediante pieza de igual tenor de fecha 18 de marzo de 2019.

Se agravia en primer término de la situación de adoptabilidad decretada pues desde su óptica se dicta la sentencia sin proceso previo. Es decir, no existe en el caso previo demanda a dicha declaración, ni se bilateralizó el proceso en ese sentido, ni se produjo la prueba prevista ni se incorporó a los organismos administrativos del sistema de protección integral. Añade que “...se ha resuelto una situación de capital importancia en la vida de A. sin haber acudido a las herramientas procesales previstas tanto por nuestra norma de fondo como por nuestra norma de forma...” (sic).

También se queja de la afectación del status quo de la niña. Precisamente, identifica al interés superior de A. con el mantenimiento de la guarda otorgada al matrimonio C. - Á., en vinculación con su madre y su hermana. Sostiene que no existe ningún justificativo técnico que denote la necesidad jurídica de cortar dicho vínculo.

Explica su oposición a la medida cautelar dictada que tiene como fin la selección de postulantes en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción. Resalta que ello implica “...una no adecuación de medios afines entre el efecto utilizado (devolutivo en lo cautelar) y la finalidad lograda (genera consecuencia devolutiva en el fondo) (arg. principio de razonabilidad, arts. 14 y 28 CN)...” (sic).

Finalmente solicita, como medida cautelar, "...la guarda simple, provisoria y asistencial de A. I. V. a los Sres. E. C. y C. Á., a fin de facilitar la satisfacción de los derechos básicos de la niña (como lo son la cobertura médica, derecho a la escolaridad, etc.), mientras dura la tramitación de los recursos en cuestión..." (textual).

Dichos fundamentos son contestados por la progenitora (conjuntamente con su memorial, que se reseñará a continuación) mediante escrito obrante a fs. 295/304. En tal sentido manifiesta su oposición a la guarda propuesta por el Asesor de menores, pues denunció en reiteradas oportunidades el maltrato a A. por el matrimonio A. - C.

#### IV. Recurso de C. G. V.:

La señora C. G. V., con el patrocinio de la doctora L. M. S., interpone recurso de apelación mediante escrito electrónico de fecha 4 de marzo de 2019 y lo funda a fs. 295/304.

En primer lugar, explica que en el presente abrigo no se ha demandado la declaración de adoptabilidad. Ello llevó a la magistrada a quo a fallar "ultra petita" violando el principio de congruencia que toda sentencia debe guardar conforme lo solicitado en la demanda.

Explica que también se violó la posibilidad de su parte de ejercer la defensa y ofrecer las pruebas que asisten a su derecho y al de la niña. Así, solicita la nulidad de la sentencia.

Detalla que en reiteradas oportunidades manifestó su oposición a la declaración de adoptabilidad de sus hijas.

Menciona que, en rigor del avance favorable de su tratamiento, comenzará a tener salidas más prolongadas y también los días de semana, lo que la posibilitará pasar más tiempo con sus hijas y aclara finalmente que "...no se debe esperar a la culminación del tratamiento completo para comenzar a ejercer la función materna, dicha función debe acompañar la recuperación día a día en la vida misma de las niñas con su madre..." (textual).

Como segundo agravio refiere su oposición al alojamiento, aunque sea transitorio de su hija A. en un hogar, pues no es su intención que la niña sea institucionalizada, como así también a que se otorgue la guarda a Aspirantes de adopción.

En su tercer agravio, y vinculado con lo anterior, cuestiona que se libre oficio al Registro Central de Aspirantes a fin de poner en conocimiento la situación de A., argumentando que la sentencia no se encuentra firme.

A continuación, solicita ante esta segunda instancia, que —en calidad de medida cautelar— se otorgue la guarda provisoria de la niña al matrimonio D. - L. hasta tanto termine su tratamiento.

Dichos fundamentos son contestados por el doctor L. mediante escrito electrónico de fecha 1 de abril de 2019.

Entre sus dichos se destaca su relato con respecto a su comparecencia al hogar D. R.: "...Se observa a A. apática, sin perjuicio de recibimos con un abrazo, manifiesta ganas de jugar con los efectos que existen para ese fin en la "salita" que nos brinda el Hogar para la entrevista. Se hablan cuestiones de la vida cotidiana, sobre el juguete con el que estamos (una suerte de carpintería con diversos artefactos sonoro - lumínicos); impresiona cierta sobreadaptación o desafectivización al manifestar espontáneamente sentirse a gusto en dicho establecimiento "donde voy a vivir para siempre" (sic). Acto seguido, y de modo espontáneo comenta que "E. y C. me pegan", dándose tres golpes de puño de modo reiterado y veloz en la cabeza (con su mano izquierda), para repetir, "E., C." (con el agregado de "F., C., E. y mis hermanos" sic) me pegan", y "E. y A." me muerden el brazo" —nuevamente tres golpes abruptos, que no dan tiempo de reacción para impedirlo—. Sigue jugando, y a fin de evitar cualquier tipo de revictimización, estando en conocimiento que el día posterior iba a ser entrevistada por la Lic. B., continuamos jugando y dibujando, hasta despedirnos por ser el horario de cenar..." (textual).

#### V. Audiencia de escucha al menor y medidas para mejor proveer dispuestas en esta Alzada:

A fs. 338 este Tribunal convoca a audiencia a fin de tomar contacto y oír a la niña A. V., citando además al señor Asesor de Incapaces, la señora C. V., los integrantes del Equipo Técnico del Juzgado de origen, los señores F. A. L., M. F. D., E. M. C. y C. Á.

A fs. 349 obra el acta de audiencia en la que se tomó contacto y escuchó a la niña A. V., y a fs. 350 se encuentra agregado el CD que porta la grabación digital de la audiencia llevada a cabo con el resto de las partes y peritos convocados, de cuyas incidencias da cuenta el acta de fs. 351.

En tal ocasión la niña relató: que tiene una hermanita que se llama F.; que se quiere quedar a vivir en el Hogar D. R.; que después se va a vivir con su familia: E., C., E., A., R.; que tiene dos mamás, una que se llama E. y otra C.; y que le gustaría vivir con F.

A fs. 352, en calidad de medida para mejor proveer, se ordenó realizar una visita al Centro de Asistencia y Prevención de Trastornos Psicofísicos y Sociales para el día dos de mayo, y solicitar a dicha institución un informe actualizado sobre la evolución de la señora C. G. V.

A fs. 355 se encuentra glosada el acta en la que consta el cumplimiento de diligencia realizada en la Posada del Inti, y a fs. 356/358 se agrega el informe de evolución remitido por dicha entidad.

A fs. 366 se requiere a la licenciada A. B. —en calidad de medida de mejor proveer— un informe respecto a la situación y el estado emocional actual de la niña A. I. V., el que fue remitido por oficio electrónico, con copia un informe elaborado por el Equipo Técnico del Hogar Divino Rostro, cuyas impresiones se encuentran glosadas al expediente a fs. 367/372.

#### VI. Consideración de los agravios.

VI.1.- Adelanto que, en mi opinión, la “declaración judicial de adoptabilidad” emitida por la juez de grado a fs. 259/271, ha sido dictada en forma prematura y, por consiguiente, corresponde su revocación con los alcances que serán explicados más adelante.

No son las razones que fueron expuestas por el Asesor de Incapaces (ausencia de proceso previo) ni por la señora C. V. (incongruencia por haberse extralimitado el margen de debate de las presentes actuaciones “ultra petita”) las que —en mi opinión— determinan la necesidad de revocación, puesto que si bien no existe demanda promovida por la Asesoría Interviniente (la que dictaminó que no se encuentran dadas las condiciones para ello, cfr., escrito electrónico de fecha 27/12/2018), el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño fue quien solicitó la declaración del estado de adoptabilidad (v. fs. 31) y, además, objetivamente la ley 14.528 confiere al juez la facultad de declarar dicho estado de oficio si —como ocurre en la especie— se encuentran vencidos los plazos establecidos en el citado cuerpo normativo (art. 14).

Es decir, lo decidido no constituye un supuesto de sentencia “ultra petita” encuadrable dentro de los contornos que han sido definidos por la jurisprudencia para este tipo de vicio de incongruencia (SCBA causas: Rc. 118.566 “F., A.d.I.M” sent. del 18/06/2014; C 98.055 “Liporace”, sent. del 03/06/2009 —voto de la mayoría—) ni se requiere la necesidad de promoción de proceso autónomo (como expresa el señor Asesor), por cuanto el juez puede emitir “de oficio” un pronunciamiento como el atacado si juzga que se dan las circunstancias que prevé el art. 14 de la ley 14.528.

VI.2.- El fundamento para proponer la revocación —como anticipé— reposa en otras circunstancias, que pasaré a explicar seguidamente.

El nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación marca un claro sendero en cuanto a que para evaluar si corresponde declarar judicialmente que un niño se encuentra en situación de adoptabilidad debe atenderse a “su interés superior” (argto. arts. 594; 595 inc. 1; del Cód. Civ. y Comercial). Ello, a su vez, se encuentra en clara consonancia con lo dispuesto por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que atenderá será el interés superior del niño...”.

También es contundente el nuevo ordenamiento —sin contradecir lo anterior— en cuanto a que la declaración judicial de situación de adoptabilidad de un niño (que tiene padres) no podría decidirse sin que previamente se haya corroborado el fracaso de las medidas excepcionales tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada (art. 595 inciso “c” y anteúltimo párrafo del art. 607 del Cod. Civ. y Comercial).

Es decir, sienta como regla que no debe acudir a la adopción ante la simple situación de vulnerabilidad, sino que antes debe descartarse que la protección y cuidados tendientes a satisfacer las necesidades afectivas y materiales del niño, no puedan ser proporcionadas por su familia de origen o ampliada (arg. arts. 7, 8, 9, 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14 y 75 inc. 22 Const. nac.; jurisprud. SCBA causa N° 121.569 del 11/04/2018; Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, “Familia de origen vs. familia adoptiva: de las dificultades disyuntivas que involucra la adopción”, LA LEY 2011-F-225; Herrera, Marisa, comentario a los arts. 594 a 596, en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Lloverás, Nora - Herrera, Marisa (dirs.) “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T. III, p. 52 y

ss.).

Es que, en rigor, el “interés superior” no descarta, al contrario: prioriza la permanencia del niño con los progenitores, su familia de origen e, incluso, con su referentes afectivos, en tanto ese entorno pueda ser compatible con aquel (arg. art. 607 anteúltimo párrafo del Cód. Civ. y Comercial; jurisprud. SCBA causa N° 121036 del 29/11/2017; y doct. Mizrahi, Mauricio L., “Niños Afectados: La preferencia por la familia de sangre y el deficiente sistema judicial; publicado en AR/DOC/445/2019).

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que: “...el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia fundamental y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado...” (conf. CIDH, causa “Fornerón e hija vs. Argentina” del 27/04/2012).

Otro aspecto del tema que resulta relevante es lo relativo a la subsistencia de la situación de vulnerabilidad al momento de decidirse por el juez la declaración de situación de adoptabilidad del niño o niña.

Es que, si bien el legislador se ha esforzado, en pos del interés superior del niño, en la regulación de los plazos o límites temporales dentro de los cuales debe decidirse la situación del niño (180 días para que el organismo administrativo de protección de los derechos del niño dictamine, ante el fracaso de las medidas excepcionales, acerca de su situación de adoptabilidad. A ello debe adicionarse el plazo 24 horas que tiene para comunicarlo al juez, más los 90 días que tiene este último para decidir si corresponde declarar la situación de adoptabilidad —art. 607 inc. c de Cód. Civ. y Comercial—), en la práctica, sea por las demoras en la remisión del dictamen por parte del organismo administrativo o por la propias incidencias procesales que demoren la expedición por parte del juez, en muchos casos, terminan por consolidarse situaciones de hecho que frecuentemente, ante su irregularidad, causan al sujeto protegido un grave perjuicio para su estabilidad emocional, contrariando los fines que se tuvieron en miras al regular una supuesta “agilidad” en la resolución (argto. conf. doct. Mizrahi, Mauricio L., “Niños en guardas de hecho y judiciales. Discutible interpretación del artículo 611 del Cód. Civil y Comercial”, cita online: AR/DOC/17/2019; Duprat, Carolina - Fernández, Silvia E. - Herrera, Marisa - Molina de Juan, Mariel F; “Adopción”, en Kemelmajer de Carlucci, Aida - Herrera, Marisa - Lloverás, Nora (dirs), “Tratado de Derecho de Familia”, T V-B, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2016, p. 19 y ss.).

De todos modos, en otras ocasiones (que tal vez sean las menos frecuentes), el paso del tiempo —por el contrario— modifica el plañón fáctico que desencadenó la intervención del organismo administrativo y, pese a su dictamen desfavorable, por algún acontecimiento inesperado (o producto de las medidas excepcionales de apoyo que disponga el Tribunal) las circunstancias de “vulnerabilidad” se modifican sustancialmente. Es que, las cuestiones relacionadas con el derecho de familia —como es sabido— no son estáticas y lo que ayer parecía imposible, hoy o mañana podría ser factible.

En tal sentido se ha señalado que no es posible sostener criterios rígidos en esta materia, sino que es preciso partir del hecho incontrovertible de que se está juzgando un hecho de vida, que, como tal, es cambiante, mutable, en razón del propio crecimiento de sus protagonistas (arg. jurisprud. esta Cámara, Sala 2, causa 98638, RSD-231 del 22/08/1996), y que “... en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. Lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente...” (SCBA Ac. 66.519, sent. del 26/10/1999; Ac. 71.303, sent. del 12/04/2000; Ac. 78.726, sent. del 19/02/2002; Ac. 102655, sent. del 24/04/2012 Del voto del Juez Pettigiani).

En consecuencia, al momento de resolver (sea en primera o segunda instancia) se debe contemplar la actualidad del contexto circunstancial, pues así lo impone el principio de realidad al que apela el art. 1 del Cód. Civil y el interés superior del niño.

El principio de realidad en materia de adopción cobra especial relevancia, pues existen numerosas situaciones que no pueden ser subsumidas automáticamente en las reglas normativas, o que directamente quedan afuera de ellas, produciéndose situaciones de lagunas o injusticias que el operador debe integrar, corregir o adaptar con los elementos normativos a su alcance (cfr. Duprat, Carolina - Fernández, Silvia E.- Herrera, Marisa - Molina de Juan, Mariel. ob. cit. p. 11).

De igual manera la ponderación del interés superior del niño tampoco puede prescindir de una valoración contextualizada de la realidad.

Sobre el particular la Suprema Corte de la Provincia sostuvo que "...probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA. Causas: C 116644, "E., A. G. y M., A. J", sent. del 18/04/2018; C 104730, "V.,S.", sent. del 13/07/2011).

Partiendo de lo expuesto en el párrafo anterior, considero que el juez, luego de culminar el trámite (arts. 608 y 609 del Cód. Civ. y Comercial y lo dispuesto por la ley 14.528) y ya frente a la tarea de evaluar la necesidad de declaración de situación de adoptabilidad, debe ponderar si el contexto fáctico actual demuestra la inalterabilidad de la situación de vulnerabilidad y, a su vez, la imposibilidad de que sus progenitores, familia de origen o referentes afectivos mantengan su impotencia para preservar el cuidado y protección que cada niño merece.

Así, entiendo, que no puede adoptarse la decisión evaluando únicamente datos históricos, sino también meritando en qué medida aquellos pueden verse modificados por el paso del tiempo y la dinámica familiar.

Las decisiones judiciales, y con mucha mayor razón en materia de familia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado (argto. segundo párrafo del inciso 6 del art. 163 inc. del Cód. Proc. Civ. y Comercial), en tanto que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales que resuelven cuestiones de familia si nos limitamos a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndonos de las circunstancias del caso que la ley nos manda concretamente valorar (esta Sala causa, 161.676, RSD-28, sent. del 01/03/2018; argto. jurisprud. CSJN, 15/02/2000, "Torres, A. D. s/ adopción", Fallos: 323:91; íd., 02/08/2005, "S., C. s/ adopción", Fallos: 328:2870, SCBA 102.655, sent. del 24/04/2012 del voto del Juez de Lázzari).

VI.3.- Trasladando los principios enunciados al caso particular bajo examen, considero —como ya anticipé— que la decisión de la juez de grado desembocó en una declaración temprana de adoptabilidad, pues —a mi entender— aún no se habían agotado las posibilidades de que A. pudiera recibir amparo en su familia biológica o ampliada. Efectivamente, fueron muchos los acontecimientos que se sucedieron desde la comunicación de la medida de abrigo, el 5 de mayo de 2017. Desde esa fecha hasta hoy han transcurrido más de dos años. Y ese lapso, en la vida de A., ha significado una mutación constante, que incluso va más allá del momento en que la juez a quo emitió el decisorio cuestionado.

Para evitar que la apreciación precedente quede desprovista de una adecuada fundamentación me referiré seguidamente al contexto que describió el organismo administrativo al momento de adoptar la medida de abrigo, como así también al estado de salud que atravesaba su madre en esa instancia. Luego haré referencia al plañ fáctico actual (arg. arts. 3 del Cód. Civ. y Comercial y 163 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI.3.a.- Cuadro de situación al momento al dictaminar el Centro de Protección de los Derechos del Niño:

VI.3.a.i. A. I. V.: El equipo de Atención a la Niñez en Riesgo tuvo el primer contacto con A. el día XX/XX/XXXX (v fs. 2/5), cuando adoptó la medida de abrigo en el ámbito no institucional, quedando bajo el cuidado de su tía abuela, A. M. V., por el plazo de 180 días.

El motivo de la intervención fue: "...la manifiesta imposibilidad de la progenitora de ejercer la maternidad a causa del consumo abusivo de estupefacientes y negligencia en los deberes del cuidado para con sus hijas" (textual fs. 4).

Es decir que al momento en que el Centro de Protección de la Niñez tomó intervención (28/04/2019), la madre (C. V.) se hallaba en una situación de consumo abusivo de sustancias adictivas, considerándose la incapacitada para ejercer su maternidad debido a dicha circunstancia y a la negligencia en sus deberes de cuidado de la niña y su hermana.

El organismo de la niñez no pudo concretar un entrevista con la progenitora al tomar intervención en el caso (v. fs. 4).

Por otra parte, el estado de las causas que dieron lugar a la medida de abrigo adoptada no cambiaron a la época en el que el Equipo de Atención a la Niñez en Riesgo realizó el informe de conclusión del Programa Estratégico de Restitución de Derechos (31 de octubre de 2017), y el principal obstáculo en la implementación de las estrategias —según lo informado— fue la imposibilidad de mantener un contacto fluido con la

progenitora, que no resultó permeable a las intervenciones del equipo técnico (v. fs. 25/26).

En dicho informe el equipo concluyó que: "...la situación de la progenitora en relación al consumo de estupefacientes y su imposibilidad de tratamiento, que diera como resultado un obstáculo insalvable para el ejercicio responsable de su maternidad impide la revinculación y restitución de los derechos de la causante..." (v. fs. 26).

Paralelamente, y más allá de la imposibilidad de su madre de asumir la función materna, tampoco existía en aquel momento un "padre" que le diera amparo, pues su supuesto progenitor (Sr. L.) aún no se había presentado para solicitar un régimen de contacto.

Fuera de la tía abuela que se encargó provisoriamente del cuidado de A., al solicitarse la convalidación de la medida de abrigo no se había constatado la existencia de otros familiares o referentes afectivos que pudieran evitar la situación de vulnerabilidad a la que estaba expuesta A. V.

En esa época, su madre había delegado la responsabilidad parental en su propia tía (tía abuela de A.). Insisto, no hubo otra contención familiar o de su red socioafectiva.

VI.3.b: Situaciones que atravesó A. desde de la medida de abrigo hasta el dictado de la resolución que declara su estado de adoptabilidad:

Luego, ante la imposibilidad de la abrigadora de hacerse cargo del cuidado de las dos niñas (A., y su hermana F. —con meses de vida—) C. V., mediante el convenio de fs. 58/59 (de fecha 22/02/2018), delegó la guarda de A. a la señora E. C., por ser persona de su confianza.

La guarda de su hermana F. fue delegada —en la misma fecha— a la pareja de M. F. D. y F. A. L., pero luego, ante la falta de homologación de dicho acuerdo, en fecha 4 de junio de 2018 se modificó la situación de guarda otorgándose a la pareja S.-B. (postulantes del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción), es decir que las hermanas se encontraban bajo el cuidado de familias diferentes (al menos desde el 22/02/2018).

En ese periodo A. también había comenzado a mantener contacto con el señor C. L., quien —conforme precisa la sentencia en crisis— se presentó en autos (en diciembre de 2017) con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial N° 1, acreditando haber efectuado el reconocimiento paterno filial. La paternidad luego fue contradicha por los resultados de una prueba de ADN, y el contacto con la menor se suspendió en octubre de 2018 y nunca más se reanudó.

Así fue como A. permaneció con los guardadores de hecho: Sra. E. C. y C. Á. —manteniendo visitas esporádicas con la progenitora—.

El día X de xxxx de XXXX la señora C. V. se presentó espontáneamente en el juzgado poniendo en conocimiento que se internaría —el día jueves— en la "Posada del Inti" para tratar su problema de adicciones y, en ese mismo acto, manifestó su oposición a que las niñas (A. y F.) fueran dadas en adopción.

En la fecha anticipada por la nombrada (X de xxxx de XXXX), comenzó el tratamiento para su problemática adictiva en la comunidad terapéutica "Posada del Inti" bajo la modalidad "internación", transitando las distintas fases con evolución favorable y cumpliendo los objetivos terapéuticos esperados (v. fs. 208/211, 356/358).

Hacia el cuarto mes de tratamiento (xxxx de XXXX) pasó a la Fase B y comenzó a realizar las salidas terapéuticas los días sábados y domingo, permaneciendo en el domicilio de sus referentes afectivos: M. F. D. y F. A. L. (v. informe de fs. 208/211, 251/252, 356,358, acta de fs. 215/vta.;

v. declaración de C. V. en audiencia videograbada, Cd de fs. 350: 02:05).

En ese último tiempo (desde el mes de noviembre de 2018 en adelante), comenzaron las desavenencias entre la familia C.-Á. y la señora C. V., llegando —incluso— a manifestar esta última que revocaba su voluntad de dejar a la niña bajo el cuidado de aquella familia, mientras continuaba su tratamiento por adicciones en la institución "Posada del Inti" (ver escritos de fs. 212/213, 224/ vta., 295/304 acta de audiencia de fs. 215/216 y lo manifestado en el acto de audiencia videograbada del día 29/04/2019, CD de fs. 350: 11:20 en adelante). Como corolario de tal revocación, la progenitora solicita el reintegro de la niña, para que quede al cuidado de sus referentes afectivos, F. A. L. y F. D.- mientras se recupera de sus adicciones.

Pese a los cambios en los ámbitos de cuidado por los que pasó A., en todos ellos mantuvo contacto esporádico tanto con su hermana F., como con su madre C. V. En esta última etapa (xxxx de XXXX) los encuentros con la madre se realizaban todos los fines de semana: desde el sábado a las 10:00 hs hasta el

domingo a las 17:00 hs, en presencia de los apoyos, F. D. y A. L., más precisamente en la casa de dicha familia en la que se aloja la madre durante las salidas (cfr. resolución de fs. 231/232, v. Cd de fs. 350, declaración de C. V.: 02:30 y de la pareja D.-L.: 33:34).

En resumen, en ese lapso, A. atravesó las siguientes situaciones:

a) tuvo contacto con el Sr. J. G. L. como si fuera su papá (lo que luego se interrumpió por la prueba negativa de ADN y por supuestas situaciones de maltrato hacia la niña); b) pasó de estar al cuidado de su tía abuela, para pasar a la guarda de hecho de la Sra. C. y su esposo con el consentimiento expreso de su madre (quien seguía sin poder asumir su función materna, aunque había comenzado tratamiento en “Posada del Inti”); d) convivía en un ámbito familiar diferente al de su hermana Francesca, con quien siempre mantuvo el contacto, e) la madre revocó la delegación de guarda en favor de la Sra. C. por tener desavenencias con ella durante las visitas a su hija (v. fs. 58/59; v. manifestación de la señora C. en audiencia videograbada, 48:17), solicitando que la niña quede al cuidado de la pareja de F. D. y A. L., mientras se recuperaba; d) comenzó a contactarse con su madre C. los fines de semana, con la presencia de los referentes afectivos D.-L.

VI.3.c. Cuadro de situación de A. desde la resolución que declara su estado de adoptabilidad hasta el presente:

Con motivo de la sentencia que declaró la adoptabilidad de A. y rechazó la solicitud de guarda a favor del matrimonio C.-Á., la juez de grado decidió, cautelarmente, que la niña sea alojada en una institución hasta tanto sea incorporada en un ámbito familiar bajo la figura de una guarda simple a favor de algún postulante inscripto en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción (fs. 259/271).

Debido a esa circunstancia, y a la situación que se generó a partir de la denuncia de un supuesto abuso cometido por un hijo adoptivo de los guardadores, la institucionalización se hizo efectiva el día XX de xxxx de XXXX en el Hogar D. R. (v. fs. 310 y 312/313).

El día XX de xxxx de XXXX, fue escuchada por este Tribunal, en presencia del Asesor de Incapaces y, conforme surge del acta de fs. 349/7 vta., se observa que ahora se encuentra muy bien en el Hogar institucional “DR”. Tan es así que, de la reciente declaración de la psicóloga del Juzgado de Familia, Lic. A. B. puede extraerse que la niña, en cierto modo, se siente “aliviada”, al encontrarse resguardada y alejada de las situaciones de conflicto (y tironeo) entre su progenitora y los guardadores C.-Á. (cfr. aud. cit., CD de fs. 350: 23:48).

La Lic. A. B. en la audiencia antes mencionada ha informado al respecto que en el Hogar A. "... está muy bien, volvió a estar contenta... teniendo una actitud también más suelta, es como más libre... ella conversa, juega, se engancha enseguida..." (textual minuto 23:50) "...ahí fue donde la volví a ver mejor de lo que estaba anteriormente..." (ídem. minuto 26:34).

Al mismo tiempo, la entrevista con la menor también revela que su concepto de vínculos familiares posee contornos difusos, pues incluye a compañeritos del hogar, su hermana biológica (F.) y a miembros de la familia C.-Á., llegando, incluso, a referir que posee dos mamás: E. y C. (ver acta de fs. 349). No obstante lo anterior, se la observa muy alegre, participativa, aunque cautelosa al momento de identificar a sus “familiares” o “vínculos afectivos”. En ese contexto también se observa que se ha integrado rápidamente a la comunidad del Hogar y que disfruta de su concurrencia al Jardín de Infantes de la institución (lo mismo surge del informe presentado por el equipo Técnico del Hogar D. R., v. fs. 369)

Desde que A. ingresó al Hogar D. R. solo mantuvo contacto con su hermana F. (v. informes de fs. 368 y fs. 369/371), debido a que la jueza a quo dispuso, inicialmente, que la niña no recibiera visitas (providencia de fs. 55, del 22/03/ 2019, en autos “V. A. I. s/ Medidas Precautorias” expte. N° 6579143, que en este acto tengo a la vista), y mediante resolución de fecha XX de xxxx de XXXX suspendió provisoriamente la comunicación con su madre C. y la reanudó con relación a su hermana, teniendo en cuenta para ello que la niña se encuentra en un periodo de adaptación de su medio actual, y que se considera conveniente que sea respetado su espacio por el momento, teniendo como objetivo evitar episodios de angustia y confusión hasta tanto se le pueda transmitir con claridad las posibilidades de contacto y finalidad del proceso del que es sujeto (cfr. resolución de fs. 72 causa citada).

Recientemente, la Licenciada B. informó que durante la entrevista con A. realizada el día 21 de mayo del corriente, “surge la demanda de ver a su progenitora y se evalúa, al momento, que se encuentra en condiciones emocionales de retomar el contacto con ella.” (cfr. informe de fs. 368).

VI.3.d.- Cuadro de situación actual del vínculo familiar directo (madre) y de los referentes afectivos (los

anteriores: guardadores de hecho C.-Á.; y los que actualmente ha elegido C.: D.-L.) al momento del dictado de la presente resolución:

VI.3.d. i: C. V. (madre): En la actualidad lleva más de diez meses desintoxicada, no ha tenido recaídas y se encuentra transitando la última fase del tratamiento (fase C), del que, según ha sido estimado restarían dos meses —dependiendo de su evolución— con continuidad en dispositivo ambulatorio (cfr. Informe del Licenciado L. M. G., a cargo de la Dirección terapéutica de Posada del Inti, emitido el XX de xxxx del XXXX— fs. 356/358; ver también declaración de C. V. en audiencia videograbada, CD de fs. 350: minuto 02:00).

En función de los objetivos propios del tratamiento —según explica el informe mencionado— se encuentra en búsqueda laboral, y ha realizado el curso de manipulación de alimentos en el marco de su proceso de capacitación. Cuenta, además, con el apoyo y contención de los referentes afectivos D.-L. quienes, le brindan un espacio para resolver su situación habitacional (v. Cd. de fs. 350: 10:00 en adelante).

En cuanto a la capacidad para la función materna también hubo cambios. Y si bien al ser estos evaluados no se los juzgó suficientes como para reconocerles —en ese momento— aptitud para el ejercicio autónomo e independiente de dicha función, no se descartó la posibilidad de que dicho ejercicio se realice de manera asistida hasta que cuente con la autonomía necesaria (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En tal sentido, el perito psicólogo Lic. B. informó que “...el cambio hacia la responsabilidad y compromiso que C. está demostrando en los dispositivos y tareas de la Institución constituye una condición necesaria pero insuficiente para satisfacer los requerimientos que la función materna exige...”, por lo que “...C. no se encuentra todavía preparada para ejercer de manera autónoma e independiente la función materna” (fs. 234, 235).

Por su parte, el perito psiquiatra Dr. M. Á., informó que C.: “...impresiona no contar con las herramientas y el apoyo necesarios para ejercer dicha función al momento de esta evaluación, siendo necesario la presencia de un tercero responsable y contar con el acompañamiento para el ejercicio de su función maternal el tiempo necesario, hasta que cuente con la autonomía necesaria para su cuidado y el de un tercero...” (fs. 376 causa “V. F. s/ Materia a Categorizar”, que he tenido a la vista).

Cabe señalar que atendiendo al interés superior de su hija F. M. V., esas circunstancias fueron favorablemente ponderadas por este Tribunal de Alzada en la causa “V., F. M. s/ Materia a Categorizar”, Expte. N° 167.661, cuando mediante el dictado de una sentencia única, el día XX de xxxx del corriente, se revocó la declaración de adoptabilidad dispuesta en la instancia de origen en relación a dicha niña, como así también la guarda simple que había sido otorgada —a título cautelar— al matrimonio S.-B., restituyendo la guarda de F. a los referentes afectivos D.-L. en asistencia de la maternidad de la señora C. V. (sentencia única causas: “V., F. M. s/ Materia a categorizar”, Expte. N° XXX.XXX; “V. C. G. c. B. E. y otro. s/ Restitución de hijo” Expte. N° XXX.XXX; “V. F. M. s/ Materia a categorizar” —art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Comercial—, Expte. N° XXX.XXX, RSD-XX, sent. del XX/XX/XXXX).

La sentencia se ejecutó provisionalmente —en virtud del efecto devolutivo con que se concedió el recurso extraordinario deducido por el Asesor de Incapaces— y la restitución de la guarda —en los términos expuestos— se efectivizó el pasado 8 de junio, por lo que la niña hoy se encuentra en dicho ámbito familiar (cfr. surge de resolución de fecha XX/XX/XXXX, causa “V. F. M. s/ Materia A Categorizar” RSI-XXX).

#### VI.3.d.ii.- El matrimonio de E. C.- C. Á.:

De las constancias de la causa surge que existió un vínculo previo —al convenio de delegación de guarda— entre ellos y C. V., a quien conocen desde que nació, como así también que fue en función de esa relación que C. les entregó a A. para que la tengan “...en guarda mientras ella se iba a recuperar...en febrero del año pasado...” (cfr. declaración de la Sra. C. en audiencia videograbada, CD de fs. 350: 42:30, en igual sentido se expresa la señora C. V.: 10:56).

Según lo declarado por la señora C., el momento preciso en el que decide entregarle la nena fue “...cuando ella empieza a hacer un tratamiento de rehabilitación. Nos dice por favor que nos hagamos cargo de ella, ... de la nena, y bueno entonces lo quisimos hacer judicial por supuesto...” (v. CD. fs. 350: 44:08). El señor Á., en idéntico sentido, expresó que “...Tratamos de convencerla que en el mejor lugar que podía estar, si ella en un futuro quería tener a sus hijas era donde le dieran contención y rehabilitación...” (v. CD de fs. 350: 50:25).

De todos modos, como se describió anteriormente, aquella delegación de guarda que efectuó C. fue revocada con posterioridad en el marco de este mismo proceso (ver escritos de fs. 212/213, 224, 295/304 acta de audiencia de fs. 215 y lo manifestado en la audiencia videograbada, CD. de fs. 350: 10:58 y 11:42).

De tal manera, se observa que el vínculo de afecto que justificó la elección de dicho matrimonio para que procure el cuidado personal de su hija A. se ha resentido por las desavenencias habidas durante el trámite del proceso, y ya no se mantiene en la actualidad (v. CD fs. 350: 51:19).

Uno de los primeros indicadores de la situación de conflicto puede observárselo en el informe elaborado por la Lic. A. B. y el Dr. M. Á. en el mes de xxxx de XXXX, en tanto da cuenta del cierto temor que tenía la progenitora de que "...el grupo familiar en algún punto niegue la realidad biológica de la niña o la desconozcan como madre...", y que apoyaba en "...en algunas actitudes observadas en la familia, más allá que reconoce y agradece la asistencia que le ofrecen" (v. fs. 121).

La Lic. B. explicó al Tribunal los cambios de comportamiento que tuvo A. a partir de que empezó a retomar el contacto con su madre, producto de las situaciones de conflicto entre esta y el matrimonio Á.-C. y de la influencia que estos últimos ejercían en la niña. En tal sentido informó: que "...al curso de las entrevistas esas ya se notó este conflicto..."; que la niña contaba "...con información errónea por ejemplo acerca de la mamá; acerca de la hermanita...que provenía de A. y C.", que "...ahí fue el llamado de atención nuestro porque vimos otra nena en ese momento cuando empiezan a tener que conectarse con la familia de origen... a partir de ahí unas cuanta veces fue de esta característica y después...ya la vi en el hogar D. R..." (v. CD. de fs. 350: 22:18 en adelante).

Por su parte, la Lic. R. V., perito Trabajadora Social, en fecha 11/12/2018 ya había informado, en relación al señor Á. y la señora C., que "...no se observan actitudes de solidaridad en la actualidad para con la madre de la niña..", y que "... Se puede advertir la existencia de ciertos obstáculos para una estable comunicación entre la madre e hija al llevarse a cabo el contacto en la puerta del domicilio del matrimonio evaluado, lo que colocaría a la niña en un estado de mayor vulnerabilidad..." (textual fs. 238 vta.).

Sobre esa ausencia de "solidaridad" también se expidió la perito en la audiencia celebrada en esta instancia, precisando lo siguiente: "...evaluamos algunas cuestiones que tienen que ver con actitudes, como interactúan...y no se veía tanta solidaridad con la mamá.."; "...Fue puntual que un hecho que se había dado que la mamá la fue a ver ahí, a la casa, y la vio en la vereda... lo que nos dio la pauta de que no había cierta confianza entre la mamá y este matrimonio que estaba alternativamente cuidando a A..." que "...se percibía de que no había una actitud como integradora". (v. CD de fs. 350: 18:53 en adelante).

Para más, el perito asistente social de la Asesoría de incapaces, Lic. D. W., corrobora las apreciaciones sobre la pérdida del vínculo de confianza y su actualidad en el reciente informe de fs. 318/319 (de fecha 22/03/2019) cuyas causas, vale aclarar, el matrimonio A.-C. atribuye a la intervención de la familia L.-D., y su interés por recuperar a F. (v. decl. de la señora C., CD de fs. 350: 51:24 y 57:13 y del señor Á., ídem, 52:35., 56:10, e informe de fs. 318/319).

#### VI.3.d.iii: Referentes afectivos: M. F. D.- F. A. L.

En la audiencia del 29 de marzo del corriente, la pareja D.-L. se explayó sobre el vínculo afectivo con la señora C. V., sus hijas, como así también sobre el apoyo que le brindan y están dispuestos a sostener en el tiempo.

En tal sentido, cuando fueron consultados acerca de si tenían algún inconveniente en que C. esté con ellos o alguna condición, explicaron que no. Concretamente, la señora D. manifestó: "...ya lo hemos conversado", "...en principio hasta que ella tenga el alta definitivo..."...ella en mi casa tiene todo...", "...la apoyamos en todo, la contenemos..." (textual, v. CD de fs. 350: 34:45) "...nosotros siempre la ayuda que le dimos a C. fue hasta que ella se recupere y obviamente que vamos a estar ligados a C. porque somos su familia y en ayudarla, si ella tiene un trabajo yo la voy a ayudar con sus hijas, siempre nos planteamos eso, siempre...yo no trabajo soy ama de casa, entonces como ayudo a mis hermanos con sus hijos, o sea nos manejamos así familiarmente..." (textual, v. CD de fs. 350: 36:36).

También pusieron de manifiesto que no tendrían problema de que C. y sus hijas estén en su casa el tiempo que fuera necesario, llegado el caso de que tuviera la posibilidad de estar a cargo del cuidado de las nenas (v. CD de fs. 350: 36:58).

Como lo mencioné en el apartado anterior, en la actualidad la hermana de A. (F.) se encuentra bajo la guarda de estos referentes afectivos, asistiendo a la señora C. V. en el ejercicio de la maternidad.

VI.3.d.iv: En resumen, al momento del dictado de la presente resolución, la situación de A. es la siguiente: a) se encuentra contenida y "aliviada" en el hogar "DR", sitio donde ha logrado nuevos vínculos de "afecto" con sus compañeritos del hogar, como así también con los del Jardín al que asiste en la misma institución; b)

demanda ver a su madre (C. V.; cfr. informe de fs. 368), c) ya no puede contarse con el apoyo como “referentes afectivos” del matrimonio C.-Á. por el deterioro de la relación de estos con C. (madre de A.), y —particularmente— porque no existe ninguna razón jurídica para el sostén de la delegación de guarda efectuada por la progenitora; d) paralelamente, C. sigue manteniendo su “vocación” para el ejercicio de la función materna, en tanto desde sus primeras presentaciones (v. acta de fs. 107/108) ha dejado en claro el deseo de vincularse con sus hijas A. y F. y, en su momento, poder tenerlas a su cargo como cualquier mamá (v. declaración de C. V., CD. de fs. 350: 03:00 en adelante); También se ha reconocido la posibilidad de que ejerza su maternidad de manera asistida (fs. 234/235 de los presentes actuaciones y fs. 376 de la causa “V. F. s/ Materia a Categorizar”); e) se ha constatado la existencia de referentes afectivos (D.-L.) que expresamente se ofrecen para acompañar y asistir a la madre en el ejercicio de la función materna, permitiendo incluso —hasta la rehabilitación definitiva de C.— que conviva en su propio hogar (v. CD de fs. 350: 36:58); y f) en sintonía con lo expresado en los puntos d y e, la sentencia dictada en los autos “V. F. s/ Materia a Categorizar”, ha concretado el ejercicio asistido de la maternidad de C. con relación a F., otorgando su guarda a los referentes D.-L.

VI.4.- Repercusión de la nueva situación de hecho en la cuestión a decidir. Aspectos del decisorio que propongo confirmar y aquellos que, en mi opinión, resultan prematuros:

La modificación del plafón fáctico descripto anteriormente permite —según mi punto de vista— confirmar algún aspecto del decisorio apelado más no la decisión de declarar el “estado de adoptabilidad” de A. sin previo agotamiento de las posibilidades que mantenerla cerca de su entorno familiar inmediato (madre y hermana) y en el de los referentes afectivos que colaboren y asistan a esta última en el ejercicio de un efectivo rol materno.

VI.4.a.- En cuanto a lo primero (aspecto en el que debe mantenerse el pronunciamiento), considero que corresponde confirmar la imposibilidad de acceder al pedido de continuidad de la guarda con el matrimonio A.-C.

No solo por la voluntad de revocar la delegación de guarda que otrora efectuara la madre de A. en su favor (siendo así, basta la manifestación expresa en contrario de esta última para que la niña ya no esté al cuidado de los nombrados, pues C. no ha sido privada del ejercicio de su responsabilidad parental (arts. 638, 699, 702, y concs. del Cód. Civ. y Comercial), sino también por el riesgo que podría implicar para el sostenimiento de un contacto fluido de A. con su madre biológica ante las desavenencias que surgen de las actuaciones entre la señora C. y C. V.

Tan es así que el referido matrimonio tampoco mantiene la intención —que originalmente expresó— de colaborar con la progenitora hasta que se recupere y pueda encargarse de la crianza de su hija, sino que, por el contrario, pretenden asumir en forma directa y personal esa función, habiendo quedado asimismo descartado que la señora C. V. pudiera convivir con esa familia cuando termine el tratamiento (v. declaración del señor Á. en audiencia videograbada, CD de fs. 350: 01:15:28).

Es decir, más allá de que no se hayan negado en ningún momento al mantenimiento del contacto de la niña con su mamá, ello paulatinamente fue deteriorándose, hasta —incluso— concretarse las visitas en la vereda de su hogar.

Lo hasta aquí dicho no implica desconocer las buenas intenciones para el futuro de A. que la familia C.-A. expresó en todo momento, porque incluso —salvo en contadas ocasiones— la niña manifestó su afecto por la señora “E.”, identificándola como una de sus dos mamás (v. declaración del señor Á. en audiencia videograbada, cd. de fs. 350, 50:00, y acta de fs. 349).

Por otro lado, no puedo dejar de considerar que los argumentos que expuso la juez de grado en el punto “XXII. a” de la sentencia de fs. 259/271 al rechazar la petición de que se otorgue la guarda simple de la niña al matrimonio A.-C. (en particular: las consideraciones efectuadas en torno a la existencia de malos tratos), no han sido criticados —en calidad de agravios— por el Asesor de Incapaces en su apelación, dejando en consecuencia incólume el razonamiento que da sustento a lo decidido sobre este tópico de la sentencia (argto. arts. 260, 261, 262 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En efecto, el Asesor se limitó a señalar que el superior interés de A. se identifica con el mantenimiento del status quo (cfr. segundo agravio) y que la revocación de dicha guarda genera la indefinición del marco jurídico de la niña (tercer agravio) pero, insisto, ningún argumento desarrolló a fin de enervar los fundamentos sobre los que la judicante edificó su decisión de denegar el otorgamiento de la guarda al mencionado matrimonio, a saber: a) la inaplicabilidad de las figuras contempladas por los artículos 643 y 657 del Cód. Civil y Comercial, b) la oposición expresada por la progenitora al otorgamiento de la guarda a dicha familia, y c) las referencias a las

situaciones de malos tratos expresadas por la menor y a lo informado por el equipo interdisciplinario del juzgado (cfr. fs. 262/263).

Al margen de lo anterior, este es el eje central de mi objeción: hoy por hoy, por el interés superior de A., no es posible visualizar aquella guarda simple como una alternativa viable.

Es así que —como adelanté— no encuentro razones para modificar lo resuelto por la sentenciante en el acápite 1 del fallo recurrido, en cuanto rechaza el pedido de homologación del convenio de fs. 58/59 y la guarda simple solicitada por el señor Asesor de Incapaces.

VI.4.b.i. Tal como fuera expresado anteriormente, la situación fáctica actual me convence de la necesidad de proponer el “agotamiento” de medidas que colaboren para que A. crezca en el marco de su familia biológica y de los referentes afectivos que podrían ayudar a C. V. a sostener su rol materno, ámbito familiar en el que, vale aclarar, hoy se encuentra su hermana F. (argto. arts. 595 incs. c y d del Cód. Civ. y Comercial y 7 ley 14.528).

Es decir, al juzgar como “prematura” la decisión de la instancia de origen no estoy diciendo que haya perdido de vista el estado de vulnerabilidad que aún vive A., sino más bien que avizoro la situación fáctica actual como un marco de posibilidades más amplias que las que existían en el momento en que la juez de grado decidió, como única opción, su declaración de estado de adoptabilidad y el consecuente llamado de postulantes inscriptos en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

Desde el punto de vista técnico (me refiero a las posibilidades procesales de que el tribunal de Alzada resuelva ponderando circunstancias fácticas distintas a las existentes en el momento en el que se emitió el pronunciamiento de primera instancia) debo reconocer que, como regla, la apelación concedida en relación obliga al tribunal revisor a decidir con el marco fáctico y probatorio existente al momento en que se emitió el fallo recurrido (art. 270 párr. 3ro del Cód. Proc. Civ. y Comercial), pero ello no empece al ejercicio de la prerrogativa contemplada por el art. 163 inc. 6to. 2do párrafo del CPC, donde expresamente se dispone: “...La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos” (textual).

Esa facultad es la de que me valdré para proponer la ya anunciada revocación parcial.

Efectivamente, La situación de vulnerabilidad a la que la niña estuvo expuesta al momento en que la juez de grado declaró el estado de adoptabilidad, ya no posee la gravedad de aquel momento, al punto que la Asesoría dictaminó que no se encuentran dadas las condiciones para demandar un estado de adoptabilidad (v. escrito electrónico de fs. 27/12/2018). Su alojamiento en el hogar D. R. le ha aportado tranquilidad, y un entorno afectivo en el que se siente cómoda (cfr. informes de fs. 368 y fs. 369/371, ídem. minuto 26:34).

Paralelamente, la situación de su madre ya no es la misma.

Ha avanzado su tratamiento por adicciones y respecto a este punto el último informe de Posada del Inti es elocuente: “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 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. Se indica a su vez la intervención de un acompañante terapéutico que facilite su devenir en los espacios sociales de circulación. El tiempo estimado restante de tratamiento, dependiendo de su evolución, es de dos meses con continuidad en dispositivo ambulatorio...” (ver informe del 3 de mayo pasado).

Con esto último se disipa el obstáculo del “tiempo” al que hizo referencia la juez de grado. Ahora, el “tiempo” no se presenta como un factor irrazonable como para que deba resolverse la confirmación de la resolución que declara su estado de adoptabilidad, ni es preciso acudir, para ello, a una predicción de cuál será la conducta y capacidad para el ejercicio del rol materno cuando supere la instancia de internación.

Paralelamente, la progenitora hoy cuenta con referentes afectivos que la reciben los días en que tiene salidas de “Posada del Inti”. En el mismo informe antes citado el Licenciado G. refiere lo siguiente: “...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 quienes recibió visitas desde el inicio...” (textual).

Además, los nombrados han manifestado su predisposición para ayudarla con el ejercicio de su rol materno en la audiencia llevada a cabo ante este tribunal de Alzada, y en la actualidad, cumpliendo ese rol, han sido designados judicialmente guardadores de su hermana F. (v. audiencia videograbada, cd de fs. 350: 36:00 en

adelante).

En virtud de todo lo anterior, y a diferencia de lo que aconteció antes de la resolución apelada, la aspiración de C. de “recuperar” a su hija, ya no puede tomarse como una expresión de “mero voluntarismo”.

Es innegable que hoy no podría asumir “sola” todos los cuidados que implicaría el ejercicio pleno del rol materno (contención, afecto, provisión de vivienda, alimentos, educación, etc.), pero con las medidas de apoyo necesarias (acompañamiento de los referentes afectivos y otros dispositivos de control y asistencia que diseñe el tribunal) debe intentarse —como última estrategia— en beneficio del interés superior de la niña, la vinculación con su madre, en tanto C. pueda sostener su estado de salud (libre de adicciones) y cuente con el apoyo (que, por ahora, será indispensable) de la familia L.- D. para ejercer su rol materno de un modo “asistido”, máxime cuando ese ámbito familiar es el que hoy procura los cuidados de su hermana F. (arg. art. 595 inc. d del Cod. Civ. y Comercial).

En conclusión, todas estas circunstancias resultan indicativas de que no se agotaron las posibilidades de que A. permanezca en la familia de origen o ampliada (argto. art. 595 inc. c del Cód. Civ. y Comercial).

Por el contrario, el escenario fáctico actual evidencia la posibilidad de establecer estrategias para promover el ejercicio de su maternidad en forma asistida con sus apoyos y, al mismo tiempo, monitorear y evaluar en concreto (no mediante predicciones), y en función del interés superior de A., cómo se desarrolla ese ejercicio, hasta que pueda adquirir total autonomía.

La circunstancia de que la progenitora requiera en la actualidad cuidados de terceros —a diferencia de lo que entiende la juez a quo— no descarta —ab initio— aquella posibilidad, dado que cuenta con la red socioafectiva de contención necesaria para ello, que le brinda la pareja de M. F. D. y A. L. quienes —reitero— la acompañan, asisten, proveen un hogar donde vivir, y expresaron su disposición para colaborar no solo con las tareas que demande la recuperación de su salud, sino el cuidado personal y desarrollo de su hija A., ofreciendo asumir la guarda en asistencia a la maternidad.

Repárese que la provisión de asistencia y colaboración ya sea directamente en la atención de la persona enferma o en relación al cuidado de sus hijos, es una función que asumen de modo natural los integrantes de la familia biológica y/o ampliada. Y desde esa perspectiva el caso no dista de cualquier otro en el que la afectación de la salud de una madre torna necesario y activa los mecanismos de colaboración de su red socioafectiva para recuperar el estado de salud y atender el cuidado de sus hijos.

En este punto me hago eco de las reflexiones de Marisa Herrera, quien, en comentario al artículo citado en el párrafo anterior, señala 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 jurídica 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 9º, 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 solo 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).

En virtud de lo todo lo anteriormente expuesto, y en el interés superior de A., atendiendo al carácter subsidiario del instituto de la adopción, considero que sería conveniente intentar —como última oportunidad— la adopción de medidas de acompañamiento para apuntalar el ejercicio de la función materna que pretende ejercer su madre, y —con posterioridad— evaluar si ha tenido el resultado esperado como para que la niña vuelva junto a su familia de origen: esto es con su mamá (C. V.) y junto a su hermana F. (argto. art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 594, 595 inc. a, b y c, 706 inc. c, del Cód. Civil y Comercial; art. 3

ley 26.061, art. 4 ley 13.298, y cccts.).

VI.4.b.ii. En concreto propongo:

1) Que se otorgue la guarda judicial simple de A. M. V. a los referentes afectivos: M. F. D. y F. A. L., en asistencia al ejercicio de la maternidad de C. G. V., concretándose gradualmente, conforme se establece a continuación.

2) Que, en un plazo no mayor a los 10 días de dictado del presente pronunciamiento, se reestablezca el régimen de comunicación entre C. V. y la niña A. V. bajo la modalidad dispuesta en la resolución de fs. 231/232, es decir, todos los fines de semana desde el sábado a las 10:00 hs. hasta el domingo a las 17:00 hs. en presencia de los referentes afectivos D.- L.

A efectos de preparar a la niña A. para el restablecimiento del régimen de comunicación antes dispuesto, el equipo técnico del Hogar D. R., y la Licenciada B., entrevistarán —lo antes posible— a las señora C. G. V., M. F. D. y al señor F. A. L.

3) A partir del día XX de xxxx, el régimen de comunicación se incrementará un día más en la semana —que deberá ser coincidente con alguno de los días que C. V. tiene salidas terapéuticas—.

4) A partir del XX de xxxx —salvo que acontezca alguna circunstancia extraordinaria que aconseje lo contrario— se hará efectiva la guarda dispuesta en el punto 1.- Es decir, egresará de la institución en la que se encuentra alojada

A. para comenzar a convivir con los guardadores y su madre.

5) Que independientemente de lo dispuesto en los apartados anteriores, se mantenga a A. en el Jardín de Infantes del Hogar D. R. hasta el momento en que concluya el ciclo lectivo del corriente año. Y, en la medida de lo posible, se evalúe la posibilidad de comenzar la escuela primaria en la misma institución en atención al interés superior de la niña.

6) Que continúe la terapia psicológica de A. con la profesional que actualmente la viene llevando a cabo (Lic. P. N.).

7) Que se mantenga el contacto entre A. y su hermana F. en el marco del “Punto de Encuentros Familiar” los días en que se estaban realizando y hasta tanto las hermanas se vinculen naturalmente en función de la convivencia que proyecta el régimen de comunicación establecido en los puntos 1, 2 y 3, y la posterior concreción de la guarda judicial (punto 4).

8) Que el equipo técnico del juzgado de primera instancia realice informes mensuales de la evolución del reinicio del contacto entre A. y su mamá, como así también evalúe mensualmente el contexto familiar de los referentes afectivos para garantizar que estos cumplen adecuadamente con la función de asistencia en la maternidad a la que se han comprometido.

9) Que cuando se haga efectiva la restitución dispuesta en el punto 4), la jueza a quo 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 XX.XXX.XXX) quien ostenta la responsabilidad parental de la niña A. I. V. (DNI ...) y es la única autorizada a percibir el beneficio que se otorgue.

VI.4.c.- La decisión que propongo, reivindica la necesidad de agotar las posibilidades de que A. permanezca junto a su familia, previo a la consideración de cualquier otro ámbito de cuidado, y se muestra respetuosa del interés superior de la niña, en tanto:

a) concreta de modo efectivo el derecho de A. a permanecer en la órbita de crianza de su familia de origen o ampliada (arts. 17 y 19 de la Convención Americana, 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño; “Forneron”);

b) garantiza, asimismo, el derecho a la identidad de A., respetando su historia de vida, que no debe serle suprimida. La identidad biológica como interés superior y su protección integral tienen rango constitucional y asume las características de Derecho Humano (Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 8.1; arg. doct. “Análisis ético jurídico del caso Fornerón e hija vs. 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).

c) promueve el ejercicio fluido de comunicación y contacto de la niña con su madre y su hermana F., aspecto que resulta esencial para la construcción de los vínculos familiares y la maternidad, y

d) —el punto más relevante— a diferencia de lo que invariablemente ha ocurrido desde que se tomó la medida de abrigo, es la primera estrategia que permite establecer un proyecto de vida común —en un mismo entorno familiar— para las dos hermanas, respetando de tal manera el principio ético— jurídico de la inseparabilidad de los hermanos (argto. art. 595 del Cód. Civ. y Comercial) ya que, como se ha visto, F. se encuentra conviviendo con los referentes afectivos y su madre.

VI.5.a. Si el sentido de mi voto es compartido, no corresponderá abordar, por haber quedado desplazadas, las cuestiones que han sido planteadas en el segundo, tercer y cuarto agravio del señor Asesor de Incapaces, y segundo y tercer agravio del memorial presentado por la señora C. V.

VI.5.b. Tampoco corresponde analizar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas en los acápites "iv" de los respectivos memoriales (v. escrito electrónico de fecha 08/03/2019 y escrito de fs. 295/304) en tanto no fueron planteadas en la instancia de origen, pues como es sabido, la competencia del Tribunal de Alzada es de "revisión" lo que implica que —en principio— solo puede expedirse acerca de aquello que ha sido sometido previamente a conocimiento del juez de la causa (argto. doct. Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto; "La Alzada. Poderes y deberes", Ed. LEP, 1993, p. 81 y ss.; Rivas, Adolfo Armando; "Tratado de los recursos ordinarios", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, T. II, Bs. As. 1991, p. 845 y sgtes; art. 272 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 38 de ley 5827).

Con los alcances indicados precedentemente, Así lo voto.

La doctora Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor Gérez dijo:

Corresponde:

I. Declarar, bajo las pautas particulares del caso, prematuro el estado de abandono y adoptabilidad de la niña A. I. V., haciendo parcialmente lugar —aunque por fundamentos diferentes a los expuestos por los recurrentes— a las apelaciones deducidas por el Asesor de Incapaces y la señora C. G. V. en los escritos electrónicos de fecha XX/XX/XXXX y XX/XX/XXXX, respectivamente), revocando, en consecuencia, esa parcela de la sentencia de fs. 259/271.

II. Mantener la sentencia recurrida en cuanto desestima tanto la homologación del acuerdo de delegación de guarda en favor de la señora E. C. y el señor C. Á., como la guarda solicitada —en favor del aludido matrimonio— por el señor Asesor de Incapaces.

III. Otorgar la guarda judicial simple de A. V. a los referentes afectivos M. F. D. y F. A. L., en asistencia al ejercicio de la maternidad de C. G. V., concretándose gradualmente conforme lo establecido en el punto VI.4.b.ii-

IV. Encomendar a la señora juez de grado —a los efectos dispuestos en el apartado anterior— el cumplimiento de las medidas dispuestas y de los plazos fijados en citado considerando (VI.4.b.ii), y la disposición de todas aquellas que considere útiles a fin de agotar las posibilidades de que A. permanezca con su familia de origen o ampliada, como así también las medidas de apoyo psicoterapéutico y socio económico que resulten complementarias a esos efectos.

V. Imponer las costas en el orden causado (art. 68 2da parte del CPC).

VI. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 14.967).

VII. A efectos de posibilitar la ejecución provisoria de la sentencia dictada por este Tribunal hasta tanto esta adquiera firmeza, deberá requerirse al Actuario que certifique copia de la sentencia de autos y demás piezas pertinentes con el objeto de formar un expedientillo que se remitirá sin demoras a la instancia de origen —con la respectiva radicación informática en el sistema— para dar inmediato cumplimiento a la sentencia dispuesta por el Tribunal (argto. atr. 27 ley 14.528).

Así lo voto.

La doctora Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente; sentencia: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I. Se declara, bajo las pautas particulares del caso, prematuro el estado de abandono y adoptabilidad de la niña A. I. V., haciendo parcialmente lugar —aunque por fundamentos diferentes a los expuestos por los recurrentes— a las apelaciones deducidas por el Asesor de Incapaces y la señora C. G. V. (en los escritos electrónicos de fecha 22/02/2018 y 04/03/2019, respectivamente), revocándose, en consecuencia, esa parcela de la sentencia de fs.

259/271. II. Se mantiene la sentencia recurrida en cuanto desestima tanto la homologación del acuerdo de delegación de guarda en favor de la señora E. C. y el señor C. Á., como la guarda solicitada —en favor del aludido matrimonio— por el señor Asesor de Incapaces. III. Se resuelve otorgar la guarda judicial simple de A. V. (DNI XX.XXX.XXX) a los referentes afectivos M. F. D. y F. A. L., en asistencia al ejercicio de la maternidad de C. G. V., concretándose gradualmente conforme lo establecido en el punto “VI.4.b.ii” de los considerandos. IV. Se encomienda a la señora juez de grado —a los efectos dispuestos en el apartado anterior— el cumplimiento de las medidas dispuestas y de los plazos fijados en citado considerando (VI.4.b.ii), y la disposición de todas aquellas que considere útiles a fin de agotar las posibilidades de que A. permanezca con su familia de origen o ampliada, como así también las medidas de apoyo psicoterapéutico y socio económico que resulten complementarias a esos efectos. V. Se imponen las costas en el orden causado (art. 68 2da parte del CPC). VI. Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 ley 14.967). VII. A efectos de posibilitar la ejecución provisoria de la sentencia dictada por este Tribunal hasta tanto esta adquiera firmeza, requiérase al Actuario que certifique copia de la sentencia de autos y demás piezas pertinentes a fin de formar un expedientillo que se remitirá sin demoras a la instancia de origen —con la respectiva radiación en el sistema informático— para dar inmediato cumplimiento a la sentencia dispuesta por el Tribunal (argto. atr. 27 ley 14.528). VIII. Regístrese. Notifíquese personalmente o por cedula (art. 135 inc. 12 del CPC), Habilítense días y horas inhábiles a efectos de cumplir las diligencias ordenadas. A fin de notificar al Asesor de Incapaces remítase el expediente a su despacho el que deberá devolver dentro de las 24 hs. de recibido, bajo apercibimiento de ley (art. 135 in fine del Cód. Proc. Civ. y Comercial). — Rubén D. Gérez. — Nélida I. Zampini.