



NEUQUEN, 23 de enero del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**M.T.A. Y OTRO S/ DECLARACIÓN DE ESTADO DE ADOPTABILIDAD**", (JNQFA1 INC N° **88062/2018**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria de feria, Dra. Estefanía **MARTIARENA** y, de acuerdo al orden de votación sorteado **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución interlocutoria de fs. 94, que dispone la citación al proceso de las abuelas de los niños M. d. l. A. M. y J. L..

Desestimada la reposición, se concede el recurso de apelación (fs. 115).

Por su parte la señora M. d. l. A. M. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 65/72 que declara el estado de adoptabilidad de los niños L. C. y T. A. C., y consecuente privación de la responsabilidad parental de la señora M. B. C. respecto de ambos niños, y del señor L. M. respecto del niño T.

La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 1 plantea recurso de revocatoria con apelación en subsidio respecto de la resolución de fs. 115/vta., en cuanto ordena correr traslado a las abuelas del memorial de la Defensoría y luego las tiene por parte en el proceso.

Desestimada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 126)

a) La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 1 se agravia señalando que la jueza de grado ha hecho una argumentación aparente, pretendiendo a través de una resolución interlocutoria inmotivada, disponer medidas en la creencia de que la sentencia que declara el estado de adoptabilidad no ha adquirido firmeza. Insiste en que tal sentencia se encuentra firme y consentida.

Dice que las medidas que dispuso la jueza de grado pueden ordenarse en forma previa a la declaración del estado de adoptabilidad, pero no con posterioridad.

Se refiere a la cosa juzgada.

Sigue diciendo que la a quo viola el interés superior de los niños de autos, omitiendo todo el trabajo realizado por la autoridad de aplicación, las condiciones en que se adoptó la medida, los resultados negativos de las evaluaciones de los progenitores, como también de las abuelas.

Destaca que la sentencia dictada considera no sólo el tiempo transcurrido desde la adopción de la medida de protección, el que ha excedido ampliamente los plazos de ley, lo que indica que las abuelas tuvieron tiempo suficiente, en forma previa a la sentencia.

Reitera que la resolución recurrida no evalúa el interés superior de los niños de autos.

b) La abuela paterna de los niños comienza su memorial señalando el interés jurídico manifiesto que tiene por cuanto en el expediente sobre medida de protección de persona solicitó ejercer la guarda de sus nietos, acreditando el vínculo de parentesco, proponiéndose como miembro de la familia ampliada paterna.

Relata que participó de toda entrevista que se le requirió desde la institución designada desde el órgano de

aplicación de la ley 2.302, se le realizaron informes psicológicos y socioambientales en el marco de la producción de la prueba ofrecida, los que dieron cuenta que se encontraba en condiciones para ejercer la guarda de sus nietos.

Dice que encontrándose pendiente de resolución el pedido de guarda formulado, e incluso aún abierto a prueba aquél proceso, se dicta sentencia en el incidente de declaración del estado de adoptabilidad.

Se queja de que la a quo ha abordado el tratamiento fragmentado de ambos procesos, desconociendo el interés jurídico de la recurrente, que necesariamente se proyecta sobre lo que ha de resolverse en este incidente, lo que no se compece con el interés superior del niño, y además afecta la seguridad jurídica.

Señala que los informes técnicos dan cuenta que se encuentra en condiciones de ejercer la guarda de sus nietos, que ha terminado de edificar más habitaciones en su vivienda para recibir a los niños, y que aquellas actuaciones aún se encuentran abiertas a prueba.

Sostiene que la sentencia recurrida colisiona con los arts. 595 inc. c) y 607 inc. c) del Código Civil y Comercial.

Afirma que la declaración del estado de adoptabilidad, tal como ha sido dictada, ha eludido etapas esenciales para su validez y el respeto a los principios generales del instituto de la adopción.

Cita la Convención sobre los Derechos del Niño.

Cuestiona que la jueza de grado no haya considerado los informes practicados por el equipo interdisciplinario, y haya tomado su decisión fundándose exclusivamente en los informes de la Fundación Fedra.

Entiende que el único sentido de los informes de la Fundación Fedra es hacerla lucir inhábil para el cuidado de sus nietos.

Señala distintos aspectos de dichos informes.

Pone de manifiesto que no se ha respetado el derecho de los niños a ser oídos.

c) En lo que refiere a la última resolución cuestionada, la Defensoría se agravia, reiterando que la sentencia que declara el estado de adoptabilidad se encuentra firme, y que se vulnera el interés superior de los niños de autos.

d) La abuela paterna contesta el traslado del memorial de la Defensoría a fs. 124/125.

Dice que el recurso deviene abstracto ya que es claro que la sentencia dictada en este incidente no se encuentra firme, en virtud del recurso de apelación concedido por la Cámara de Apelaciones, queja mediante.

Sigue diciendo que la sentencia de autos jamás ha adquirido firmeza; en tanto que el invocado interés superior del niño, la oposición formulada por las abuelas, con más el expreso pedido de guarda, y los informes favorables del equipo interdisciplinario, resultan más que suficientes para que la a quo disponga el comparendo de las abuelas.

Alude al derecho a la vida familiar de los niños.

e) A fs. 135 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 2, el que señala que en virtud de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones se entiende abstracto pronunciarse sobre el carácter de parte de las abuelas.

f) A fs. 138/140 la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 1 contesta el traslado del memorial de agravios de la abuela paterna.

Si bien reconoce que la recurrente ha tomado intervención en el expediente sobre medida de protección excepcional, sostiene que tal medida fue solicitada en marzo de 2017, siendo una situación abordada en forma extrajudicial sin resultado positivo, ingresando los niños a un hogar, luego siendo externados, y nuevamente ingresados al hogar por falta de familia extensa adecuada para su protección.

Destaca el alto grado de vulnerabilidad en la que se encontraban los niños, y la falta de adherencia de los progenitores a todo abordaje que se dispuso para retrotraer la medida.

Dice que la medida supera holgadamente los tiempos previstos en el ordenamiento legal.

Pone de manifiesto el daño que ocasiona a los niños el paso del tiempo.

Afirma que la medida de protección excepcional no se encuentra abierta a prueba, ya que la autoridad de aplicación presentó ante el juez de grado el dictamen previsto en el art. 607, inc. c) del Código Civil y Comercial.

Sigue diciendo que las limitaciones de la apelante y su vínculo con sus nietos fue evaluado por la autoridad de aplicación en forma previa a dar inicio al incidente.

Señala que si bien la legislación reconoce la posibilidad de los niños de permanecer con su familia extensa, ello es así en tanto dicha familia extensa sea la adecuada y no exponga a las personas menores de edad a situaciones de vulnerabilidad.

Sostiene que si bien asiste interés legítimo a la abuela paterna, no es parte en el proceso.

II.- Ingresando en el tratamiento de los recursos de apelación de autos, pongo de manifiesto, en atención a la urgencia requerida por el Tribunal Superior de Justicia, que el llamado de autos para resolver las quejas formuladas por la abuela paterna y por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente -dictado el día 22 de octubre de 2019-, fue suspendido el día 6 de noviembre de 2019 (fs. 148), por no encontrarse a disposición de la Sala el trámite sobre medida de protección de persona, el cual había sido remitido al Alto Cuerpo, con fecha 1 de noviembre de 2019, como consecuencia del recurso de casación que planteara la abuela paterna respecto de la resolución de la Cámara de Apelaciones.

A fin de resolver las apelaciones de autos resulta necesario contar con el expediente sobre medida de protección, en tanto en él se encuentran agregados los pedidos de guarda de sus nietos formulados por ambas abuelas, las evaluaciones realizadas en consecuencia, y los informes referidos al trámite de vinculación de los niños involucrados en autos con su familia extensa.

Asimismo, el presente expediente fue remitido al Tribunal Superior de Justicia, a su requerimiento, el día 6 de diciembre de 2019.

Es por ello que devuelto el incidente donde tramita la declaración del estado de adoptabilidad, junto con copias de las actuaciones sobre medida de protección de persona el día 21 de enero de 2020, se encuentra este tribunal en condiciones de abordar el análisis de los recursos planteados.

III.- Corresponde ahora ingresar al análisis de la queja de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en lo que refiere a la citación de las abuelas al proceso.

El art. 608 del Código Civil y Comercial establece quienes son los sujetos del procedimiento tendiente a declarar el estado de adoptabilidad de una persona menor de edad, y en autos se ha respetado la citación a juicio de todos los involucrados que el código individualiza.

Ahora bien, la parte final del artículo citado dispone que el juez también pueda escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

Marisa Herrera explica que *"Por aplicación del principio de preservación de los vínculos de la familia de origen y, en este caso en particular, de la familia ampliada en sentido laxo, es decir, no sólo referido a las personas con las que se tiene un vínculo de parentesco (abuelos, tíos, primos, etc.), sino también con todos aquellos con quienes el niño tiene un lazo de afecto significativo... el Código abre la posibilidad expresa de que los jueces los tengan en cuenta mediante la escucha en el proceso que podría culminar con la declaración de la situación de adoptabilidad. Precisamente, si en este primer proceso se debe analizar en profundidad sobre la conflictiva familiar y las redes familiares y sociales con las que cuenta el niño para evaluar, en definitiva, si la adopción es la institución precisa para satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia, es lógico que se entienda que éste es el espacio en el que se debe dar mayor participación posible a toda persona que podría ser de interés conocer y escuchar en una decisión judicial de tal relevancia como la que involucra el procedimiento en cuestión"* (cfr. aut. cit.,

"Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IV, pág. 104).

No paso por alto que, como lo pone de manifiesto la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, esta escucha debe hacerse antes de resolver sobre el estado de adoptabilidad y no después, pero entiendo que dada la trascendencia de la resolución adoptada que importa avanzar sobre el cambio de estatus familiar de los niños de autos, y toda vez que aún no se ha citado a los pretendidos adoptantes que informa el registro pertinente, debe prevalecer la posibilidad que tiene la magistrada de grado de otorgar participación y escuchar a los parientes, en esta caso, las abuelas que, reitero, han solicitado la guarda de sus nietos.

En abono de esta conclusión cito nuevamente a Marisa Herrera, quién recuerda que *"uno de los tantos derechos humanos que titularizan los niños, niñas y adolescentes y que se refieren al plus de derechos por su calidad de tales es el derecho a vivir y/o permanecer con su familia. Básicamente, con su familia de origen, y si ello no es posible, con su familia ampliada y/o referentes afectivos, y si ello tampoco fuera viable, en otra familia por fuera de su entorno social a través de la adopción."*

"En este contexto, se advierte que la adopción 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 interés superior" (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 59).

Consecuentemente, y hasta tanto no exista sentencia que emplace en estado de hijo a la persona menor de edad adoptada, considero que el juez o jueza actuantes pueden revisar el estado de adoptabilidad, si el mismo, por la

incorporación de nuevos elementos, resulta no ser la vía adecuada para la preservación del interés superior del niño, niña o adolescente.

En cuanto a la posibilidad de que la abuela paterna apele el resolutorio que declara el estado de adoptabilidad, es una cuestión ya resuelta por esta Sala a fs. 108/109 vta.

Conforme lo dicho se confirma el resolutorio de fs. 94/vta.

IV.- Corresponde ahora abordar la apelación respecto de la sentencia de fs. 65/72.

A poco que se avance en el análisis del trámite que culminó con la declaración del estado de adoptabilidad de los niños de autos advierto que no se han respetado cabalmente los derechos de las personas menores de edad, emplazándolos más como objeto de derecho que como sujetos de derecho.

En efecto, en primer lugar, no se ha escuchado a T. y a L. antes de la declaración del estado de adoptabilidad.

No paso por alto la corta edad de los niños, T. acaba de cumplir cinco años y L. tiene tres años de edad, encontrándose próximo su cumpleaños número cuatro, pero existen medios que permiten su escucha, acordes al estado madurativo correspondiente a esas edades.

Aída Kemelmajer de Carlucci recuerda al maestro Morello, quién sostenía: *"De que valdría el derecho a ser oído, si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz"*, y agrega la autora citada: *"...el art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, extensamente analizado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nro. 12 (2009) "El derecho del niño a ser escuchado", es de lectura indispensable para la comprensión de la*

temática... corresponde anticipar dos ideas-fuerza de este documento, totalmente coincidentes con las expresadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su documento "Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección", tales son:

"(a) El derecho de todos los NNA a ser escuchados y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta es uno de los cuatro principios generales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; esta importancia pone de relieve que el art. 12 no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también sirve para interpretar y hacer respetar los demás derechos.

"(b) Existe una íntima relación entre la determinación de cuál es en cada caso el interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado". Y concluye, luego de citas de derecho comparado, que: 1) el ejercicio del derecho a ser escuchado no está sujeto a una edad determinada; 2) la edad y madurez pueden incidir en la forma o las estrategias a adoptar para la escucha; 3) las competencias del niño o adolescente para el caso concreto condicionan la valoración que el juez hace de su opinión; 4) aunque no lo peticione debe ser escuchado en todas las pretensiones vinculadas a sus derechos personales, para lo cual debe ser suficientemente informado (cfr. aut. cit., "El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado. Conforme el modelo de justicia de protección y su concordancia con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2019-I, pág. 31).

En autos se ha decidido el estado de adoptabilidad de los niños T. y L., cuando sus abuelas han solicitado su guarda, estando dispuestas a asumir su crianza,

sin haber informado de la situación a los niños y sin haberlos escuchado.

Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por esta Sala II, al dictar la resolución interlocutoria de fecha 26 de septiembre de 2019, obrante a fs. 407/412 del expediente sobre medida de protección, señalando que puede admitirse que para el dictado de la medida cautelar no se cumpla con la escucha previa de las personas menores de edad, dada la urgencia implícita en ese tipo de medidas, pero destacando que con posterioridad los niños debían ser oídos.

Igual situación señala la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que en su resolución interlocutoria n° 01 de fecha 17 de enero de 2020, obrante a fs. 442/447 del expediente sobre medida de protección, requiere que se garantice a los niños de autos el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta.

En segundo lugar, la resolución recurrida declara el estado de adoptabilidad cuando se encuentra pendiente de resolución los pedidos de guarda de las personas menores de edad planteados por sus dos abuelas (materna y paterna).

En efecto, a fs. 220/vta. del expediente sobre medida de protección se encuentra la petición de guarda de sus nietos T. y L. formulada por M. d.l. A. M. -abuela paterna de los niños-, y similar pedido suscripto por J.L. -abuela materna- obra a fs. 230/vta. del mismo expediente. Destaco que estas presentaciones fueron realizadas en fechas 21 de mayo de 2018 y 28 de mayo de 2018, respectivamente; o sea, más de un año antes de que se adoptara la resolución sobre adoptabilidad.

Ambas peticiones fueron proveídas y abiertas a prueba con fecha 2 de julio de 2018 (fs. 271/vta.), sin que se

haya adoptado una resolución (favorable o denegatoria) respecto de las guardas peticionadas, con lo cual se cercena el derecho de defensa de las abuelas.

Finalmente, tampoco encuentro que se hayan agotado las posibilidades de permanencia de los niños en la familia extensa de origen.

No solamente porque no se ha dado una respuesta a las guardas solicitadas por las abuelas, sino porque advierto que las autoridades competentes no han intervenido en la situación de T. y L. en el sentido de propiciar su permanencia en la familia extensa.

Encuentro claramente acreditado que los padres biológicos de los niños no están en condiciones de asumir su crianza, dado sus adicciones y la falta de adhesión a tratamientos que les permitan superar aquella enfermedad; el padre por no tener voluntad de hacerlo, ya que ni siquiera los ha iniciado, y la madre, por no poder sostenerlos.

Pero se desconoce si las abuelas están o no en condiciones de asumir la crianza de sus nietos ya que, insisto, no se han desplegado acciones en este tiempo con esa finalidad.

Destaco que ni la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, ni la jueza de la causa, además de no haber escuchado ni informado personalmente a los niños sobre su situación, tampoco han entrevistado o tomado contacto personal con las abuelas.

Conforme surge del expediente sobre medida de protección de persona, los niños fueron ingresados a la Fundación Fedra, L. y T. el día 1 de septiembre de 2017, institución que presentó un plan de acción que incluía la interacción con los progenitores y la familia (fs. 102/vta.

del expediente sobre medida de protección, al que se refieren las citas de fojas que haré de aquí en adelante).

A fs. 143 obra el primer informe de situación, presentado el día 24 de octubre de 2017, en el que consta: *"Respecto de la familia extensa, se comunicaron la bisabuela paterna, Sra. A. C., la abuela paterna M.d.l.A.M., y la abuela materna, J.L.. Se las entrevistó a todas, la Sra. A. concurrió con su hijo A.. De dicha entrevista se acordó con las Sras. C. y L. espacios de encuentro con los niños"*.

A fs. 158/162, obra informe de la evaluación familiar, de fecha 9 de noviembre de 2017, suscripto por un licenciado en psicología y una licenciada en servicios sociales de la institución de acogida. El mismo indica que se mantiene entrevista con la abuela materna el día 20 de septiembre de 2017, quién se encuentra a cargo de C. -hijo mayor de la mamá de los niños de autos- y se acuerda comenzar con la comunicación con T. y L. dos días por semana, en el horario de 15,00 a 17,00 horas.

También se informa en el documento referido que se entrevistó a la abuela paterna el día 25 de septiembre de 2017, indicándose *"La sra. pide mantener espacios de encuentro con sus nietos, relata que puede pocos días porque se encuentra respondiendo y asistiendo a las audiencias pautadas, se acuerda que concurra los días miércoles y viernes de 15 a 17 hs."*.

Seguidamente concluye el informe referido: *"Con respecto a la familia extensa, lamentablemente tampoco pudieron detectarse indicadores de idoneidad por parte de los familiares que se postularon como posibles cuidadores de los niños... Por su parte, M. M., madre de L... ha manifestado su deseo de acoger a sus nietos en su hogar. No obstante, su situación actual hace que esa posibilidad sea inviable dado*

que ella misma se encuentra afrontando problemas de orden familiar, también con intervención de la justicia...Finalmente, en la línea materna... la señora J.L., fue entrevistada en dos instancias por los profesionales de la fundación con el objeto de evaluar la posibilidad de que se constituya como cuidadora de sus nietos. La señora, si bien expresó su deseo de asumir esta responsabilidad, no ha podido sostener los espacios de vinculación asignados. Por otra parte, a partir de lo evaluado en este tiempo, consideramos que la Sra. no dispone de un repertorio de habilidades de afrontamiento adecuado para hacer frente a las dificultades que puedan suscitarse en el futuro con los progenitores de sus nietos”.

A fs. 168 vta./172 vta. luce nuevo informe de situación, de fecha 27 de noviembre de 2017, en el cual se precisan las características de los niños, se aborda la situación de los progenitores, y luego de la familia extensa: “Tanto la señora L. como la señora M. se han mostrado molestas con la resolución de la toma de la MPE. La señora L. ha manifestado “...yo no estoy de acuerdo, por qué no me llamaron a mí, si yo tengo a C. conmigo. Ahí donde están, no, tampoco con M., L. y A. es peor...”.

“En tanto la Sra. M. relata “...por qué no me los dan a mí, yo me estoy levantando la casa, los otro dos míos me preguntan por los primos, que no estén en el hogar, yo los puedo cuidar con ayuda de mi mamá...”.

“Se les recuerda el contexto de extrema vulnerabilidad al que estaban expuestos los niños, el conocimiento que tenía toda la familia (línea materna y paterna) y que dicha medida se toma al carecer de familiares responsables e idóneos que pudieran hacerse cargo de los niños...A partir de lo evaluado se ha concluido que los miembros entrevistados de la familia extensa no se encuentran en

condiciones de asumir responsablemente la incorporación y cuidados de los niños”.

Seguidamente la institución peticiona que los niños sean alojados en una familia del RUA.

A fs. 178, con fecha 29 de diciembre de 2017, se informa sobre una situación suscitada con motivo de un pesebre viviente realizado en la institución, cuando concurrió el padre de los niños, con signos de haber consumido alcohol, exaltado y gritando y señala *“la familia extensa que lo acompañaba no registró la situación (naturalización de conductas de riesgo y/o maltrato) ni tampoco pudieron operativizar conductas de carácter tuitivo...Por lo ut supra mencionado y atento que ningún integrante de la familia extensa se constituye como continente y protector de los niños sugerimos y solicitamos la suspensión de los espacios de comunicación”.*

El juez de la causa rechazó el pedido de externación de los niños con una familia del listado RUA, disponiendo la localización de los pequeños a través del Programa de Familias Solidarias (fs. 184/185), lo que no se ha concretado por parte de la autoridad de aplicación.

Esta medida es cuestionada por la Fundación, la que insiste en su localización en una familia del RUA (fs. 194/196).

A partir de ese momento comparecen las abuelas a la causa, por lo que no me he de referir a los informes posteriores ya que entiendo que tal evaluación corresponde al juez de grado, quién debe expedirse sobre el pedido de guarda.

No obstante ello, los informes de la institución guardadora reproducen las consideraciones ya vertidas respecto de la *“incapacidad”* de las abuelas para hacerse cargo de los

nietos, y dan cuenta de su imposibilidad para sostener los espacios de comunicación con los niños, informando que éstos no quieren encontrarse con ellas ni permanecer jugando, para finalizar en las situaciones que describe el último de los informes elaborados y que diera lugar a la medida cautelar de suspensión de los espacios de comunicación, confirmada por esta Sala.

Conforme lo reseñado, surge de la causa sobre medida de protección que nunca se trabajó en el sentido de superar las dificultades que podrían tener las abuelas para hacerse cargo de sus nietos. Los informes no dan cuenta de actividades o conductas de colaboración por parte de los profesionales de la Fundación Fedra, L. y T. tendientes a vincular afectivamente a los niños con sus abuelas. Solamente se llevaron a cabo entrevistas y se facilitaron espacios de comunicación, siendo importante señalar que una de las abuelas ha denunciado la conducta de los miembros de esta fundación como obstaculizadora y no facilitadora de la vinculación con los niños.

Es por ello que al confirmarse la medida cautelar de suspensión de los espacios de comunicación, esta Sala II expresamente dijo que se confirmaba dicha suspensión en atención a la solicitud que formuló la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de la elaboración de un plan de revinculación progresiva de los niños con la abuela, el que no se ha ni elaborado, ni menos aún llevado a cabo.

Llegado a este punto, debo insistir con el derecho humano que les asiste a los niños de autos de permanecer en su familia ampliada.

Cito el voto del Dr. Fayt en la causa "Antinao..." (CSJN, sentencia del 17/4/2007, LL 2007-D, pág. 538), en tanto

defiende, acertadamente en mi opinión, el derecho de todo niño o niña a vivir y permanecer en su familia: "...si la permanencia de J.A. con los guardadores que aspiran a su adopción supone de por sí un daño para el niño, toda vez que como ha sido reconocido por el a quo, el Derecho vigente, en particular la citada Convención, prioriza la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños, máxime si ha sido separado de aquél contra la voluntad de sus progenitores, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la entrega del niño a la madre biológica generaría un trauma mayor...Las mayores o menores condiciones materiales adecuadas no deben ser motivo para entender que el niño crezca y se desarrolle en el seno de la familia de los guardadores; antes bien, debe atenderse al principio de prioridad que establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de aquellos...En el caso, por sus condiciones económicas, la madre fue sancionada de manera prácticamente irreversible, desconociéndose el carácter subsidiario del camino de la adopción, así como la garantía del debido proceso legal y de la defensa en juicio; para luego otorgársele a aquella un papel secundario y un régimen de comunicación que enerva, en atención a lo comprobado en la causa, el valor incuestionable que supone el vínculo con la madre biológica y que dista en un todo del acompañamiento que debió tener ante el distanciamiento dispuesto".

Salvando las distancias, en tanto el Dr. Fayt se refería a la vinculación materno-filial, reitero que no surge de las constancias de la causa sobre medida de protección que se haya acompañado a las abuelas en el proceso de asumir la guarda de sus nietos, concluyéndose, sin mayores fundamentos, en su carencia de idoneidad para ello.

Lo hasta aquí dicho no importa afirmar que las abuelas están en condiciones de ser guardadoras de sus nietos, ya que no hay en autos elementos necesarios para sustentar esa afirmación, sino que no se ha operado en pos de garantizar a T. y L. el derecho a vivir y permanecer en su familia biológica.

V.- Conforme lo desarrollado entiendo que, por el momento, no puede avanzarse en el proceso de adopción.

Sin embargo, teniendo en cuenta el tiempo de institucionalización de los niños, y la necesidad de definir su externación, entiendo que no resulta conveniente revocar el resolutorio que declara el estado de adoptabilidad de aquellos, pues se impone la necesidad de salvaguardar el interés superior de los niños, ya sea en el seno de la familia biológica o en su defecto, con una familia adoptiva.

En ese orden de ideas, la suspensión de la ejecución de la resolución, resulta la alternativa que mejor satisface el interés superior de los niños, por cuanto revocar la resolución en estos momentos, obligaría en caso de fracasar el proceso de vinculación con la familia biológica, a tramitar un nuevo camino hacia el estado de adoptabilidad, con el tiempo que ello demandaría.

Consecuentemente, he de proponer al Acuerdo suspender los efectos de la sentencia que declara el estado de adoptabilidad de T. y L. por el término de seis meses, contados a partir de que la presente sentencia adquiera firmeza.

En dicho lapso, y en la instancia de grado, se deberá:

1) Escuchar a los niños T. y L. tanto por el juez de la causa como por la Defensora de los Derechos del Niño y

del Adolescente, a quienes también se deberá informar sobre su situación y pedidos de las abuelas, en las condiciones y con la metodología que se considere acorde a sus edades y, de ser necesario, con la intervención de profesionales del gabinete interdisciplinario o del equipo de la defensoría actuante.

2) Evaluar integralmente a los niños T. y L. y a sus abuelas, con miras a la eventual asunción por parte de éstas de la crianza de los primeros. Esta evaluación debe ser hecha únicamente por profesionales del gabinete interdisciplinario.

3) Como parte de la evaluación de las abuelas se deberá inquirir especialmente en sus capacidades para manejar la relación con los padres biológicos de T. y L., y preservarlos de eventuales intentos de restituciones de hecho y/o situaciones de violencia que los involucre.

4) Resolver sobre las guardas solicitadas por las abuelas.

5) Transcurrido el término de suspensión, indefectiblemente debe resolverse sobre dejar sin efecto el estado de adoptabilidad declarado, o continuar con el trámite de adopción.

VI.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la abuela paterna.

En consecuencia, se confirma la resolución de fs. 94/vta., y se suspenden temporariamente los efectos de la resolución que declara el estado de adoptabilidad de T. y L., en los términos y bajo las condiciones dispuestas en el Considerando respectivo.

Sin costas en la Alzada en atención a que una de las partes es la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y la otra está patrocinada por la Defensa Oficial.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 94/vta., y suspender temporariamente los efectos de la resolución que declara el estado de adoptabilidad de T. y L., en los términos y bajo las condiciones dispuestas en el Considerando respectivo, sin costas en la Alzada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. FERNANDO GHISINI
Dra. ESTEFANÍA MARTIARENA - Secretaria de feria