



NEUQUEN, 14 de abril del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**C. J. S. S/ DECLARACION DE ESTADO DE ADOPTABILIDAD**", (JNQFA1 INC N° 99863/2019), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la **Dra. Patricia CLERICI** dijo:

I.- La progenitora del niño de autos interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 125/131 vta., dictada el día 30 de noviembre de 2020, que declara el estado de adoptabilidad del niño J. S. C. y la consecuente privación de la responsabilidad parental de la señora R. A. d. C. C. respecto de su hijo.

a) En su memorial de fs. 139/140 vta. - presentación web de fecha 21 de diciembre de 2020-, la recurrente se agravia por la privación de la responsabilidad parental respecto de su hijo.

Cita los arts. 39 de la ley 26.061 y 607 del Código Civil y Comercial, y señala que conforme lo manifestó al contestar la demanda, debido a su estado de salud se encuentra bajo tratamiento médico, estando estable y realizando rehabilitación en aras de recuperar a su hijo; a la vez que dispone de trabajo para solventar sus necesidades y las del niño.

Se queja porque el a quo no ha tenido en cuenta la evolución respecto de su contexto social, personal, emocional y psicológico, y mucho menos ha tenido en cuenta lo manifestado por J. respecto a que quiere vivir con su madre.

Destaca que el mismo juez de primera instancia ha dicho que el niño fue expuesto a la negligencia y malos tratos desde muy temprana edad, pero que con posterioridad se ha dado una evolución que surge de la causa.

Sigue diciendo que en autos ha quedado en evidencia el fracaso de las instituciones a fin de llevar adelante en forma eficaz la protección de su familia, ya que aún haciendo todo lo que le corresponde como progenitora, en pos de lograr una relación materno filial, que garantice el pleno desarrollo de su hijo, se resuelve declararlo en estado de adoptabilidad.

Insiste en que J. la reconoce como madre y expresa su deseo de verla, entendiendo que la resolución apelada desconoce la autonomía progresiva del niño.

b) La Defensoría del Niño y del Adolescente que representa al niño de autos contesta el traslado del memorial a fs. 145/148 -presentación web de fecha 1 de febrero de 2021- .

Sostiene que se requirió la declaración del estado de adoptabilidad de J. por no haberse revertido las causales que llevaron a su alojamiento en el Hogar Yampai, el día 21 de diciembre de 2018, y que refieren a la negligencia y maltrato materno, pese al abordaje extrajudicial que efectuó la Defensoría en conjunto con el organismo de aplicación.

Pone de manifiesto que la actuación extrajudicial involucró a J. y a sus dos hermanas, A., quién adquirió la mayoría de edad, y S, quién se encuentra alojada en el Hogar Malen.

Dice que el niño J. fue expuesto a negligencia y malos tratos desde muy temprana edad, constando ingresos en el Servicio de Pediatría del Hospital Castro Rendón con

traumatismo de cráneo; cirugía por fractura en el dedo meñique, en tanto que en la revisión del Gabinete Médico Forense se constataron lesiones compatibles con maltrato.

Se refiere al informe del Centro de Salud San Lorenzo que da cuenta de la exposición de los niños a situaciones de alto riesgo, por el nivel de violencia del grupo familiar, a lo que se suma la vinculación de la progenitora con situaciones delictivas.

Manifiesta que adoptada la medida excepcional de protección, se despeja la existencia de red familiar extensa, pero ella es escasa y se descarta la posibilidad de que un pariente asuma el cuidado personal del niño.

Sigue diciendo que el progenitor del niño se allana a la demanda, sosteniendo que no se encuentra en condiciones de asumir el cuidado de su hijo, aunque luego se verifica que el niño no tiene filiación paterna, por lo que se desiste de la acción contra el presunto progenitor, y éste fallece en el año 2020.

Insiste en que no se han revertido las causas que justificaron la adopción de la medida de protección.

Sostiene que de la pericia social surge que la madre del niño se encontraba transitoriamente residiendo en la casa de su progenitora, ya que su vivienda fue usurpada en circunstancias poco claras; y que la relación madre-hija siempre fue problemática.

Cita el informe del Servicio de Adicciones del que surge que la apelante concurre regularmente a los espacios terapéuticos y hasta el momento la evolución es favorable, sin embargo los objetivos alcanzados son parciales y deben consolidarse en el tiempo.

Relata que el día 30 de julio de 2020 se efectúa informe psicológico a la recurrente, surgiendo de la evaluación que, de manera reciente, han variado las condiciones socio ambientales, en tanto se encuentra conviviendo con su nueva pareja, concluyéndose en base al informe médico que la señora C. presenta personalidad con trastorno no especificado; a la vez que de la certificación de guardia de fecha 6 de agosto de 2020 surge que la recurrente se vió involucrada en un episodio de violencia intrafamiliar con su pareja, donde éste resultó agredido físicamente por aquella -quién se encontraba alcoholizada- y terminó hospitalizado, sucediendo todo en presencia de la niña S, quién había salido del hogar sin autorización.

Da cuenta de que a fs. 68/69 obra informe de la entrevista psicológica mantenida con el niño de autos, donde él manifiesta su deseo de vivir con su madre, aunque se plantea la idea de incluirse en una familia solidaria como una alternativa transitoria. Agrega que también en la entrevista mantenida con el juez de grado el niño manifestó su deseo de vivir con su mamá.

Cita el informe de la psicóloga tratante de J, el que consigna que al niño le asusta la idea de tener que ingresar en un hogar para adolescentes, así como que le resulta sumamente doloroso soltar a su madre.

Destaca que el informe técnico del Hogar Yampai señala que el tema de la adopción ha movilizad a J, por momentos expresa intenciones de intentar una nueva convivencia con su madre, y en otra ocasiones, su interés por conocer una familia nueva. Finalmente, sostiene el informe, sintió la necesidad de adoptar una decisión al respecto y manifestó que deseaba ser adoptado, comunicándoselo a su progenitora, y que

J. claramente tiene temor de vivir en un hogar para adolescentes.

Vuelve sobre el tiempo excesivo de institucionalización de J. y la imposibilidad demostrada por la progenitora en orden a asumir su crianza.

c) A fs. 155/vta. obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente n° 3.

Entiende que la sentencia debe ser confirmada, en tanto por el mejor interés del niño hay que definir su situación, ya que lleva años de espera por una familia que le pueda brindar la adecuada contención emocional y material que su madre biológica no ha podido darle.

Insiste en el derecho que tiene el niño de ser alojado por una familia. Cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, y cotejadas las constancias de la causa, adelanto opinión respecto a que la sentencia de grado ha de ser confirmada.

El niño J. cuenta en la actualidad con 11 años de edad (ha nacido el día 10 de mayo de 2008). De acuerdo con los informes obrantes en autos, elaborados por el Servicio de Pediatría del Hospital Castro Rendón, y con la pericia médica realizada en el Área de Maltrato Infantil del Gabinete Médico Forense del Poder Judicial, desde que era bebé ha sufrido maltrato y abandono por parte de sus progenitores.

A los seis meses de edad presentó traumatismo de cráneo con fractura en parietal derecho; al año de edad presenta fractura de brazo derecho; a los siete años de edad, herida traumática en el abdomen y a los 10 años de edad, y por

ello se adopta la medida de protección especial, habría sido víctima de abuso sexual.

A partir del día 21 de diciembre de 2018 J. se encuentra en el Hogar Yampai.

El padre -supuesto, ya que nunca reconoció al niño- se allanó a lo solicitado por la Defensoría de los Derechos del Niño en orden a la declaración de su estado de adoptabilidad, manifestando no encontrarse en condiciones de asumir el cuidado de su hijo. Posteriormente falleció en el año 2020.

La madre ha reconocido estar desbordada por la atención de sus hijos, quejándose de la falta de colaboración de los padres, y presenta una vida signada por el alcohol, la droga y la violencia, que ha hecho que el niño J. se convierta en el cuidador de su progenitora, asumiendo un rol ajeno a su edad cronológica e inserción familiar, conforme dan cuenta los informes de los psicólogos que lo han abordado.

J. no se ha adaptado a las reglas del hogar donde se encuentra alojado. Ha tenido problemas con sus pares, como así también con sus cuidadores -incluso existió una denuncia, después retractada, de un intento de abuso sexual por parte de personal de la institución, del cual habría sido víctima-, habiendo protagonizado una fuga del hogar en compañía de otros niños. Ante el juez de primera instancia ha manifestado que no se encuentra bien en el hogar.

A ello se agrega el miedo, verbalizado reiteradamente, a tener que mudarse a una institución para adolescentes cuando cumpla los 13 años de edad.

Tal como lo señala el juez de grado ha transcurrido en exceso el plazo del art. 607 inc. c) del Código Civil y Comercial, por lo que debe adoptarse una

decisión sobre la situación en la que se encuentra J, entendiendo el magistrado de primera instancia que lo más conveniente al interés superior del niño es la declaración de su estado de adoptabilidad, con miras a determinar su adopción a través del Registro de Adoptantes.

La madre de J. se alza contra esta decisión, reclamando que su hijo vuelva a vivir con ella, con fundamento en que se encuentra en condiciones de asumir su crianza y que el niño ha manifestado su oposición a toda adopción, y su deseo de convivir con su progenitora.

Marisa Herrera sostiene que "...la ley establece que las medidas excepcionales ingresan a escena una vez que se hayan desplegado una o varias medidas de protección integral de derechos y éstas no lograron su objetivo: que el grupo familiar sea continente o beneficioso para que el niño permanezca allí. En este sentido, si las medidas excepcionales son, valga la redundancia, excepcionales, la adopción es más excepcional ya que sólo algunas medidas de separación de un niño de su familia de origen pueden dar lugar a la declaración de la situación de adoptabilidad y, posteriormente, a la adopción.

"Tal como se ha ahondado al analizar el principio de preservación del niño en su familia, la procedencia de las medidas excepcionales se encontraría supeditada a que, de manera previa, se hayan implementado medidas de protección integral para hacer cesar la situación de amenaza o reparar la situación de vulneración de derechos. Sólo no habiéndose logrado o alcanzado este objetivo, los organismos administrativos de protección integral de derechos podrían ordenar la separación de un niño de su familia con el consecuente control judicial de legalidad, el mismo juez que debería entender en un posible proceso de declaración de adoptabilidad.

"Como puede advertirse, la ley trata de fortalecer las alternativas de reivindicación y reparación de derechos, dándose preferencia y prioridad a iniciativas que tengan por finalidad lograr una transformación de los conflictos dentro del hábitat natural de los niños, niñas y adolescentes: sus familias, a través del despliegue de diversas acciones que contribuyen al desarrollo de las habilidades familiares y sociales, a la promoción de acuerdos entre los progenitores, a integrar la red social de la familia extendiéndose a la familia ampliada y/o adultos de la comunidad significativos para el niño y, en definitiva, cualquier otro tipo de acción tendiente a construir estrategias de intervención que puedan alcanzar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes

dentro de su entorno familiar.." (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 250/251).

En este caso, la medida excepcional se tomó ante un caso de urgencia, y si bien tenemos registros de malos tratos o, cuanto menos, negligencia materna, desde los 6 meses de vida de J, el tratamiento extrajudicial de tal situación no fue exitoso, por cuanto el grupo familiar fue reactivo a cualquier intervención de esta naturaleza. En otras palabras no se pudieron implementar medidas tendientes a superar la problemática familiar.

Esta negativa a recibir ayuda externa determinó el desmembramiento de la familia de J, tal como lo puso de manifiesto el a quo, en tanto que sus dos hermanas mayores fueron ingresadas en un hogar (A. actualmente tiene 18 años y no tiene relación con su madre; y S, con 14 años, continúa alojada en el hogar), y los dos hermanos menores se encuentran viviendo con el papá.

Debido a defectos en la coordinación de los equipos técnicos de los hogares, y a decisiones del padre de los niños, J. no ha conservado el contacto y el trato con sus hermanos.

La mamá del niño lo visita en la institución en la que se encuentra alojado, pero no ha cambiado demasiado su realidad personal y social por lo que, al contrario de lo que afirma, no se encuentra en condiciones de asumir el cuidado y la crianza de J.

En efecto, en la actualidad no cuenta con vivienda propia, ya que perdió la casa que tenía sin que se conozcan los motivos de esta pérdida (dice que su casa fue usurpada). Al quedarse sin vivienda se alojó temporariamente

en la casa de su mamá (abuela de J.); luego se mudó con su nueva pareja. No tiene trabajo estable.

La señora C. comenzó su tratamiento en el servicio de adicciones del Hospital Castro Rendón en diciembre de 2018, cuando su hijo J. es retirado del hogar familiar. El último informe presentado por el médico tratante es de fecha 21 de septiembre de 2020, y en él se indica como diagnóstico consumo perjudicial y trastorno de personalidad, señalándose que la paciente se encuentra realizando el proceso de atención en dicho servicio con buena evolución y adherencia al mismo, alcanzando objetivos parciales significativos (fs. 280).

No paso por alto los progresos que informa el servicio de adicciones, pero ellos no son suficientes como para permitir que asuma el cuidado de J. Prueba de ello es que en agosto de 2020 la madre del niño se vio involucrada en episodios de violencia con su pareja, a quién agredió, provocándole cortes en la cabeza que determinaron su hospitalización, encontrándose en ese momento alcoholizada y agresiva (fs. 270).

Quién sería el padre del niño ha fallecido, la abuela materna no puede hacerse cargo de su crianza, y de sus hermanos solamente es mayor de edad A, pero no tiene contacto con la familia; en tanto que del resto de los hermanos, S. se encuentra alojada en un hogar, y V. y M. viven con su progenitor. Lo dicho importa que no haya posibilidades de insertar a J. en el núcleo familiar extenso, no conociéndose la existencia de personas adultas que pudieran ser referentes afectivos del niño.

Luego, la decisión adoptada por el a quo es, en mi opinión, la que mejor respeta el interés superior de J, ya que abre la posibilidad de que el niño sea acogido por una

familia que pueda contenerlo afectiva y materialmente, acompañándolo en su desarrollo.

No ignoro que la voluntad de J, por lo menos lo que él expresa, es que quiere vivir con su mamá y no acepta una posible adopción, pero entiendo que dicha postura puede ser consecuencia de la zozobra y la duda del niño respecto de su futuro, que lo obliga a aferrarse a la figura materna. A la vez que tal posicionamiento aparece ahora menos firme, ya que a fs. 96/vta. obra presentación de la Defensora de los Derechos del Niño que actúa como abogada de J, quién manifiesta que el niño se comunicó telefónicamente con ella y le dijo que había estado pensando luego de la audiencia celebrada con el juez de la causa y que es su deseo se le busque una familia para ser adoptado, y que se le permita el contacto con su familia biológica.

Por su parte, la psicóloga que trata a J. en el Hogar Yampai informa: “Es importante escuchar al niño; pero lo que el niño dice o quiere no es escuchar al niño. Lo que quiere no es lo que desea y no podemos, los profesionales que rodeamos a estos niños, quedarnos pegados a la literalidad de lo que se dice. Es muy difícil que un niño pueda optar por una nueva familia. Una nueva familia es un grupo de desconocidos, que si las cosas andan muy bien llegarán a ser familia, para poderse inscribir como hijos de una familia que ahora no conocen. Temen dar ese paso y ¿cómo no hacerlo?

“Salvo esos niños, que los padres y/o familiares olvidan en los Hogares, son capaces de pedir por una nueva familia. Mientras quede un soplo de esperanza de re encontrarse con esos padres idealizados, el niño sigue esperando.

“Este es el caso de J.- Puede imaginarse estudiando idiomas o viajando, siendo atendido y/o cuidado pero tiene miedo, y quiere a su madre. Aunque de a poco pueda ir aceptando, y a veces, que no lo ha podido cuidar.

“Muchas veces se pregunta por si el niño ha podido elaborar su situación, problemática, difícil. Ha empezado a poder plantearse alguna pregunta acerca de su existencia, de su lugar, a pensar ligeramente una proyección a futuro. Estas funciones son muy laboriosas; ¿Cuánto

tiempo puede llevar elaborar el abandono parental? Posiblemente toda la vida. No se le puede pedir a un niño un duelo de esta magnitud en un año o dos.

“Creo que es necesario ayudarlo a J. a pensarse en situaciones que no sean las ya vividas. Respetando la gradualidad que necesita para no sufrir un desgarró subjetivo más.

“Conversó con su defensora que no es necesario ahora optar por adopciones plenas, que es posible otra salida para él. Esto a J. lo tranquilizó, y le permite abrir otra puertita más, hacia los movimientos subjetivos que él necesita hacer. Como posibilidad menos radical, con montos de angustia tolerables que no lo empujen a sus viejas defensas, a sus actuaciones, a sus desbordes...Cuando J. se ve acorralado por la realidad, dice “mi mamá hace todo bien”, pero él ya sabe que no es así...la omnipotencia que refiere de su madre da cuenta de esta posición en que se encuentra y de donde hay que ayudarlo a salir” (fs. 104/106).

El art. 595 del Código Civil y Comercial fija los principios por los cuales se rige la adopción, entre los que se encuentran: el interés superior del niño (inc. a), y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, “siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años” (inc. f).

No obstante la paridad que pareciera existir entre todos los principios enunciados en la norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha priorizado siempre el primero -interés superior del niño- como manda rectora en todos los supuestos en que se encuentren involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes. Así en autos “A.F.” (sentencia del 13/3/2007, Fallos 330:642), al Alto Tribunal ha dicho que “A fin de satisfacer el interés superior del niño, más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiese provocar”. En tanto que en autos “G. H.J. y otra” (sentencia del 19/2/2008, JA 2008-II, pág. 19), la Corte sostiene: “La verdad biológica no es un valor

absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño”.

Es por ello que, en este estadio procesal - inicial del proceso de adopción-, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de autos -precedentemente reseñadas- no cabe sino soslayar la negativa de J. a ser adoptado y avanzar en el trámite, toda vez que esta solución es hoy la que mejor se compadece con su interés superior.

No obstante ello, resulta necesario trabajar arduamente con J. en la construcción de un vínculo entre él y sus pretensos adoptantes, como así también evaluar con suma cautela, en su caso, el modo de adopción a otorgar, con el objeto de respetar sus deseos de comunicación con su familia biológica.

III.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación planteado en estas actuaciones y confirmar el resolutorio recurrido.

Sin costas en la Alzada en atención al patrocinio letrado gratuito de la apelante y de su hijo.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

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

Por ello esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio dictado el día 30 de noviembre de 2020 (fs. 125/131 vta.), sin costas en la Alzada.

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria