



Juan Manuel García
Secretario

Cámara de Apelación Civil y Comercial Trenque Lauquen

Juzgado de origen: Juzgado de Familia 1

Libro: 47- / Registro: 138

Autos: "L. A. M. S/GUARDA CON FINES DE ADOPCION"
Expte.: -89596-

En la ciudad de Trenque Lauquen, provincia de Buenos Aires, a los once días del mes de mayo de dos mil dieciséis, celebran Acuerdo ordinario los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Toribio E. Sosa, Carlos A. Lettieri y Silvia E. Scelzo, para dictar sentencia en los autos "**L. A. M. S/GUARDA CON FINES DE ADOPCION**" (expte. nro. -xxxx-), de acuerdo al orden de voto que surge del sorteo de foja 174, planteándose las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿corresponde producir las pruebas propuestas a fojas 158.III y fojas 163/170 vta.?.

SEGUNDA: según su resultado ¿puede tratarse la apelación de fojas 124 contra la sentencia de fojas 108/111 vta.?

TERCERA: en caso afirmativo: ¿es la misma procedente?

CUARTA: ¿qué pronunciamiento corresponde emitir?

A LA PRIMERA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO:

1. En lo que atañe a la prueba ofrecida en esta instancia por los apelantes (fs. 158.III), se funda en el artículo 255 inc. 3 del Cód. Proc.. Es decir, de documentos de fecha posterior a la providencia de autos para sentencia de primera instancia o anteriores, si se afirmara no haber tenido antes conocimiento de ello.



Juan Manuel García
Secretario

Pues bien, nada se dice en el escrito pertinente acerca de esto último, por manera que sólo es posible incorporar aquellos que fueran de fecha posterior al llamamiento de autos en primera instancia.

En la especie no se emitió esa providencia. Por consiguiente hay que tomar como fecha de corte la de la sentencia apelada, o sea el 25 de noviembre de 2015.

En consonancia, de las fotografías contenidas en el dispositivo de almacenamiento electrónico acompañado, sólo se tomaran en cuenta aquellas cuya fecha de emisión sea posterior a la indicada y no las anteriores: carpeta 'Fotos', todas las de 'cuarto' y las de 'cumple m.' subsecuentes al 25 de noviembre de 2015, las 'notas de voz' del 10-12-2015, todas).

La documental consistente en las actas de fojas 151/153 y el diploma de fojas 154, pueden igualmente apreciarse como de fecha sucesiva al 25 de noviembre de 2015 (fs. 108/111vta.). Por lo cual han de ser adquiridas para el proceso.

Tocante a la testimonial, se la desestima por cuanto, antes que replanteo de la ofrecida a fojas 33 y vta., se trata de nuevos testimonios y no está argumentado que se trate de hechos nuevos alegados en la oportunidad prevista en el artículo 363 o del caso a que se refiere el artículo 364 del Cód. Proc. (arg. art. 255 inc. 5.a del Cód. Proc.).

2. En punto a las medidas propuestas por el Asesor de Incapaces no aparece fundada en ninguna de las circunstancias a que alude el artículo 255 en sus incisos 2 y 5, del Cód. Proc., por lo que no procede acceder a las mismas.

3. En suma, puede hacerse lugar a la prueba instrumental propuesta por los apelantes contenidas en el dispositivo de almacenamiento electrónico, reservado en secretaria y a las agregadas a fojas 151/154, como se indica en el párrafo respectivo y desestimarse el resto de la prueba ofrecida, al igual que la propuesta por el Asesor de Incapaces.



Juan Manuel García
Secretario

ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO:

Que por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

A LA MISMA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO:

Que por compartir sus fundamentos adhiere al voto emitido en primer término.

A LA SEGUNDA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO:

La prueba que se incorpora en esta instancia, en consonancia con lo resuelto al tratarse la cuestión anterior, no requiere demorar el tratamiento de la apelación deducida contra la sentencia de primera instancia. Toda vez que el Asesor de Incapaces, único sujeto procesal diferente a los apelantes: (a) revisó el contenido del dispositivo de almacenamiento electrónico, sin objeciones (fs. 162), y (b) pudo apreciar los instrumentos agregados a fojas 151/154, a los cuales alude en forma positiva en su informa posterior de fojas 163/170 vta. (fs. 166, tercero y cuarto párrafos).

Se ha abastecido con éxito, entonces, la bilateralización de tales elementos sumados a la causa, con quien fue posible (arg. art. 256 y 384 del Cód. Proc.).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

A LA MISMA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO:

Que adhiere al voto emitido en primer término al ser votada esta cuestión.

A LA TERCERA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO:

1. M. F. S. y M. A. E. iniciaron ante el Juzgado de Familia, el 20 de marzo de 2015, el proceso judicial de guarda con fines de adopción de la niña M. L., de cinco años de edad, alojada en el Hogar Convivencial de



Juan Manuel García
Secretario

General Villegas, desde hace aproximadamente tres años y medio, desconociendo quiénes son sus progenitores (fs. 31.I).

En su presentación y enseguida de informar que llevan veinte años de casados, no tienen hijos biológicos y se hallan inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos desde el año 2006 (fs. 2/7 y 31/vta.; art. 1 de la ley 25.854; art. 1 de la Ac. de la S.C.B.A. 3607 del 7 de septiembre de 2012; arts. 1 y 2 del Anexo I), relatan que por comentario de una señora que trabaja en el Hospital de General Villegas, se enteran que había una niña en el Hogar que nadie visitaba, por lo que decidieron ir y conocieron a la pequeña. Se les informó que debían concurrir al Servicio Local de Defensa a la Niñez y Adolescencia, para hablar con la Lic. Mónica Primo. En definitiva, dentro del plan de Acogimiento Familiar, se les permitió llevar a M. todos los días dos horas. Cuando la niña comenzó a integrarse con ellos se quedaba hasta la hora de la cena. Así se fueron encariñando todos. Luego solicitaron llevársela los días viernes para regresarla el domingo al atardecer, pero más adelante se les permitió reintegrarla el lunes. También la tuvieron veinte días en las vacaciones de invierno. Igualmente durante el verano, desde el 19 de diciembre de 2014 al 5 de enero de 2015 (fs. 31/vta y 32).

Por el acontecimiento que narran, el 8 de febrero de 2015 la Lic. Mónica Primo les informa que la niña se quedará con ellos, hasta tanto decidieran qué hacer. Aclaran que no tienen conocimiento de quién es la madre de M. pero saben que tiene una hermana que está en Villegas con otra familia (fs. 32/vta. y 33). Piden la guarda.

2. Ante tal petición, la Jueza de Familia dispuso que previo a resolver dictaminara el Asesor de Incapaces. No sin antes advertir acerca del procedimiento previsto en los artículos 17 y 18 de la ley 14.528 para la selección de personas aptas para el rol de guardadores, tarea que correspondía a la Suprema Corte provincial, en forma conjunta con al Juzgado de Familia y no a los Servicios Locales de Promoción y Protección



Juan Manuel García
Secretario

de los Derechos del Niño. Entendiendo que no era acorde con la legislación la figura de las 'familias de acogimiento' creada por el Organismo Administrativo (fs. 34/vta.).

3. En este estado, mientras el fiscal Arcomano entendía innecesario expedirse en la presente cuestión, se produjo el dictamen del Asesor de Incapaces (fs. 38 y 43/49).

Los puntos salientes de este informe, son:

(a) que de la información brindada a fojas 9/12, resulta que M. pudo compartir con los peticionantes periodos limitados y fundamentados por ocasiones especiales, lo que ha permitido consolidar y dotar de mayor carga afectiva al vínculo, observándose cambios muy positivos en la socialización e integración de la niña a la familia ampliada: expresividades cargadas de mucha afectividad entre las partes, deseos, respeto, hábitos, normas familiares, incorporación de un lenguaje propio de su edad;

(b) que las conclusiones de la licenciada Arnaiz, traducen que en los nueve meses que lleva el proceso de vinculación de las partes, se han observado cambios notorios muy importantes en cada uno de ellos, tanto en los adultos como en la niña, en sentido positivo, en miras a la consolidación de una relación familiar;

(c) que, surge de la misma fuente la mención que en las sucesivas entrevistas se percibió una evolución favorable en M. en cuanto al cambio de su conducta: permanecer en el consultorio el tiempo pactado de forma tranquila, desarrollar juegos simbólicos; A. y M. y la familia ampliada de ambos, comenzaron a formar parte de la realidad de la niña (fs. 41 y 44/vta.);

(d) que, según ese diagnóstico, en las últimas entrevistas con la niña, en el mes de abril de 2015, manifestó su deseo de vivir con A. y M.; los extrañaba ya que no le permitían verlos desde hacía un tiempo; esa situación trajo cambios en su conducta y estado anímico, desorganización en el juego. La familia había proveído de nuevos modelos identificatorios



Juan Manuel García
Secretario

alternativos, demostraron desempeñar roles adultos responsables y funciones parentales para M. (fs. 44/vta.);

(e) que, de acuerdo al pronóstico de la psicóloga que el Asesor cita, la ausencia de esos nuevos vínculos podría significar una nueva situación de abandono a la que tendría que enfrentarse la niña con el trabajo del duelo correspondiente. Y ello, con los antecedentes de ella, podría provocar un daño en el equilibrio de su estructura psíquica (fs. 45);

(f) que, destaca el Asesor, se ha trabajado mal desde el orden administrativo, pues se debería haber esperado a que del listado de selección de postulantes de padres con fines de adopción fuera elegida una familia y luego comenzar a crear un vínculo entre ellos. Hoy el vínculo se creó antes, pero -insinúa utilizando el modo interrogativo- no debe fomentarse otro abandono dentro de esta causa judicial (fs. 47/vta., parte final);

(g) que, al final, solicita el Asesor, en forma excepcional, se contemple a la luz del nuevo paradigma del Código Civil y Comercial, la posibilidad que el matrimonio de M. S. y A. E., sea evaluado dentro del marco de la selección de postulantes del listado de padres con fines de adopción (fs. 49).

4. La Jueza de Familia rechazó la petición (fs. 50/52vta.). Y de esa resolución apeló el Asesor de Incapaces (fs. 53) y, por supuesto, los peticionantes de la guarda (fs. 55).

Sostienen S. y E., que no se priorizó el interés superior de la niña; no se consideró lo propuesto por el Asesor, en cuanto a hacer una excepción por las circunstancias planteadas; realizaron la inscripción en el Registro de Adoptantes en el año 2006; se remiten el informe remitido por la licenciada Arnaiz; quizás el programa de acogimiento tenga falencias como en este caso, dejando integrar afectivamente a la niña con esta familia, pero ese error no tendría que padecerlo ella (insinúa en forma de interrogación) (fs. 67/68). La Jueza es consciente que las instituciones no resultan el mejor



Juan Manuel García
Secretario

lugar para que un niño viva allí, pero decidió lo contrario y se dejó a la niña allí en condiciones iguales a las denunciadas al redactar los hechos sucedidos. Se está ocasionando un daño terrible, psíquico y espiritual (fs. 68.).

La resolución apelada fue declarada nula por esta alzada, con los fundamentos que se registran a fojas 73/vta.

5. Al retomar el proceso su curso en pos de una nueva sentencia, se produjo el informe de la licenciada Soledad Castro, del Juzgado de Familia (fs. 96/97)

En ese informe, con referencia a A. y M., se aprecia que si bien hay referencia a ellos por parte de M., es una referencia que quedaría reducida a la existencia del contacto que mantuvo en el pasado. Dice que la niña puede explicar que actualmente no los estaría viendo sin abrir interrogantes que permitan inferir la existencia de una genuina y afectiva vinculación. Tampoco, a criterio de la informante, es un punto de interés que surja de la espontaneidad del diálogo de la niña, sino que es a partir de un interrogante que se le dirige. Comenta que la niña expresó su deseo de no vivir más en el hogar y poder tener una mamá y un papá. El pronóstico es que M. se encuentra en condiciones psíquicas de poder vincularse y alojarse en una diada familiar que le brinde la contención emocional y material que demanda (fs. 96).

Al parecer -pues no asoman datos que lo desmientan- el informe se gestó en base a una sola entrevista de la psicóloga con la niña (fs. 96/97).

6. Producido el dictamen del Asesor de Incapaces, el juez emitió su sentencia a fojas 108/111vta., en el sentido de denegar la guarda solicitada por S. y E..

En sus fundamentos se denota apego a lo normado en el artículo 611 del Código Civil y Comercial y un convencimiento de que la separación con el guardador de hecho, puede instituirse en una ventaja para la niña si es trasladada desde ese preludeo de familia hacia otra familia respetuosa de



Juan Manuel García
Secretario

la ley. Alude al informe de la perito psicóloga que mantuvo entrevista con la niña. Y deja en claro que, invocar una guarda de hecho a fin de petitionar la guarda preadoptiva importa sortear el sistema legalmente impuesto como vía de acceso a la adopción. En cuanto a la jurisprudencia, recurre a un fallo de la Corte Suprema de Justicia provincial, C 112185, sentencia del 11/04/2012, 'S., Matías s/Medida de abrigo' (en Juba sumario B26935).

Asimismo, evocó el caso decidido por la CIDH, en su sentencia del 27/04/2012, caratulado 'Forneron e Hija vs. Argentina. Fondo reparaciones y costas' (fs. 110/111).

7. El pronunciamiento fue consentido por el Asesor de Incapaces, pero recurrido por los peticionantes de la guarda (fs. 116 y 124/125).

Arribados los autos a esta alzada, se dispuso la designación de oficio de un abogado del niño a través de sorteo, recayendo la designación en la abogada, la que luego se dejó en suspenso, a pedido del Asesor de Incapaces, sin perjuicio de lo cual se convocó a la niña y a la licenciada Arnaiz a una audiencia, que se llevó a efecto (fs. 134, 141 y 143). Luego, el Asesor agregó un informe social actualizado, elaborado por la perito social del Ministerio Público (fs. 148/149 y 150).

A fojas 155/159, expresaron agravios los apelantes. En lo que interesa destacar, dijeron:

(a) que existe otra excepción a lo normado en el artículo 611 del Código Civil y Comercial, que no es mas que la derivada del superior interés del niño, reconocida por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

(b) que el matrimonio solicitante se encuentra inscripto en el Registro Central de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción de la Suprema Corte de esta provincia, lo que ya sería sustento para dotar de un marco de legalidad a la guarda adoptiva;



Juan Manuel García
Secretario

(c) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que frente a una guarda de hecho es posible otorgar la guarda con fines adoptivos si de no hacerlo se derivare grave perjuicio para una menor;

(d) que existe evidencia demostrativa del perjuicio para la salud integral de M., lo que se irrogaría de no hacer lugar a lo pedido a fojas 31/33;

(e) que al respecto debe valorarse el informe de la Lic. Alvarez, del dos de febrero de 2015 y también el informe de fojas 100/101. Además se encuentra agregado el informe producido por la Lic. Arnaiz a fojas 104;

(f) que igualmente es de primordial observación la opinión de la niña, referida a pertenecer al matrimonio S.-E.

Ofrecieron prueba, aspecto que ya ha merecido atención al tratarse las cuestiones precedentes. Y dictaminó al Asesor de Incapaces a fojas 152, postulando medidas, que generaron la respuesta que se expresa en puntos anteriores (fs. 169.2)..

6. Revisada de tal guisa la causa, lo que sigue es avocarse a evaluar si debe otorgarse a los apelantes la guarda con fines de adopción de la niña M. o en su defecto resulta pertinente sostener el fallo apelado que la denegó.

Pues bien, por lo pronto es dable anticipar que, en la especie, no hay datos de familiares biológicos ni de otro y otros guardadores que reclamen la restitución de la niña. Su madre, B. J. L., tuvo trato con ella tres o cuatro veces desde 2011; luego por gestión del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, habría tenido contacto con su hija en General Villegas en 2013 (fs. 48, 158/159 y 168172vta., de los autos agregados por cuerda).

Pero es de advertirse que la índole de las cuestiones familiares como la que se debate en esta litis consulta un particular miramiento, pues es el 'interés superior' de la niña, al que hace mención el art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el paradigma que ha de guiar la



Juan Manuel García
Secretario

decisión y el criterio para la definir lo dominante para su protección (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; mi voto en C. 102.655, sent. del 27-IV-2011).

Ese interés superior de M. está definido por sus necesidades y son éstas las que lo precisan en cada momento de su vida para el desarrollo integral como persona (arg. arts. 3.1, 9.3., 11, 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño; Observaciones Generales 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; art. 14, ap. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la C.I.D.H.; arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y conchs. de la Constitución Nacional; arts. 11, 15, 36.2 y conchs. de la Constitución Provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y conchs. de la ley 26.061; arts. 4, 5, 6, 7 y conchs. de la ley 13.298; arts. 3 y conchs. de la ley 13.634).

El Comité ha subrayado que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general,



Juan Manuel García
Secretario

el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 6, ver unicef.cl/web/informes/derechosnino/14.pdf).

En el derecho interno, la ley 13298 en su artículo cuarto, entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad.

Todo esto implica, que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño. Esas circunstancias se refieren a sus características específicas, la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, el contexto social y cultural, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores (Observación General cit. párr.. 41).

En consonancia con ello, el citado artículo cuarto de la ley 13298, prescribe que para determinar el interés superior del niño, en una situación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Juan Manuel García
Secretario

concreta, se debe apreciar: a) la condición específica de los niños como sujetos de derecho; b) la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico; c) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes; y d) la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

Dentro de este marco es que en este proceso cuadra indagar acerca de las circunstancias que llevaron al matrimonio solicitante a entablar con M. una articulación temprana, como la idoneidad de éstos para hacerse cargo de ella, la situación y bienestar actual de la niña y las razones que puedan aparecer para modificar o no el actual estado de cosas.

(a) En torno a lo primero, se desprende de las evidencias que el proceso brinda y de lo que aporta el expediente agregado 'L., A. M. y otro/a s/ patria potestad. Ejercicio. Sanciones', que la niña se encontraba con una medida de abrigo alojada en el Hogar Convivencial 'Tierra de Niños' de General Villegas, por intervención del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, donde vivía al parecer desde el diecisiete de enero de 2011 cuando tenía algo más de un año y medio de edad, en el tiempo en que M. F. S. y M. A. E., se vincularon con ella (fs. 9/12; fs. 6/7, 13/16, 29/vta., 25/26, 32/34vta. y 48 del expediente agregado).

A la fecha de elaboración del informe recién aludido, o sea al dos de febrero de 2015, ese vínculo social y afectivo venía de más de nueve meses (fs. 10 sexto párrafo). Visitaban a la niña desde marzo de 2014, aproximadamente (fs. 198, quinto párrafo, del expediente agregado).

Narra la licenciada Álvarez que, por entonces, la niña compartía con el grupo familiar señalado todos los días, de lunes a jueves, de diecisiete y treinta o dieciocho hasta las veinte horas, cuando debía regresar al hogar por el horario de la cena. También quedaba con ellos los fines de semana, desde el viernes por la tarde hasta el domingo por la noche, participando en reuniones familiares con los padres de los actores, hermanos y sobrinos, de las que disfrutaba e interactuaba fluidamente (fs. 10, anteúltimo párrafo).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Juan Manuel García
Secretario

Cuenta la misma asistente social, que mediante el permiso solicitado por el matrimonio y aprobación otorgada por la autoridad del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, la niña ha podido compartir con aquellos períodos limitados y fundamentados por ocasiones especiales: receso escolar de julio de 2014 con una duración de dieciocho días, festividades navideñas y de año nuevo, desde el 19 de diciembre de 2014 hasta el 5 de enero de 2015, noche de reyes de este año y el día del cumpleaños (fs. 10, párrafo final). Todo lo cual ha permitido intensificar, consolidar y dotar de mayor carga afectiva el vínculo entre el matrimonio y M.

Agrega Álvarez que la niña cuenta para su uso exclusivo de una habitación adecuada a su edad en cuanto al mobiliario, decorado, ornamentado, con lugar para guardar los juguetes, llegando a nombrar como 'mi cama', 'mi pijama', 'mis muñecos', 'mi cuarto'. Asimismo reconoce y comprende la lógica de los diferentes miembros de la familia ampliado por sus nombres, roles, características personales y se ubica como miembro dentro de ella, llegando de denominarlos: 'los abuelos', 'los tíos', 'los primos', preguntando a veces: '¿qué vendría a ser el o ella mío?'. Fundamentalmente a A., que es con quien mantiene mayores diálogos frecuentemente sobre estas cuestiones. De igual modo, la niña ha comenzado a llamar a A. 'mami' y a M., 'papá M.'.

Los actores afirman que no conocen a la madre de la niña y ningún elemento colectado en el proceso permite colegir con certeza que esa aseveración no sea verdadera. Es decir que el contacto inicial con M. fue a través del "Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño y personal del Hogar Convivencial de General Villegas, pero no entre la madre de ella y el matrimonio (arg. arts. 384 del Cód. Proc.). Mónica Primo es aludida como la persona -coordinadora del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño-, que autorizó que aquellos visitaran a la nena en el hogar y posteriormente le permitieron



Juan Manuel García
Secretario

retirla los fines de semana e incluso durante el período de vacaciones de invierno, posibilitando establecer un vínculo positivo (fs. 198 del expediente agregado).

Justamente, en este aspecto, el Asesor de Incapaces entiende que no se trata en éste caso de los llamados 'chicos puestos', sino que a raíz de darle una mejor calidad de vida dentro de la medida de abrigo, se le ha dado a la niña la posibilidad de tener una relación que ha creado un vínculo afectivo entre el matrimonio en cuestión y M. Los progenitores, agrega, no realizaron ningún acuerdo para crear ese vínculo (fs. 46 y vta.).

Por cierto que tanto la jueza de familia, en su momento, como el Asesor de Incapaces no han dejado de cuestionar el abordaje realizado por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño y el personal del hogar Convivencial de General Villegas. Se trabajó mal desde el orden administrativo, dice Abregú, pues se debería haber esperado a que del listado de selección de postulantes de padres con fines de adopción fuera elegida una familia y una vez elegida haber comenzado a crea un vínculo entre éstos y la niña. Pero el vínculo se creó antes. (fs. 34/vta., 43.II, 454, párrafo final y 47/vta.). Incluso, postula se haga saber a las autoridades del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, al Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, que el procedimiento y la forma de abordaje realizado no es el adecuado tanto desde el punto de vista jurídico, psicológico y social, evaluándose las sanciones correspondientes. Sin embargo, solicita se contemple la posibilidad de que el matrimonio de M. F. S. y M. A. E. sea valorado dentro del marco de la selección de postulantes del listado de padres con fines de adopción (fs. 49).

En definitiva, a esta altura, ni por parte de la Jueza de Familia que intervino, ni del Fiscal Arcomano, ni del Asesor de Incapaces, ni del Juez de Primera Instancia que emitió la sentencia apelada, ha sido posible hallar en lo ocurrido delito. Para mejor decir, no se ha llegado a identificar una



Juan Manuel García
Secretario

conducta típica punible (fs. 34 y vta., 38, 43/49vta., 105/107vta., 108/111vta.).

(b) Con relación a la situación y bienestar de la niña, se nota una diferencia que se delata al comparar el tiempo en que estuvo en contacto con los apelantes y el tiempo que transcurrió luego de decretado el cese de ese enlace.

En efecto, la niña ha contado con tratamiento psicológico por pedido del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, desde el 8 de mayo de 2014, que estuvo a cargo de la Licenciada en psicología Ainoa Arnaiz (fs. 198/199 del expediente agregado).

El 26 de agosto de ese año, la profesional tratante informó a la coordinadora del Servicio Local, Mónica Primo, que durante las primeras entrevistas realizadas M. tenía dificultades para permanecer en el consultorio por más de dos o tres minutos, pedía salir con alguna excusa o irse con la persona que la traía. Se mostraba con conductas inquietas, impulsivas y desorganizadas.

En otro informe de mayo de 2015, relata que en las sucesivas entrevistas se observó una evolución favorable en cuando al cambio en la conducta de M. Logró permanecer en el consultorio el tiempo pactado, tranquila, más organizada y desarrollar juego simbólico, aunque las conductas impulsivas persistieron por más tiempo, las mismas fueron modificándose, con el avance del tratamiento y los nuevos vínculos que se establecieron con la presencia de M. y A. y la familia ampliada de ambos, quienes comenzaron, desde hace algún tiempo, a formar parte de la realidad de la niña, compartiendo momentos y espacios (fs. 40/42). En las últimas sesiones, continúa la licenciada, correspondientes a abril de 2015, manifestó su deseo de vivir con M. y A. y que los extraña ya que no lo permiten verlos desde hace un tiempo.

Esta interrupción del contacto entre el matrimonio actor y M., sucede -estimativamente- por lo menos formalmente a partir de la resolución



Juan Manuel García
Secretario

de la Jueza de Familia que decretó la pérdida de la patria potestad y en situación de adaptabilidad a la nena: el 19 de diciembre de 2014 (fs. 206/211 del expediente agregado). Quizás pudo ser antes, pero -francamente- no se ha encontrado un elemento que de certeza al respecto, que no sea la aludida resolución judicial.

Se han registrado cambios en la conducta y en el estado anímico de la niña, asevera la licenciada Arnaiz, como también desorganización en el juego. Y a su juicio los mismos podrían deberse a la inestabilidad de la permanencia en uno u otro hogar (ya sea el Hogar o la casa de aquel matrimonio) que en este momento comienza a generarle angustia y confusión, debido al vínculo establecido y ahora interrumpido. Esta familia, dice, proveyó nuevos modelos identificatorios alternativos, necesarios para la construcción de la identidad. M. y A. demostraron desempeñar roles adultos responsables y funciones parentales para M. La ausencia o carencia de estos nuevos vínculos podría significar una nueva situación de abandono a la que tendría que enfrentarse con el trabajo de duelo correspondiente. Teniendo en cuenta los antecedentes de abandono de la niña esto podría provocar daño en el equilibrio de su estructura psíquica, aun en desarrollo.

Esas alteraciones que comenta la mencionada profesional, también fueron registradas en el ámbito escolar. La información generada por el Jardín de Infantes 914 de General Villegas, da cuenta de que M. ha confiado a su docente, en varias oportunidades y angustiada, que no quiere vivir en el Hogar, que quiere vivir con A. y M. pero que el juez no la deja (fs. 101). En la nota se narra una experiencia con relación a la situación de la niña: '...El día que se festejó la primavera en el jardín, la docente con su grupo de alumnos confeccionaron expresiones gráficas significativas alusivas a la estación del año, M. dibujó dos flores grandes, le contó a la docente que esas flores eran A. y M. Algo similar surgió el día de la familia, confeccionaron regalos y tarjetas con expresiones gráficas, la niña volvió a contarle a la docente que los iba a guardar para regalar a A. y M.' (fs. 101).



Juan Manuel García
Secretario

Agrega el informe que la niña refiere reiteradamente que esta esperando que un juez la deje vivir con A. y M., que ella no quiere vivir con otra familia, pero que tiene que viajar a Trenque Lauquen (fs. 101).

En otro parte de la psicóloga tratante de la nena -a quien el Asesor de Incapaces promueve para ser escuchada (fs. 132/vta)-, sostiene que se la nota desganada o con manifestaciones de desorganización y ansiedad, refiriendo: 'cuándo va a poder vivir con A.'. Esta novedad es fechada el 6 de noviembre de 2015 (fs. 104).

Esta cámara, perceptiva de la exigencia de indagar hasta los confines de lo posible para contar con un mayor monto de información de fuente más inmediata, atendió el pedido del Asesor de Incapaces (fs. 132/vta.) y convocó a la niña y a la licenciada Arnaiz, a una audiencia, que se realizó el nueve de marzo de 2016.

En ella, la profesional que trata a la niña desde hace dos años como psicóloga del Hospital Municipal, evoca que M. ha establecido aproximadamente durante un año un vínculo de estructura familiar con A. E. y M. S., interrumpido actualmente, desde hace unos ocho meses, no por decisión de la nena, quien reclama permanentemente volver a estar en contacto con ellos porque los reconoce como único modelo de familia con vínculo de permanencia no solamente personal sino con la vivienda.

Lo más importante de su exposición es cuando afirma, desde su ciencia, que no volver con ellos provocaría desorganización psíquica en la niña, angustia, ansiedad, conductas agresivas, dificultad para establecer nuevos vínculos, síntomas que ya había más o menos anticipado, en su informe de fojas 40/42, del cual se ha hecho mérito en párrafos precedentes (fs. 141). Esa sintomatología, expresa la psicóloga, se ha venido manifestando en este último tiempo, teniendo una regresión en su conducta.

En su pronóstico, sostiene que lo más beneficioso para M. es restablecer el vínculo con A. y M., incluyendo su hermanito V. para no generar una nueva pérdida afectiva. La niña está lúcida, asevera, orientada y



Juan Manuel García
Secretario

tiene un discurso y madurez acorde a su edad cronológica que la capacita para expresar su deseo y su interés de lo que quiere y de lo que no quiere (fs. 141).

Seguidamente esta alzada recibió a la nena. Expresó que quiere mucho a A. y M. y que quiere estar con ellos. En la casa de ellos tiene su pieza, su cama, su celular, dos plantas de tomate y de frutilla, Y entrega un dibujo donde -explica- aparece ella con varios globos que en un cumpleaños le va dar a la tía R. (hermana de A.), a su abuelo C. (papá de M.) y a sus hermanos (fs. 143). Se advierte, que la voluntad de mantener y profundizar el vínculo con aquellos, es intensa y firme.

Tocante a la temática planteada, entonces, por más crítica que pueda merecer el tratamiento que dio al caso el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, lo que despertó la censura por parte del Asesor de Incapaces, la mirada debe estar puesta ahora en la niña, en su superior interés, tal como ha asomado concretamente en este contexto: su fuerte anhelo, construido a partir de la experiencia que se le permitió vivir durante su relación con A. y M., de ser recibida por ellos como hija y encontrar allí su hogar, su lugar de pertenencia, su mundo.

Con tal miramiento es como se atiende el criterio que se auspicia en el párrafo cuarenta y uno de la Observación General recordada en tramos precedentes y cómo se respeta ese derecho en la decisión. Con ajuste - igualmente- a la noción que auspicia el artículo cuarto de la ley 13298.

(c) Se desprende del ese análisis, que no aparecen motivos serios, relacionados con la situación de la niña, que motiven un cambio en el vínculo ya creado con el matrimonio peticionante.

Existen defectos puntuales que más tienen que ver con la organización, abordaje o modo de selección de quienes son aspirantes a adoptar que con el emplazamiento de M. en la relación que se ha examinado.



Juan Manuel García
Secretario

De M. F. S. y M. A. E., se puede decir que si bien promovieron su inscripción en el Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción, no figuran en el listado que la Jueza de Familia solicitara al Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, en virtud de lo normado en los artículos 15 de la ley 14528 y artículos 18 y conchs. del Anexo I de la Acordada de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 3607/2012 (fs. 7; fs. 243/245 y 274/vta. del expediente agregado).

Sin embargo, tampoco aparece explicitado el motivo o fundamento de la elección del aspirante que se realizó en los autos 'L., A. M. s/ patria potestad. Ejercicio. Sanciones'.

En este sentido, el citado artículo 18 del Anexo I de la Acordada que se menciona, indica cómo proceder al respecto: 'A los efectos de la preselección de postulantes, cada magistrado comenzará por los inscriptos en la jurisdicción a la que pertenece y por aquellos cuyas inscripciones resulten más antiguas, eligiendo de entre los señalados a aquellos que respondan a las particularidades del caso, siempre que en razón del superior interés del niño, niña o adolescente no resulte necesario apartarse de dicho orden de prelación. En este último caso, el juez deberá explicar los motivos de tal apartamiento'.

La Jueza de Familia, en el expediente agregado, proveyó habiéndose compulsado el listado -fs. 243/244vta. del mismo- ordenar por secretaría la comunicación personal con los matrimonios que *'in voce'* fueran indicados por ella a fin de conocer su interés actual ante la posibilidad de preadoptabilidad de M. (fs. 246/vta. de la misma causa). Pero en su resolución de fojas 296/299, no aparece manifestada la metodología empleada para la selección del matrimonio elegido, teniendo en cuenta que en la lista figuraban otros, cuya inscripción parece datar de mayor antigüedad. Luego de la providencia de fojas 295, de fecha 5 de octubre de



Juan Manuel García
Secretario

2015, sigue la entrevista con un matrimonio del listado y con la misma fecha, la designación por la jueza a los fines de la reinserción de A. M. L.

Corolario, también esta proceder despierta reparos, al menos teniendo en cuenta el proceder indicado en el tramo del artículo 18 de la Acordada señalada, así como las pautas a tener en cuenta para la selección de los postulantes, regladas en el artículo 17 de la ley 14458.

Con la diferencia que, siempre pensando en la niña y en su superior interés, ella tuvo un posicionamiento claro en el sentido de no desear conocer a ninguna familia nueva, manifestar que extrañaba a A. y M. y a expresar en diversas oportunidades y aún frente a jueces de esta cámara, su inclinación a estar con este matrimonio, con respecto a los cuales no aparecen otras objeciones que la derivada de su no inclusión en el listado seguido por el juzgado de familia y la consideración acerca de configurarse en tal situación una guarda de hecho, prohibida por la legislación aplicable (fs. 143; fs. 283 de la causa agregada; arg. arts. 16 de la ley 14458).

7. Este impedimento que señala el artículo 16 de la ley 14458, fue materia de excepciones.

Por una parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por el voto del juez Pettigiani, ha recordado: 'los tribunales deben ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad; con lo cual, deben mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", sent. del 27-V-2015, pág. 7... La misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Juan Manuel García
Secretario

de las circunstancias del caso (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., pág. 7) (S.C.B.A., C 119702, sent. del 11-2-2016, 'P. ,A. s/ Guarda con fines de adopción', en Juba sumario B4201725).

Y esta directiva es aplicable a la especie, porque si bien el trato entre M. y el matrimonio demandante esta todavía interrumpido, sin voluntad de las partes, aun así sigue latente en la expectativa de los protagonistas y no fue desplazado por ninguno de ellos con la vivencia de alguna otra relación superadora. Es una situación de hecho, que continúa presente y de la cual no es posible despreocuparse

Debe contemplarse, como lo ha hecho el mismo Tribunal citado, que: '...El Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción, resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin (conf. Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000). De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que puedan adoptar un niño (Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002), cuando obrar en su estricto apego produjere un perjuicio para el menor, contrario a su actual y concreto superior interés' (S.C.B.A., C 119702, cit.).

En este marco conceptual, con apego a un argumento empleado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede suscribirse que separar definitivamente a la pequeña del matrimonio con el cual ha



Juan Manuel García
Secretario

alcanzado a entablar una vinculación tan robusta y vigorosa que aflora nítida de los diversos instrumentos del proceso que se han apreciado, no aparece como más favorable para ella. Pues -como lo han advertido la psicóloga Arnaiz y el Asesor Abregú- al final, se la somete a una nueva situación de abandono al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo a tan temprana edad (C.S., sent. del 27-5-2015, 'M., M. S. s/ guarda', en La Ley, t. 2015-D, con nota de Marisa Herrera).

8. Por conclusión, con fundamento en todo lo expuesto, debe admitirse la apelación articulada y revocarse la sentencia blanco del recurso y dejar designado para la guarda con fines de adopción de A. M. L., de las circunstancias personales de autos, al matrimonio integrado por M. F. S. y M. A. E., en los términos de los artículos 17, 18 y siguientes de la ley 14.458.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO:

Que por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

A LA MISMA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO:

Que por compartir sus fundamentos adhiere al voto emitido en primer término al ser votada esta cuestión.

A LA CUARTA CUESTION EL JUEZ LETTIERI DIJO:

Corresponde:

1. Hacer lugar a la prueba instrumental propuesta por los apelantes contenidas en el dispositivo de almacenamiento electrónico, reservado en secretaria y a las agregadas a fojas 151/154, como se indica al ser votada la primera cuestión y desestimar el resto de la prueba ofrecida, al igual que la propuesta por el Asesor de Incapaces.

2. Hacer lugar al tratamiento de la apelación de fojas 124, la que se admite y, en consecuencia, revocar la sentencia de fojas 108/111 vta. y dejar designado para la guarda con fines de adopción de A. M. L., de las



Juan Manuel García
Secretario

circunstancias personales de autos, al matrimonio integrado por M. F. S. y M. A. E., en los términos de los artículos 17, 18 y siguientes de la ley 14.458.

TAL MI VOTO.

A LA MISMA CUESTION LA JUEZA SCELZO DIJO:

Que por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

A LA MISMA CUESTION EL JUEZ SOSA DIJO:

Que por compartir sus fundamentos adhiere al voto emitido en primer término al ser votada esta cuestión.

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, DICTANDOSE LA SIGUIENTE:

SENTENCIA

Por lo que resulta del precedente Acuerdo, la Cámara **RESUELVE:**

1. Hacer lugar a la prueba instrumental propuesta por los apelantes contenidas en el dispositivo de almacenamiento electrónico, reservado en secretaria y a las agregadas a fojas 151/154, como se indica al ser votada la primera cuestión y desestimar el resto de la prueba ofrecida, al igual que la propuesta por el Asesor de Incapaces.

2. Hacer lugar al tratamiento de la apelación de fojas 124, la que se admite y, en consecuencia, revocar la sentencia de fojas 108/111 vta. y dejar designado para la guarda con fines de adopción de A. M. L., de las circunstancias personales de autos, al matrimonio integrado por M. F. S. y M. A. E., en los términos de los artículos 17, 18 y siguientes de la ley 14.458.

Regístrese. Notifíquese según corresponda (arts. 133, 135 inc. 12 y 249 últ. párr. CPCC). Hecho, devuélvase.

Toribio E. Sosa
Juez



Juan Manuel García
Secretario

Carlos A. Lettieri
Juez

Silvia E. Scelzo
Jueza

Juan Manuel García
Secretario