

**SENTENCIA NÚMERO: UNO.-**

Villa Cura Brochero, veintisiete de marzo de dos mil diecisiete.-

**Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**C., J. G. -CONTROL DE LEGALIDAD**"

(Expte. N° xxx), traídos a despacho a fin de resolver el control de legalidad de la medida de excepción adoptada por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.), Unidad de Desarrollo Regional (U.De.R.) Mina Clavero, en relación al niño J. G. C., D.N.I. N° xxx, hijo de E. C. y E. P.

**Y DE LOS QUE RESULTA:** 1).- Que a fs.3/19 se incorporan a las presentes actuaciones documental e informe de la Se.N.A.F.- U.De.R. Mina Clavero, suscripta por la Lic. Elina Dabas y el Dr. Flavio Sevo, en relación a la medida excepcional adoptada respecto al niño J. G. C., D.N.I. N° xxx, quien fuera privado de su centro de vida a efectos de la protección de sus derechos, siendo resguardado en el hogar del Sr. J. H. C. E., D.N.I. N° xxx.

2).- Que a fs.20 este Tribunal se avoca al conocimiento de las actuaciones, solicitando conocer la situación actual del niño y sobre la prórroga de la medida excepcional adoptada.-

3).- Que a fs.25/31 corre agregado nuevo informe de la Se.N.A.F.- U.De.R. Mina Clavero, con copia del correspondiente dictamen de la Dirección de Asuntos Legales, expresando que se ha prorrogado la medida excepcional en relación al niño J. G. C., quien continuará resguardado en el hogar del Sr. J. H. C. E.

4).- Que a fs.34 el organismo de mención informa que el niño continua bajo el cuidado y protección del Sr. J. C. E.; que no se ha adoptado la prórroga de la misma

dado que se han adoptado todas y cada una de las medidas previstas en la Ley 9944, por lo que solicita el cese de la medida excepcional, encontrándose a la espera del Dictamen Jurídico que debe emitir la Dirección de Asuntos Legales de la Se.N.A.F.-

5).- Que a fs.36, a los fines de cumplimentar con lo dispuesto por los arts. 56 y siguientes de la Ley 9944, se fija audiencia con el niño J. G. C., sus progenitores, su guardador provisorio y la Representante del Ministerio Público Pupilar.-

6).- Que a fs.38/42 se recibe informe de la Dirección de Asuntos Legales de la Se.N.A.F. en donde se expresan los fundamentos jurídicos en relación al cese de la medida excepcional del niño J. G. C., requiriendo se disponga su situación de adoptabilidad conforme el art. 607 inc. c) del C.C.C.N. y 48, último párrafo, y 64 inc. f) de la Ley 9944, y hasta que esto suceda, solicita se mantenga a resguardado en el domicilio del Sr. C.-

7).- Que a fs.64 obra la audiencia realizada en función del requerimiento del art. 56 y siguientes de la Ley 9944, encontrándose presentes los Sres. E. P. y E. C., progenitores del niño, junto a la Dra. María Cuestas; el niño J. G. C., acompañado de su guardador provisorio, Sr. H. C. E, junto a su letrado patrocinante, Dr. Jorge Omar Arrieta, y con la presencia de la Sra. Asesora Letrada, Dra. Anita Patricia Pollini, Representante del Ministerio Público Pupilar. Que interrogado el niño por su situación, manifiesta que se lleva bien con su profe; que se quiere quedar con él y que no quiere permanecer con otra familia a la que no conoce. Los progenitores del niño manifiestan que no estaban en condiciones de cuidar a J. G. y por eso la UDER

Mina Clavero ha intervenido; que lo ven muy bien al niño con el Sr. C. E; que lo suelen visitar y tienen contacto con él y están de acuerdo en que el mismo continúe con el Sr. C. E; y que desean que éste se siga haciendo cargo y sea responsable de J. G. A su turno, el Sr. C. E. expresa que tiene intenciones de hacerse cargo del menor; que en virtud del interés superior del niño, lo mejor para J. G. es que permanezca con él; que se pueda realizar el trámite de adopción; y que quiere velar por la integridad del niño y evitar situaciones perjudiciales para el mismo, en cuanto a que pueda perder el contacto con su familia de origen y con el dicente mismo, al ser entrado a otra familia. Asimismo, el Dr. Arrieta, letrado patrocinante del Sr. C. E. , manifiesta que su representado se ofrece a asumir la guarda como referente afectivo del niño J. G., por considerar que es lo más adecuado al interés del menor, ya que después de tres años de haber ejercido de hecho la guarda, la relación afectiva creada entre ambos se asemejaría a un afecto paterno-filial; y que, por todo ello, solicita no se declare la adoptabilidad del menor J. G., en razón de lo dispuesto en el supuesto previsto por el art. 607, última parte del C.C.C.N.

**8).-** Que corrida vista a la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar, Dra. Anita Patricia Pollini, la misma manifiesta (fs.69) que: *“... de las constancias de autos surge que el niño J. G. C., en el marco de la medida excepcional adoptada por la responsable de la UDER Mina Clavero, fue separado de su centro de vida a los efectos de la conservación de sus derechos y reparación de las consecuencias en relación a los mismos. El niño se encontraba bajo la guarda de su abuela paterna, Sra. A. F. C., otorgada por el Juzgado de Control, Menores y Faltas de este centro*

*judicial, quien por padecer de una enfermedad terminal, se encontraba internada, siendo resguardado en el hogar del profesor, Sr. J. H. C. E., al no haber familiares del niño que puedan hacerse cargo de él. Que de los distintos informes que obran en autos, se desprende que la evolución del niño en la familia guardadora ha sido positiva, encontrándose el menor integrado a la vida familiar del guardador, siendo éste un buen referente afectivo de J. G. El Sr. C. E., mantiene un vínculo saludable con el niño, quien lo considera como un padre, por lo que la medida excepcional ha sido prorrogada hasta llegar al plazo máximo establecido por el art. 48 de la Ley 9944. Ahora bien, en la audiencia prescripta por el art. 56 de la Ley 9944 a los fines del Control de Legalidad requerido por la UDER, este Ministerio tomó contacto “de visu” con las partes, pudiendo detectar que surge que el menor ha sido oído de manera directa, en presencia de sus padres y actual guardador, manifestando que “se lleva bien con el profe, que se quiere quedar con él. Que no quiere permanecer con otra familia que no conoce”. Asimismo los progenitores Sres. P.-C. quienes son analfabetos y presentan algún tipo de discapacidad, han expresado que no se encuentran en condiciones de hacerse cargo de él, por lo que la UDER interviene, y están de acuerdo a que el niño continúe viviendo con el Sr. C. E., manifestando éste último que quiere velar por la integridad del niño y evitarle situaciones perjudiciales. Que después de analizada las constancias de autos, lo visto y oído en la audiencia de fecha 24/08/2016, se considera que se debe tener en cuenta el interés superior del niño, que es una regla que debe guiar el análisis y la solución de los conflictos suscitados respecto de la situación de los*

menores, de modo que los mismos favorezcan su desarrollo integral, y no perjudiquen ni menoscaben sus derechos, en pos de otras preferencias. Expresión que está inserta en el art. 3 del texto de la Convención de los Derechos del Niño, la cual tiene jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22 de la CN y art. 2, Ley 26.061, los jueces deben ajustar sus decisorios a dichas pautas. Que tomando en consideración la opinión vertida por el niño J. G. C. en presencia de V.S. en el sentido que es su deseo de permanecer con el Sr. C. E. , el derecho del mismo a vivir en un ambiente sano que favorezca a un desarrollo normal de su personalidad, este Ministerio entiende que no se debe declarar la adoptabilidad de este niño, debiendo permanecer en el hogar del Sr. C. E. , y aunque las causas que dieron origen a la medida excepcional adoptada persisten, sus progenitores no han revertido su situación, por lo que no están en condiciones de hacerse cargo de J. G. , como tampoco existen familiares que lo puedan acoger, considerando que en el concreto de autos, se da una situación a la que puede aplicarse lo dispuesto por el art. 607, última parte del C.C.C.N, en el sentido de que la declaración judicial de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, ofrece asumir su guarda y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste, o en su caso, puede prolongarse la medida excepcional conforme lo dispone el art. 48, cuarto párrafo de la ley 9944, con revisión periódica, si V.S. lo considera conveniente, hasta tanto y por la vía que corresponda el guardador inicie las acciones tendientes a regularizar la guarda que hasta ahora detenta”.-

10).- Que dictado y firme el proveído de autos queda la causa en estado de ser resuelta (fs. 67).-

**Y CONSIDERANDO: I).**- Conforme surgen de los Vistos precedentes, la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familiar (Se.N.A.F.) adoptó en relación al menor J. G. C. la medida excepcional de resguardarlo a cargo del Sr. J. H. C. E. por encontrarse su “abuela” y guardadora, A. F. C., con problemas de salud que le impedían continuar en dicha función, no pudiendo hacerlo tampoco sus padres, E. C. y E. V. P. Fallecida la “abuela” del niño y habiendo transcurrido los plazos legales sin que pueda revertirse la situación de sus padres, la Se.N.A.F. solicita se declare la situación de adoptabilidad del menor por la causal prevista en el art. 607 inc. c del C.C.C.N.. Frente a este requerimiento se ha opuesto el guardador provisorio, ofreciendo hacerse cargo de menor, por considerarse un referente afectivo del mismo, petición que ha sido avalada por la Asesora Letrada de esta Sede Judicial, en su carácter de Representante del Ministerio Público Pupilar, con los fundamentos transcritos precedentemente.-

**II).**- De la síntesis efectuada, resulta que como primer punto debe resolverse en autos acerca de la legalidad de la medida de excepcional de protección de derechos dispuesta por la Se.N.A.F en relación al niño J. G. C.

**III).**- Cabe señalar al respecto que el suscripto es competente para ello por las atribuciones conferidas por la Ley Nacional 26.061 y en virtud de lo dispuesto por los arts. 56, 57 y 64 inciso a) de la Ley 9944.-

**IV).**- En esta labor, el material probatorio que estimo dirimente para resolver la cuestión es el siguiente: a) Los Informes Legales y Técnicos efectuados por profesionales de la Se.N.A.F. (fs. 3/19, 22, 25/31, 34, 38/42), en donde se encuentra incluido el dictamen de la Dirección de Asuntos Legales de ese organismo; b) Las manifestaciones vertidas por los progenitores del niño, Sres. E. V. P. y E. C., en la audiencia prevista por el art. 56 de la Ley 9944, en donde expresan que *“no estaban en condiciones de cuidar a J. G. y por eso la UDER Mina Clavero ha intervenido. Que lo ven muy bien al niño con el Sr. C. E.. Que lo suelen visitar y tienen contacto con él y están de acuerdo en que el mismo continúe con el Sr. C. E.; y desean realmente que el Sr. C. se siga haciendo cargo y sea responsable de J. G. ”*; c) Las manifestaciones del menor de autos, que expresa su voluntad y parecer sobre la situación que atraviesa (art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23849, art. 27 inc. a y b Ley 26.061, art. 31 inc. a y b Ley 9944); y d) Las manifestaciones vertidas por el guardador, Sr. H. C. E. , quien dice que *“tiene intenciones de hacerse cargo del menor”*.-

**V).**- Asimismo, se ha cumplimentado en el control de legalidad con la intervención del Ministerio Pupilar, conforme lo dispuesto por el art. 103 del C.C.C.N. y 67, 74 y 77 de la Ley 9944.-

**VI).**- De las consideraciones precedentes debo concluir que: a) Sin lugar a dudas nos encontramos frente a una medida excepcional, de las previstas en el art. 48 y siguientes de la Ley 9944, ya que el niño ha sido separado de su “centro de vida”, es decir donde desarrollaba habitualmente sus actividades; b) La medida fue adoptada

por el Órgano Administrativo competente (Se.N.A.F. - U.De.R. Mina Clavero), y prorrogada hasta alcanzar el máximo del plazo legal, dentro de las facultades que se le ha conferido a tal fin (art. 49 Ley 9944), y coincidente con las obligaciones impuestas por los tratados internacionales, a través de los cuales el Estado Argentino se ha obligado a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra cualquier forma de perjuicio o abuso físico o moral, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres, representantes legales o de cualquier persona que lo tenga a cargo (art. 19 C.D.N.). En la especie, atento a que el niño había sido entregado en guarda en el marco de la anterior legislación (Ley 9053) a su tía paterna (“abuela”), Sra. F. A. C., por este mismo Tribunal mediante Auto Interlocutorio N°32 de fecha 01/10/2010 debido a la imposibilidad de sus padres de asumir la custodia del mismo; y que la guardadora contrajo una enfermedad terminal (cáncer) que le impidió continuar ejerciendo esta función, razón por la cual se hizo cargo del menor el Sr. C. E. , situación de hecho que fue confirmada por la U.De.R. Mina Clavero, se configuró y justificó de este modo la medida de excepción. Posteriormente, la guardadora fallece, no presentándose aptos, por entonces, los progenitores del niño para desarrollar su rol y no existiendo familia extensa que pudiera hacerse cargo de J. G. , es que se ordena las sucesivas prorrogas de la medida excepcional, manteniéndolo a resguardo en el hogar del Sr. H. C. E. ; c) Si bien esta medida no se pudo notificar a la “abuela” paterna, atento a que en un primer momento no se

encontraba en su domicilio por problemas de salud, y debido a que luego la misma fallece, conforme se desprende de fs. 9/10, si fueron debidamente informados a sus progenitores (art.54 Ley 9944); d) Se ha dado intervención a este Órgano Judicial, conforme lo establece la normativa provincial (art. 55 ley 9944), nacional (art. 40 ley 26.061) y supranacional (art. 9 C.D.N.); e) Se ha otorgado a todos los interesados la posibilidad de participar del control de legalidad que sobre la medida se efectúa (art. 56 y sptes. ley 9944), con el correspondiente asesoramiento letrado; f) Aunque en la en la causa no se ha cumplido acabadamente con la exigencia que establece que deben haberse agotado la medidas de segundo nivel para la adopción de la medida de tercer nivel, la situación particular presentada, puesta en conocimiento por los informes técnicos, en cuanto a la imposibilidad de los progenitores de asumir la custodia del menor, acreditada en el proceso prevencional llevado a cabo con anterioridad a la situación que dio origen a la situación de vulneración que originó la medida que nos ocupa, unido a la inexistencia de familia extensa que pueda asumir la responsabilidad y cuidado del niño, justificaron su adopción directa. En este sentido se ha dicho: *“Cuando está a la vista, de manera inconcusa, que las medidas de primer y segundo nivel resultan insuficientes e inadecuadas al caso, es irrazonable que se pretenda su aplicación previa a la adopción de medidas de tercer nivel”* (González del Solar, J. H., “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- Notas a la Ley Provincial 9944”, Ed. Mediterránea, Año 2013, pág.108).-

**VII).-** Por todo lo expresado, resulta pertinente ratificar la medida de excepción y sus prórrogas, dispuesta con relación al niño J. G. C., ya que en mérito de lo dispuesto por el art. 3 de la C.D.N.; arts. 3 de la Ley 26.061 y 3 de la Ley 9944, siempre debe primar el Interés Superior del Niño, y ese interés superior, para no devenir en abstracto, debe considerar y ponderar armoniosamente los derechos esenciales a la vida y a la integridad física y mental del mismo con su derecho a crecer y desarrollarse en un medio saludable, apoyándose necesariamente en los elementos fácticos concretos que deben valorarse al momento de decidir lo más apropiado para el mismo. Por otro lado, no hay dudas de que la Se.N.A.F.- U.De.R. Mina Clavero (Zonal N° 8) ha actuado dentro de las facultades que le son propias.

Al respecto se ha dicho: *“La medida es de resorte administrativo, al igual que su supervisión, sin perjuicio de la que compete al juez durante el breve tiempo de su actuación para el control de legalidad”*, aclarándose que *“la autoridad de aplicación, a través de sus dependencias autorizadas al efecto, es la única facultada para disponer la modificación o el cese de las medidas excepcionales”* (ibídem, págs. 110 y 112). Por lo tanto, surgiendo de los elementos probatorios que se encuentran colectados en esta causa, a tenor de la investigación administrativa y jurisdiccional oportunamente dispuesta, que era necesario que el niño, que se encontraba en situación de vulnerabilidad, contase con un adulto que pudiera asumir el carácter de custodio; a lo que suma la particularidad de que el Sr. C. E. había asumido tal calidad con anterioridad a la intervención del Órgano Administrativo,

se puede concluir que resulta acertada la decisión adoptada en reguardo del menor J. G. C. , debiendo, en consecuencia, ratificarse la medida excepcional adoptada.-

**VIII).-** Ratificada la medida de excepción, habiéndose superado el plazo legal previsto para la misma y expresamente requerido por la Se.N.A.F., ahora debo ingresar al análisis de la solicitud de declaración en situación de adoptabilidad del menor de marras. Pero para ello, cabe aclarar que si bien las circunstancias que dieron lugar a las medidas excepcionales se produjo y ésta fue adoptada con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo realmente importante es que el pedido de declaración de la situación de adoptabilidad formulada por la Se.N.A.F. se realizó cuando se encontraba vigente el Nuevo Cuerpo Legal (fs. 38/39), por lo que su aplicación se impone (art. 7 C.C.C.N.). Más allá de esta conclusión, se ha señalado, con razón, que el cambio legislativo ha sido solo aparente en cuanto a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, por cuanto el Nuevo Código se ha limitado a incorporar soluciones jurisprudenciales o doctrinarias que ya integran el sistema jurídico, de manera que no se ha producido un cambio real en el derecho vigente, y la nueva normativa no encuentra dificultades para su aplicación inmediata, pues los problemas continúan solucionándose en el mismo sentido que antes de su incorporación. Efectuada la aclaración precedente, en igual dirección se ha afirmado que aunque tal declaración no tenía antecedente en el Código Civil (Ley 340), resulta que en la práctica nuestros tribunales la formulaban en el mismo acto en el que se otorgaba la guarda con fines de adopción en los términos del art. 317 del texto de Vélez (conf. Roveda,

Eduardo Guillermo- Alonso Reina, Carlos F., “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado”, con dirección de Julio César Rivera y Graciela Medina, Tomo II, Ed. La Ley, Año 2015, pág. 439). Pero, a diferencia de la anterior normativa, el Nuevo Código regula el trámite de declaración de situación de adoptabilidad en forma expresa, consistiendo en un procedimiento que investiga si entre un niño, niña o adolescente y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida. Su fundamento es de orden constitucional y convencional, pues se apoya en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (conf. González de Vicel, Mariela, “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado”, con dirección de Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Tomo II, Ed. Infojus, Año 2015, pág. 399). Dicho de otro modo, se trata de la declaración de la existencia de una situación fáctica en la que se advierte que, por el bienestar del niño, no es conveniente seguir trabajando con la familia de origen para que pueda regresar con ella, sino que lo conveniente es focalizarse en la búsqueda de una familia que pueda ser continente a través de la figura de la adopción (conf. Herrer, Marisa, en “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado”, con dirección de Ricardo Luis Lorenzetti, Tomo IV, Ed. Rubinzal Culzoni, Año 2015, pág. 86). Es así, que el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) recibe una práctica judicial consolidada como un procedimiento con reglas propias, receptando en el art. 607 tres supuestos o causa-fuentes en los cuales correspondería la citada declaración, siendo estos: a) La situación de niños sin

filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que se haya agotado la búsqueda de familiares; b) La situación en donde los padres deciden en forma libre e informada que sus hijos sean adoptados; y c) La situación en donde judicialmente se haya comprobado, previo dictamen del organismo administrativo interviniente, de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada. De esta manera se busca, por un lado, coordinar el sistema de adopción con el sistema administrativo-judicial de protección de los derechos de los menores y por otro, homogeneizar los criterios de los judicantes, que pueden verse afectados por diversas interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales sobre la materia. Las tres hipótesis previstas encuentran su fundamento en el art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño que consagra el “Principio de Preservación de la Familia de Origen” al establecer que *“los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de su familia contra la voluntad de éstos”*, el que -también- se encuentra expresamente mencionado en el art. 595 inc. c del C.C.C.N., como principio general que rige el proceso de adopción propiamente dicho. Pero, específicamente en cuanto al supuesto contenido en el art. 607 inc. c del C.C.C.N., ese mismo precepto internacional establece como excepción a esa obligación estadual las situaciones en donde el interés superior del niño exija tal separación, en resguardo de la integridad psico-física del menor. Más precisamente, los arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra toda

*“forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación... mientras... se encuentre bajo la custodia de los padres”*, estableciendo que sólo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su *“superior interés exija que no permanezcan ese medio”* debiendo garantizarse *“otro tipo de cuidados para esos niños”*. Es decir que si los progenitores no son idóneos para cumplir con la función esencial asignada por la ley, de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad, al punto de representar un serio riesgo para su normal desarrollo, estos pueden ser separados de su núcleo originario, en razón del derecho que les asiste a crecer y desarrollarse dentro de otras familias, donde puedan satisfacer tales necesidades vitales. Este proceso está a cargo del órgano administrativo de protección de derechos de niños y adolescentes, y tiene como norte el interés superior de los menores. De esta manera, el *“Interés Superior de Niño”*, consagrado en los arts. 3 de la C.D.N., 3 de la Ley 9944, 3 de la Ley 26.061 y 706 inc. c del C.C.C.N., se constituye en una pauta correctora e integradora de las normas legales, mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad (conf. Grosman, Cecilia, *“Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”*, L.L. 1993-B-1089), es decir un estándar jurídico en constante evolución de acuerdo a las circunstancias sociales y que permiten un acercamiento de la solución legal a la realidad (conf. D’Antonio, Daniel, *“Convención sobre los Derechos del Niño”*, Ed. Astrea, pág. 45). La Corte Federal ha sostenido que: *“La atención principal al interés superior del niño al que alude el art. 3 de la*

*Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, como son las de constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y al de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio mencionado proporciona un parámetro objetivo en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza al del niño” (CSJN, Fallos 328:2870).-*

**IX).**- Ahora bien, bajo este paraguas conceptual, teniendo en cuenta que ya existían actuaciones judiciales en éste Tribunal en las cuales se sostenía la inidoneidad de los padres del menor de marras para hacerse cargo del mismo y que de los elementos aportados por el Órgano Administrativo de Protección (Se.N.A.F.) se presenta evidente que esta situación no ha variado, resulta clara la necesidad de dar por finalizada la labor tendiente a intentar que el niño regrese a su familiar de origen. En efecto, como anticipo, bajo el régimen de la anterior Ley Provincial de “Protección Judicial del Niño y el Adolescente” (Ley 9053) se iniciaron las actuaciones “C., J. G. - C., Marcelo Sebastián- Prevención” tendientes a resguardar al menor de autos y a su hermano frente a situaciones generadas por sus padres, que afectaban sus derechos. Por ello, en relación a J. G., en un primer momento, se otorgó como “medida tutelar”, en los términos del art.23 de la Ley 9053 la guarda provisoria a la Sra. F. A. C., la que luego se consolidó como definitiva mediante el dictado del Auto Interlocutorio N° 32 de fecha 1 de octubre de 2010, la que tengo a la vista. De esa resolución se desprende que aunque la citada guardadora trataba de

“nieto” al niño, en realidad era su sobrino, ya que el padre del menor, el Sr. J. E. C., era hermano de la ella, porque era *“hijo adoptado de sus difuntos padres”*. Más allá de esta aclaración, lo ciertos es que el rol que había adoptado la Sra. F. A. C. era de “abuela” de los niños, y así se advierte de las actuaciones administrativas y del presente expediente. Efectuada la aclaración de referencia, el dato trascendental de la mencionada resolución resulta del hecho de que la Sra. F. A. C. *“lo crió desde que tenía veinte días”* y que los progenitores del niño, con asesoramiento letrado, consintieron la guarda definitiva, manifestando -por entonces- que prestaban *“el consentimiento para que su hijo sea entregado en guarda judicial a la Sra. F. C., ya que el niño está totalmente adaptado a la señora y porque el niño está contenido por la misma”*. De lo expresado surge ya la falta de asunción por parte de los padres de las obligaciones inherentes a la responsabilidad parental desde el propio inicio de la existencia del menor. Fue en este contexto que a la muerte de la guardadora judicial, asume éste rol el Sr. C. E. Es así que la Unidad de Desarrollo Regional (U.De.R.) de la Se.N.A.F. con competencia en esta jurisdicción, con sede en Mina Clavero, cuando tomó conocimiento de que la situación de salud de la tía (“abuela”) y guardadora del niño J. G. C. no permitía que éste pudiera continúa en el núcleo familiar que había constituido su centro de vida desde su nacimiento, no se limitó a otorgar provisoriamente la guarda al Sr. J. H. C. E. , sino que intentó restablecer y afianzar el vínculo del menor con sus padres biológicos. Así lo recomendaron las distintas profesionales intervinientes (fs.11/12, 15/18, 25/26 y 29), haciendo hincapié en que el niño requería este contacto, habiendo mostrado predisposición

para ello el guardador provisorio. Pero la búsqueda por consolidar la relación con los padres biológicos no solo no resultó, sino que la distancia con el menor se agrandó luego de la muerte de la tía (“abuela”) del mismo, agravándose aún más cuando sus progenitores se separaron debido a situaciones de violencia doméstica denunciada por la madre, E. P., en contra del padre, E. C., lo que derivó en la adopción de medidas cautelares de impedimento de contacto y comunicación entre los mismos, en los términos del art. 21 de la Ley 9283. Fue así que la progenitora y el hermano menor se trasladaron del lugar en donde tenían su centro de vida (Paraje xxx) a una vivienda proporcionada por la Comuna xxx, una localidad distante a varios kilómetros de aquél, habiendo quedado su progenitor en el paraje de origen, en casa de una familia amiga. A lo dicho se suma, que más allá de que los padres de J. G. son analfabetos, según los informes acompañados en autos, sus limitaciones se acentúan por los “*problemas de alcoholismo*” del Sr. C. y por “*el déficit cognitivo*” de la Sra. P. (inf. fs.25/26). A pesar del distanciamiento paterno-filial, con su hermano menor, M. S. C., el niño de marras fortaleció su vínculo, pese a que aquél vive con su madre, lo que ha sido el resultado del esfuerzo demostrado por el guardador para afianzar la relación entre los hermanos. A tal punto es así, que la ex-pareja del guardador, P. L. -que aún mantiene contacto con J. G.-, asegura que cuando lleva a M. a su casa para que pueda vincularse con el menor de autos, no quiere regresar con su progenitora, pidiendo quedarse con su hermano (fs.13/14). Aquí debo mencionar que la Se.N.A.F. se encuentra articulando medidas de segundo nivel -de protección- en relación al hermano de J. G. , efectuando un

seguimiento de su situación, en razón de haber advertido situaciones de afectación de derechos básicos del niño. En este contexto, pese a los esfuerzos del personal del Órgano de Protección no se logró restablecer la relación de J. G. con sus padres biológicos, habiendo concluido la psicóloga actuante que *“si bien se considera imprescindible coordinar visitas de re-vinculación con mayor periodicidad, se estima actualmente escasa [la] capacidad de los progenitores del niño en sostener de forma permanentemente un ambiente resguardado y asumir responsabilidades que competen al rol de padres”* (inf. fs. 30/31 y 42). Esta misma percepción ha puesto de manifiesto la Sra. Asesora Letrada de esta Sede Judicial, en su carácter de Representante del Ministerio Público Pupilar, asegurando *“que las causas que dieron origen a la medida excepcional adoptada, persisten, sus progenitores no han revertido su situación, por lo que no están en condiciones de hacerse cargo de J. G.”* (fs.65vta./66). A ello se agrega que los propios padres, en la audiencia prevista para definir la cuestión en examen, reconocieron que *“no están en condiciones de cuidar a J. G.”* (fs.64). Del panorama descrito se advierten severas limitaciones que presentan los ascendientes del niño para poder ejercer en forma responsable y adecuada su rol, quienes -a su vez- no han hecho el esfuerzo necesario para lograr superar las dificultades que motivaron la desvinculación con su hijo, desde su nacimiento, quien cuenta en la actualidad con 11 años de edad. Por lo tanto, desde el fallecimiento de su tía y aún antes, cuando ésta se vio imposibilitada de cuidarlo por razones de salud, el estado de abandono tanto material como espiritual del menor se materializó, presentándose -nuevamente- una situación que objetivamente

lo colocó en una situación de vulnerabilidad, haciendo necesario buscar una alternativa de vida que ofrezca mayores garantías para su sano crecimiento. Esto se circunscribe en un concepto amplio del derecho a una familia contenido en el art.14 de la Ley 9944, el art. 11 de la Ley 26.061 y en los arts. 9, 19, 20, 21 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño, en donde esta prerrogativa no se reduce únicamente a la familia biológica. En esta sintonía el Alto Tribunal de la Nación ha asegurado que la procedencia sanguínea no es absoluta, sino que constituye una presunción conectada entre dos extremos con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también un duplicidad. Por ello, se ha sostenido que no se trata de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original pueda ser interrumpida frente a hechos generadores de sufrimiento y daños aún mayores que los propios de un cambio. Concluyéndose que *“la verdad biológica no es un dato absoluto cuando se lo relaciona con el interés superior del niño”* (C.S.J.N., Fallos 328: 2870). Entonces, la tutela del interés superior del menor hace imprescindible insertarlo en una familia que le brinde la posibilidad de seguir desarrollándose en un ámbito estable, que asegure su crecimiento integral, el ejercicio pleno de sus derechos y la posibilidad de una vida digna. Es decir que en la especie se cumplen los recaudos que hacen procedente la declaración de la situación de adoptabilidad del niño J. G. C. en los términos del art. 607 inc. c del C.C.C.N., como lo ha requerido la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.), pero resulta que esta

manifestación judicial no puede formularse aún porque el guardador designado por el órgano administrativo se ha opuesto a esa declaración, asegurando que constituye un “referente afectivo” del niño y ofreciendo asumir su guarda, por lo que, tratándose de un impedimento para la configuración de la situación de adoptabilidad legalmente previsto, se impone el tratamiento de esta postulación.-

**X).**- Ciertamente, el guardador designado por la Se.N.A.F. en el marco de las medidas excepcionales previstas por el art. 48 de la Ley 9944, en la audiencia de control de legalidad (art. 56 del mismo plexo legal) y de contacto a los fines de evaluar la declaración de adoptabilidad (art. 609 C.C.C.N.), con patrocinio letrado, ha ofrecido *“asumir la guarda como referente afectivo del niño J. G., por considerar que es lo más adecuado al interés del menor, ya que después de tres años de haber ejercido de hecho la guarda, la relación afectiva creada entre ambos... se asemeja a un afecto paterno-filial”*, por lo que *“solicita no se declare la adoptabilidad del menor J. G. C. , en razón de que nos encontramos en el supuesto previsto por el art. 607, última parte, del C.C.C.N.”* (fs.64vta.). A su vez, este requerimiento encontró el aval de Ministerio Público Pupilar, cuya titular ha hecho hincapié en los deseos de su representado, pidiendo que *“no se declare la adoptabilidad de este niño, debiendo permanecer en el hogar del Sr. C. E., ya que las causas que dieron origen a la medida excepcional adoptada persisten”*, no existiendo familiares que lo puedan acoger, *“considerando que en el concreto de autos, se da una situación a la que puede aplicarse lo dispuesto por el art. 607, última parte, del C.C.C.N., en el sentido de que la declaración judicial de*

*adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño ofrece asumir su guarda y tal pedido es considerado adecuado al interés del éste...*” (fs. 65vta./66). Iniciando la indagación sobre la procedencia o no de tal oposición, se impone señalar en primera instancia que la norma nacional (art. 41 Ley 26.061) y provincial (art. 49 Ley 9944) que admiten como medida excepcional de protección la posibilidad de ubicar a los menores con personas ajenas a su familia (forma convivencial alternativa), lo hacen bajo la condición de que ello lo sea de forma subsidiaria (es decir cuando no se cuente con un familiar que pueda cumplir con este rol), provisoria (que lo sea “por el más breve lapso posible”) y no sustitutiva del grupo familiar de origen. De esto se colige que los guardadores provisorios y las familias de acogimiento son designados con la expresa advertencia de la temporalidad de su actuación, y por ende, de la imposibilidad de adquirir derecho alguno en relación al menor que se les entrega en custodia. Esta advertencia se presenta lógica, por un lado, porque dentro del sistema de protección integral se tiende a propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños o adolescentes a su grupo o medio familiar, por lo que un guardador provisorio que albergara algún interés en el menor resguardado podría constituir un verdadero problema u obstáculo para lograr la revinculación familiar que se presenta como el primer objetivo; y por otro lado, no lograda esa finalidad, se vería afectado el régimen de adopción establecido en el Código Civil y Comercial, si se otorgara preminencia a quienes cumplieron el rol de guardadores en la etapa de protección, en detrimento de los derechos de aquéllos que se encuentran inscriptos

en el Registro Único de Adopciones (Ley 8922), integrante de la Red Federal instaurada por Ley 25.854, a través de la cual se creó la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (D.N.R.U.A.). Por este motivo, el art. 609 del C.C.C.N. establece que, declarada la situación de adoptabilidad, el juez interviniente deberá requerir *“en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes... a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción”*. Lo dicho se robustece con la expresa prohibición de entrega directa en guarda de niños, niñas o adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, contenida en el art. 611 del C.C.C.N. Por ende, en principio, al guardador de J. G., designado por el órgano administrativo, no podría alegar derecho alguno en relación al niño. Sin perjuicio de estas precisiones, atento a que el Sr. C. E. asegura constituir un “referente afectivo” del menor y siendo esta una situación especial prevista por el propio Código Civil y Comercial, me veo en la obligación de entrar a su análisis. Ingresando en esta evaluación, debe recordarse que el art. 607, segundo párrafo, del C.C.C.N. prevee la posibilidad de que *“la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela, y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”*. También se hace mención al referente en los propios Fundamentos del Código Civil y Comercial, señalándose que corresponde la separación del niño en las guardas de hecho, *“excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el*

*niño*". Por eso, resulta imprescindible definir qué se entiende por "referente afectivo". En esta senda, resulta útil recordar que el art. 7 del Decreto 415/2006, reglamentario de la Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (N° 26.061), luego de definir a la "familia", indica que *"podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección"*. Este precepto establece, a mi entender, una clara definición del "referente afectivo", concibiéndolo como una persona significativa en la vida del menor, por el rol que cumple tanto en su desarrollo como en su protección. Pero también entiendo que con sólo encuadrar en esta definición no es suficiente para que opere la prioridad del referente como impedimento para la declaración de la situación de adoptabilidad, porque, si fuese así, le resultaría fácil a cualquier guardador designado por el Órgano de Protección haber cumplido una función protectora y significativa durante el plazo de duración de la medida excepcional, para luego alegar ésta circunstancia a fin de oponerse a esa declaración. Por ello considero que además de ese carácter y del fuerte lazo con el niño que debe requerirse del "referente afectivo", es necesario que el vínculo se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo de protección, o lo que es lo mismo, que no haya tenido como origen, precisamente, la medida excepcional adoptada en protección del niño o adolescente. Además, con esta exigencia se sortea con éxito el impedimento contenido en el art. 611 del C.C.C.N., que prohíbe la entrega directa

mediante “acto administrativo”, carácter que ostenta la medida excepcional de protección, debido a que el vínculo encontraría sustento en una relación preexistente a dicha medida. Por otro lado, atento a que el guardador, en la audiencia receptada en autos, manifestó *“que quiere velar por la integridad del niño y evitar situaciones perjudiciales para el mismo, en cuanto a que pueda perder el contacto con su familia de origen y con el dicente mismo, al ser entregado a otra familia”* (fs.64vta.), debo remarcar que si bien considero que la posibilidad del “trauma” que puede padecer el menor si es separado de su lugar de origen es un situación que debe ponderarse al momento de resolver, no constituye un factor determinante, si no confluye el resto de los recaudos delineados. La “Teoría del Trauma” se ha usado principalmente en los casos de guardas de hecho que se han iniciado fuera de algún marco de legalidad, lo que en el nuevo régimen de adopción -en principio- no tendría cabida, porque el sistema receptado por el Código Civil y Comercial intenta desterrar la práctica de la entrega directa, tan arraigada en la historia social de nuestro país, y que tantos abusos y efectos negativos ha ocasionado (fundamentalmente la cosificación del niño en estado de vulnerabilidad). Delineado el marco teórico de referencia y analizada las constancia de autos, debo concluir que la oposición formulada por el Sr. C. E. debe prosperar. Esto así, porque de la prueba colectada por la Se.N.A.F. se desprende que con anterioridad a la decisión de éste organismo de conferirle la guarda de J. G., el requirente ya ostentaba este carácter, el cual le había sido confiado por la guardadora judicial y tía del niño, cuando la salud de ésta había comenzado a deteriorarse en razón de la enfermedad

terminal que la afectaba. Esto se desprende en forma clara del informe del Equipo Técnico de la Unidad Regional de la Secretaria de la Niñez, Adolescencia y Familia, sede Mina Clavero, agregada a fs.15/18, en donde se indica que el Sr. C. E., quien se desempeña como docente en la materia “computación” en la Escuela Provincial xxx del Paraje xxx, ubicado en el Dpto. San Alberto de esta provincia, al poco tiempo de arribar al lugar *“conoce a G. y empieza de a poco a vincularse con él y su abuela, la Sra. A. Luego de dos años aproximadamente, la abuela del niño, contrae cáncer, por lo cual J. comienza a cuidar esporádicamente del pequeño en las ocasiones en las que la Sra. no se encontraba bien de salud. Posteriormente, a la Sra. A., la internan en un Geriátrico por cuestiones de incapacidad. A raíz de ello, se realiza una reunión en la escuela de xxx con el motivo de poder resolver la situación de G., a la misma asiste: familiares del niño, el personal del colegio, referentes de acción social de la Municipalidad de xxx y el Sr. J. Debido a que los familiares refieren no poder cuidarlo, J. decide tomar a su cargo al niño. En ese transcurso y hasta la actualidad, J. ha tomado la responsabilidad del niño en cuanto a sus necesidades y cuidados, lo ha involucrado con su propia familia, hasta el punto de llamar a los padres de J. como “mis abuelos” y a él de “el papá profe o el papá J.”. El guardador asegura que la tía del menor “al único que permitía que llevara a G. era a él, que solo a él se lo confiaba en las salidas y visitas”. Esta certeza en cuanto a la preexistencia del vínculo afectivo entre el niño y su actual guardador es calificada por la psicóloga interviniente, quien estima que la relación del Sr. C. E. con J. G. “se fue generando de un modo muy natural sin ser forzada,*

*lo cual resulta de suma importancia para la calidad del vínculo entre ambos*". Se advierte, de esta manera, no sólo una relación previa entre la guardadora judicial y el niño con el requirente, sino que se presenta una situación que avala lazos afectivos reales, descartando toda configuración de contractualismo, contraprestación o manipulación del menor. Teniéndose por aceptada la preexistencia del vínculo entre el Sr. C. E. y el niño J. G. C., de las constancias de la causa también se desprende el carácter de "referente afectivo" de aquél con éste. Ello en razón de que se ha convertido en una persona significativa en la historia de vida del menor. En sustento de esta afirmación sólo debe pensarse en la contención que significó para el niño en un momento tan difícil como fue el discurrir de la enfermedad de su tía ("abuela"), quien había constituido hasta entonces "su familia", con todo el valor simbólico y real que ello conlleva. Es por ello que la psicóloga interviniente asegura *"un vínculo saludable entre el niño y su guardador. Desarrollando G. sentimientos de afecto y agrado para con él [C. E. ] y su ex pareja, P., a la cual visita regularmente. Asimismo, se presume en G. el desarrollo de un significativo sentimiento de pertenencia para con su nuevo centro de vida, en el cual según sus manifestaciones se siente muy cómodo, contenido y un tanto asombrado por oportunidades (salidas, paseos) y elementos materiales como juegos computarizados, que hace un tiempo no tenía ni conocía"*. A ello se suman los dichos del propio niño que manifiesta *"J. sería como mi padre, yo tengo dos papás y tres mamás, pero una se fue al cielo..."*, agregando *"con J. nos conocemos desde hace mucho porque él además de ser como mi papá es, también mi profesor*

*de computación en la escuela (sonríe)... me gusta vivir con él, es bueno conmigo, jugamos, el es bueno y buen profesor... ”.* En similar sentido se expresó J. G. en la audiencia llevada a cabo en autos, diciendo *“que se lleva bien con el profe. Que quiere quedarse con él. Que no quiere permanecer con otra familia a la que no conoce”.* En este punto corresponde recordar que la consideración de la opinión del niño constituye un parámetro insoslayable para poder determinar en el caso particular lo que más lo beneficia. En esta dirección se ha asegurado *“que no se puede desentrañar qué es el interés superior del niño en cada caso, si no se indaga acerca de lo que opina el principal protagonista, como un componente -en palabras de la Corte [Interamericana de Derechos Humanos]- vital para esta indagación”* (Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa, “Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla, hay que escucharla. El derecho a ser oído de niños y adolescentes en el ámbito regional”, LL del 20/12/2011, pág. 1). Aunque, como señalé, los efectos negativos de la separación no pueden considerarse determinantes para definir la oposición a la declaración de adoptabilidad, no por ello puede dejarse de lado en el análisis, una vez reunidos el resto de los requisitos para su procedencia que aseguran la espontaneidad o si se quiere la no ilegalidad del vínculo. En este panorama, valorar dichas consecuencias resulta apropiado, pues el “trauma de la separación” está íntimamente relacionado con el mandato de preservar al niño en su familia de origen o medio familiar comunitario, del cual constituye un referente su profesor y guardador. Por lo tanto, privar a J. G. de sus recuerdos, cualidades, habilidades y del afecto que hasta aquí ha gozado por parte de quienes han formado

parte de su existencia, le ocasionaría un efecto traumático considerable. De los expresado, se advierte que el niño se encuentra plenamente integrado, forma parte de la realidad familiar y afectiva que le ha otorgado el Sr. C. E. , quien le ofrece un lugar simbólico, por consiguiente, de ordenarse la separación a pesar del tiempo transcurrido desde que se generó el vínculo entre ambos protagonistas (hace más de tres años y con anterioridad a la intervención de la Se.N.A.F.) implicaría separar al niño de dicha realidad familiar, lo que significaría un dolor irremediable por constituir la pérdida de ese lugar simbólico que le da consistencia a su ser. Desde otro punto de vista, la relación y el afecto que se ha generado es mutuo, y se sintetiza en la frase que el guardador le manifestará a las profesionales del Equipo Técnico de la Se.N.A.F.: *“siento que nos elegimos mutuamente”* (fs.17). En definitiva, habiéndose quedado acreditado en autos que el Sr. J. H. C. E. ha constituido con anterioridad a la intervención del Órgano Administrativo de Protección y constituye actualmente un “referente afectivo” trascendental en la historia de vida del niño J. G. C. , habiendo ofrecido tomar en guarda al menor, corresponde hacer lugar a la oposición a la declaración de la situación de adoptabilidad solicitado por la Se.N.A.F.

**XI).**- Ahora bien, desechada la declaración en situación de adoptabilidad y habiendo solicitado el “referente afectivo” la guarda del niño, siendo esta, con el pedido de la tutela, una de las posibilidades que prevé el art. 607 del C.C.C.N., cabe preguntarse si ello podría instrumentarse. En el concreto de autos, en razón de las actitudes que ha demostrado el peticionante, las que han sido reflejadas en los distintos informes

de la Se.N.A.F.; teniendo en cuenta que los propios padres del menor han expresado su deseo de que continúe al cuidado del Sr. C. E. ; y que, atento a que éste se domicilia en la comunidad en la que el niño ha mantenido su centro de vida, siendo el mismo que el de su familia de origen, el que se ha mantenido hasta el momento (Paraje xxx), la guarda se presenta evidentemente viable. Pero, no puedo dejar de advertir lo endeble de la situación en la que quedaría el menor si tenemos en cuenta, por un lado, la despreocupación demostrada por sus padres en su cuidado desde su nacimiento (contando el niño actualmente con 11 años) y la imposibilidad constatada de hacerlo actualmente, y por otro lado, que la guarda simple puede otorgarse sólo por el término máximo de un año, pudiendo renovarse por única vez por un plazo igual (art. 643 C.C.C.N.), por lo que transcurrido el mismo, nuevamente habría que judicializar la cuestión para definir la situación de J. G. , con el consiguiente efecto negativo, cuando ha quedado rotundamente probada la inviabilidad de que las circunstancias puedan variar. Por ello, entiendo que resulta obligación de este judicante resolver a la brevedad ésta indeterminación, exigencia que se presenta aún más evidente si tenemos en cuenta que en la guarda simple los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho de supervisar la crianza y educación del hijo, lo que resulta contradictorio con las actitudes y predisposición demostrada por los padres de J. G. La obligación asumida encuentra su fundamento en el nuevo paradigma que impone el Código Civil y Comercial a los Jueces de Familia, estableciendo para ellos un activismo enfatizado, no pudiendo constituirse en meros espectadores neutrales, sino que nos

exhorta a asumir un rol activo, exigiéndonos instalarnos con el imperio conferido por el Estado en medio de los conflictos familiares para darle una solución en lo posible pacífica, y en su defecto rápida y no traumáticas, que contemplen los intereses en juego (arg. art. 709 C.C.C.N.). Esta exigencia, a su vez, se ve potenciada por el factor tiempo, que se encuentra especialmente considerada en el régimen jurídico de la adopción por la relevancia que tiene este elemento en el interés superior del niño y, en especial, en el respeto a su derecho a la identidad y a vivir en familia. A su vez, esta intervención superlativa que se le exige a los magistrado tiene como uno de sus principales efectos la flexibilización del principio de congruencia, lo que implica que se autoriza el apartamiento de las concretas pretensiones, peticiones y defensas de las partes cuando principios superiores exijan el resguardo de los integrantes del núcleo familiar o de sus derechos elementales. Con sustento en estas pautas basales y partiendo de la idea de que el otorgamiento de una guarda simple, en este caso particular, no tendría otro efecto que dilatar la posibilidad de ingreso del niño a una familia que le brinde cuidado y afecto, como así también demorar la concreción del deseo manifestado por el “referente afectivo” de adoptar al niño, lo que entiendo se muestra como la opción más beneficiosa para el desarrollo integral del mismo, es que considero que se impone una solución aún más firme y definitiva. Por ello, aunque la declaración de adoptabilidad se ha rechazado por resultar procedente la oposición formulada por el referente afectivo, ello no impide que por los mismos argumentos vertidos en el punto IX de estos Considerando -a los cuales me remito- pueda y deba privarse a los progenitores del

menor de la responsabilidad parental en los términos del art. 700 inc. c del C.C.C.N.. En efecto, como se dijo, los padres del niño han demostrado desinterés y una total falta de capacidad para resguardarlo, tarea que fue asumida por su tía, bajo el cobijo de la anterior legislación y bajo el instituto de la guarda judicial (Ley 9053), lo que no pudo ser revertido con posterioridad a la muerte de ésta, pese a la medidas adoptadas por el Órgano Administrativo de Protección. Esta identidad entre la causal para declarar la adoptabilidad fundada en la persistencia de las razones que motivan las medidas excepcionales de protección (art. 607 inc. c C.C.C.N.) y la causal para la privación de la responsabilidad parental por riesgo en la seguridad, la salud física o psíquica del hijo (art. 700 inc. c. C.C.C.N.), cuenta con fundamento legal y doctrinario. Desde el punto de vista doctrinario, al tratar el último de los preceptos mencionados, se ha dicho: *“Estas situaciones se correlacionan, a su turno, con las habilitantes de la adopción de medidas de protección de derecho excepcionales (art. 39 y conchs. ley 26.061), constituyendo una de las tantas razones que pueden justificar una separación excepcional, en los términos del art. 9 de la CDN”* (Herrera, obra citada, pág. 540). Desde el punto de vista legal, el art. 610 del C.C.C.N. expresamente establece que *“la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad”*, lo que en definitiva implica desde el punto de vista fáctico y práctico, que la indagación que se lleva ante en un proceso de privación de la responsabilidad parental es lo mismo que se analiza en el proceso que evalúa la adoptabilidad: la posibilidad de que un niño o adolescente permanezca en su familia

de origen o ampliada o deba insertarse en otra para ver satisfecho el derecho humano a vivir en familia (ibídem, pág. 113). En igual sentido se ha afirmado: *“Cuando los progenitores hubieren sido privados de la responsabilidad parental por las causas previstas en los incs. a), b) y c) del art. 700, no será necesario el juicio para la declaración en situación de adoptabilidad porque la sentencia en aquel proceso resulta ser equivalente a ésta, ya que se ha juzgado la conducta de los progenitores, se ha garantizado su derecho de defensa y se ha concluido que su conducta es perjudicial para los menores”* (Azpiri, Jorge O., “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado”, con dirección de Alberto J. Bueres, Tomo 1, Ed. Hammurabi, Año 2015, pág. 419). A ello se suma que se ha garantizado el derecho de los progenitores a intervenir en las presentes actuaciones (art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 56 Ley 9944, y arts. 608 inc. b y 609 inc. b C.C.C.N.), quienes han contado con patrocinio letrado, y no sólo no han efectuado oposición alguna, sino que han manifestado *“que no tienen inconveniente y que desean realmente que el Sr. C. se siga haciendo cargo y responsable de J. G.”* (aud. fs.64). Como consecuencia de todo lo dicho, de las razones expuestas en el ítem IX, del expreso pedido del referente afectivo, Sr. C. E., y en resguardo del interés superior del menor, corresponde declarar respecto del niño J. G. C. la privación de la responsabilidad parental que ejercen sus progenitores, E. C. , D.N.I. N° xxxx, y E. V. P., D.N.I. N° xxx, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 700 inc. c, en concordancia con dispuesto por el art. 703, ambos del C.C.C.N. y de conformidad al art. 3, 12, 41 y concordantes de la Convención de

los Derechos del Niño, Ley Nacional 26.061 y Ley Provincial 9944. Privados de la responsabilidad parental los progenitores de J. G., ante la ausencia de un representante (art. 101 inc. b C.C.C.N.) y en razón del concreto pedido del referente afectivo del niño considero absolutamente factible y necesario que el Sr. C. E. puede iniciar los trámites correspondientes a la guarda preadoptiva. No escapa a mi análisis que el Nuevo Código establece como recaudo para poder acceder a la guarda con fines de adopción que el pretense adoptante se encuentre inscripto en el Registro Local de Adoptantes, integrante de la Red Federal de Registros. Más, se presenta evidente que en supuestos como el de autos no es necesario exigir al pretense adoptante la mencionada inscripción, porque si se ha hecho lugar a la oposición de la declaración de adoptabilidad por quien es considerado un “referente afectivo” del niño (asimilable a un familiar) resultaría contradictorio y mal podría constituir un obstáculo para permitir a éste la adopción la falta de la inscripción en el Registro Único, debiendo -en caso de no cumplirse con este recaudo- relegarse la evaluación técnica sobre su idoneidad para la etapa correspondiente a la guarda preadoptiva. Queda de este modo salvada la posible nulidad contenida en el art. 643 inc. h del C.C.C.N., la que en definitiva busca asegurar la capacidad moral, física y económica del pretense adoptante. Dicho de otro modo, no se postula prescindir de la exigencia de observar los requisitos legales para evaluar las aptitudes del aspirante, sino que ésta labor debe realizarse en la etapa correspondiente a la guarda preadoptiva, debiendo adquirir en ella un cariz aún más riguroso. Por otro lado, el exigir del “referente afectivo” la inscripción en el Registro Único de Adopciones, se

presenta incongruente con la espontaneidad o naturalidad que se exige del origen del vínculo con el niño y sus representantes. A ello se suma el carácter de excepción que reviste el instituto del “referente afectivo” dentro del régimen de adopción, a tal punto que -como se explicó- constituye un impedimento para la declaración de adoptabilidad, en consecuencia, esta excepcionalidad que rompe el esquema legal necesariamente debe irrogar sus efectos al resto de las etapas del sistema, entre ellas a los recaudos exigidos para acceder a la guarda preadoptiva, y eventualmente, a al proceso de adopción. Por lo tanto, si no tenemos como obstáculo a la falta de inscripción en el Registro de Adoptantes; habiéndose dispuesto la privación de la responsabilidad parental; y teniendo por fin el asegurar al menor el “Derecho a una Familia” (arts. 19 y 20 C.D.N.), corresponde permitir al referente afectivo la posibilidad de iniciar el trámite de guarda preadoptiva del niño J. G. C., estableciendo un plazo máximo de cinco días a partir de que la presente resolución adquiera el carácter de cosa juzgada, para que acredite por ante este mismo Tribunal los requisitos pertinentes para el otorgamiento de la misma (arts. 64 inc. f y 612, en función del 611, del C.C.C.N.).-

Por todo ello, normas, doctrina y jurisprudencia citadas; **RESUELVO:** 1°).- Ratificar la medida de excepción adoptada por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.), Unidad de Desarrollo Regional (U.De.R.) Mina Clavero, con relación al niño J. G. C., y en consecuencia, mantener al mismo bajo la guarda provisoria del Sr. J. H. C. E.- 2°).- Hacer lugar a la oposición formulada por el referente afectivo, Sr. C. E., y en consecuencia, rechazar la solicitud de la Se.N.A.F.

de declaración en situación de adoptabilidad del citado menor.- 3°).- Declarar respecto del niño J. G. C., D.N.I. xxxx, la privación de la responsabilidad parental que ejercen sus progenitores, E. C. , D.N.I. N° xxxx, y E. V. P., D.N.I. N° xxx, por los motivos expuestas en los Considerandos precedentes, debiendo oficiarse al Registro de Estado Civil y Capacidad de la Personas para su toma de razón.- 4°).- Emplazar al Sr. J. H. C. E. para que en el plazo máximo de cinco días a partir de que la presente resolución adquiriera el carácter de cosa juzgada, acredite por ante este mismo Tribunal los requisitos pertinentes a los fines de iniciar el trámite tendiente al otorgamiento de la guarda preadoptiva del menor de referencia.- **PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER Y DÉSE COPIA.-**