

_____ Salta, 27 de septiembre de 2017. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados “**Medida Cautelar de Protección de Personas**”, Expte. N° 32670/11 del Juzgado de 1° Instancia en lo Civil de Personas y Familia – Distrito Judicial del Sur – Metán, y N° CAM 599602/17 de esta Sala Quinta, _____

_____ **CONSIDERANDO** _____

_____ La Dra. Soledad Fiorillo dijo: _____

_____ I. Vienen estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 2280 por el Sr. Defensor Oficial Civil (Ad hoc) N° 1, Subrogante, del Distrito Judicial del Sur Metán, Dr. Edgardo José Martínez, por la Sra. C. C. D., en contra de la sentencia de fs. 2248/2251 vta., el que fue concedido a fs. 2281. _

_____ A fs. 2282/2284 vta. manifiesta el recurrente que le causa agravio que la Sra. Juez de primera instancia haya considerado que la sentencia dictada por ese tribunal en el Expte. N° 37043/13, en fecha 11/02/15, se encontraba firme y consentida, toda vez que el 24/05/16 fue revocada por la Alzada, disponiéndose la revinculación de los menores con sus familiares a través de los organismos y programas pertinentes. Expresa que la inactividad de los organismos del Estado ha dejado fenecer el plazo de 180 días otorgado y que la Resolución N° 90/17 de la Secretaría de la Niñez y de la Familia que declara administrativamente la situación de adoptabilidad de los niños, incumple y da por tierra lo dispuesto por la normativa y los Sres. Jueces de Cámara. Agrega que tanto la falta de medios económicos y materiales como las condiciones imputables directa y exclusivamente a la pobreza, no deben ser la única justificación para separar a un niño del cuidado de sus padres, sino que ello debe ser considerado como un indicio de la necesidad de proporcionar el apoyo necesario a esa familia. Estima que dicho organismo administrativo debe intervenir con la premura del caso a fin de otorgar inmediata asistencia económica y psicológica en aras de una reinserción familiar de los niños en el núcleo de origen, conforme lo disponen diferentes instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente; la Ley Nacional de Protección integral de los derechos del niño,

niña y adolescente y la Ley Provincial N° 7970. _____

_____ Considera que la Secretaría de la Niñez ha incumplido con los estándares fijados por el Comité del Derecho del Niño a fin de supervisar el cumplimiento de los tratados y que, contrariamente, el Estado ha tenido una actitud impeditiva, omitiendo por completo la función de reinserción familiar y limitándose a realizar citaciones. Destaca el daño irreparable que causó a los niños el hecho de encontrarse institucionalizados desde hace tanto tiempo sin obtener una solución definitiva. Solicita se revoque la sentencia y se ordene la entrega de aquéllos a su núcleo familiar. _____

_____ A fs. 2286/2287 bis contesta la Sra. Asesora de Incapaces N° 1 de Metán, Dra. Marta del Milagro García, quien considera que el recurso fue interpuesto en forma extemporánea. Sin perjuicio de ello, solicita se confirme la sentencia apelada sobre la base de los argumentos que allí expone, a los que cabe remitir por razones de brevedad. _____

_____ A fs. 2292 toma intervención la Sra. Defensora General de la Provincia Dra. María Inés Díez, y peticiona que se dicte resolución de modo urgente. _____

_____ A fs. 2294 toma intervención por los niños, la Sra. Asesora de Incapaces N° 3 –Interina N° 6-, del Distrito Judicial del Centro, Dra. María Gabriela Cardón. _____

_____ A fs. 2296/2298 vta. dictamina el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Ramiro Michel Cullen, quien considera que el recurso debe ser rechazado. _____

_____ A fs. 2299 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y a fs. 2303 pasan a despacho. _____

_____ II. Liminarmente y compartiendo lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, pese a la interposición extemporánea del presente recurso corresponde entrar a su análisis, atento los principios y disposiciones referidos a los procesos de familia recogidos de la normativa supranacional e incorporados por el Código Civil y Comercial de la Nación, tendientes a hacer efectivos los derechos subjetivos allí tutelados. _____

_____ III. La sentencia recurrida declara en estado de adoptabilidad a los niños L.J.L.D.D.; J.J.D. y R.C.D. en los términos del art. 607, inc. c) del CCC de la Nación y ordena librar oficio a la Secretaría Tutelar a fin de que en el

plazo de 10 días remita diez legajos correspondientes a personas inscriptas que se encuentren en estado de ser designados guardadores con fines de adopción de tres niños menores de edad. _____

_____ Para así decidir, la Sra. Juez de primera instancia consideró que desde que los tres niños fueron institucionalizados mediante resolución de fecha 26/04/13, se procuró la revinculación con sus progenitores y se trabajó con el apoyo del equipo interdisciplinario, en la búsqueda de una familia extensa y referentes afectivos que pudieran asumir su cuidado, concluyendo que pese a todos los intentos realizados, el resultado fue negativo. En ese contexto, estimó que encontrándose agotadas las posibilidades de permanencia de los niños en su familia de origen o ampliada, la declaración de adoptabilidad de aquéllos resultaba lo más conveniente para ellos. _____

_____ El referido inciso del artículo 607 del CCyC prevé como uno de los supuestos para el dictado de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, la circunstancia de que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no hubiesen dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Asimismo dispone que vencido ese plazo máximo, sin revertirse las causas que motivaron la medida del organismo administrativo de protección de los derechos del niño, niña o adolescente, deberá dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad, debiendo comunicar dicho dictamen en un plazo de veinticuatro horas al juez interviniente. _____

_____ La Dra. Marisa Herrera en el comentario a esa norma señala que el código recepta una práctica muy extendida en el campo de la adopción como lo es la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Se trata de un proceso cuyo objetivo consiste en definir si un niño se encuentra, efectivamente, en condiciones de ser dado en adopción, o que la satisfacción del derecho de vivir en familia se verá efectivizado si el niño se inserta en otro grupo familiar que el de origen. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad es el proceso que, a modo de puente, permite correr el eje de intervención centrado en la familia de origen o ampliada por imperativo del derecho a que el niño permanezca con ellos, a la familia adoptiva. _____

_____ IV. En el caso de autos, en primer término es dable resaltar que le asiste razón al recurrente cuando manifiesta que en fecha 24 de mayo de 2106, esta Sala revocó la sentencia dictada por la Sra. Juez de primera instancia en los autos caratulados: “Asesora de Incapaces N° 1 por los menores D. c/ D.C. – D., O.E. s/ Privación de la Patria Potestad”, Expte. n° 37043/13. En efecto, allí –sin dejar de ponderarse positivamente los esfuerzos realizados por el Ministerio Pupilar, de la Justicia, de las Autoridades Municipales y de las dependencias del Gobierno de la Provincia-, se consideró que en el marco de los estándares del ordenamiento jurídico internacional y nacional aplicables al caso, resultaba viable una alternativa a la privación de la responsabilidad parental dispuesta en la sentencia recurrida. Se dejó sentado que pese a no encontrarse específicamente previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación para el supuesto de privación de la responsabilidad parental, el principio de agotamiento de las medidas para mantener a un niño en el seno de su familia de origen, éste igualmente resultaba aplicable al tratarse de un requisito exigible por preceptos supralegales. Sobre dicha base, y luego de un extenso análisis de la situación normativa y fáctica del caso, se dispuso que el Ministerio de la Primera Infancia, a través de los organismos y programas pertinentes, implemente las estrategias a seguir a fin de propiciar medidas tendientes a determinar si era posible la restitución de los niños a su familia de origen, debiendo incluirse los abordajes terapéuticos que fueren necesarios para promover una efectiva revinculación. Simultáneamente, en el Expte. N° 39928/14 –N° CAM 505265/15, se otorgó la guarda de los niños a su abuela, Sra. L. del V. C., imponiéndose a la referida Secretaría igual tarea a los fines de intentar la revinculación de aquéllos con sus padres. Para ambas cuestiones, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 607 del CCyC de la Nación, se otorgó un plazo de 180 días. _____

_____ V. No obstante ello, de las constancias de los referidos expedientes surge que los intentos de apuntalar a la familia de los niños con la finalidad de garantizarles que puedan desarrollarse adecuadamente al cuidado de aquélla, resultaron infructuosos. _____

_____ Así, de las constancias del Expte. N° 39928/14 surge que en fecha 31

de agosto de 2016 el Sr. Secretario del Juzgado de primera instancia, Dr. Eduardo Luis Alvarez, se contactó con la encargada del Programa Sistema Alternativo de la Secretaría de la Niñez e Infancia, Dra. Marañón, quien le manifestó que a esa fecha, los niños D.D. continuaban en el Pequeño Hogar de Tres Cerritos, de la ciudad de Salta, y que atento a la inexistencia de un vínculo afectivo entre ellos y su abuela –aclarando que Y. y J. no tenían registro de la Sra. C.-, se había decidido que la revinculación se intentara desde la Secretaría a su cargo (cfr. fs. 143). _____

_____ De la constancia de fs. 149, surge que el Licenciado en Trabajo Social, Sr. Calderón, informó al Juzgado que hasta esa fecha -12/09/16- la revinculación no pudo efectuarse porque la Sra. C., si bien había prestado su conformidad para ello, no se presentó ante Acción Social de la Municipalidad de la Ciudad de Rosario de la Frontera, a los fines de realizar los trámites correspondientes a los pasajes –los que serían proporcionados por aquélla-. A fs. 151/152 se agrega informe socio-ambiental efectuado en el domicilio de la Sra. C.. A fs. 156 se adjunta informe de vinculaciones correspondiente al caso, del cual surge que el primer acercamiento se realizó el 22/09/16 –quedando acordado que los encuentros serían semanales con la ayuda del municipio de Rosario de la Frontera-, que los niños no tenían registro de su abuela y que se podía percibir un fuerte apego de aquéllos con la cuidadora del Pequeño Hogar, “Pocha”, a quien manifestaron no querer dejar. A fs. 159 obra otro informe de fecha 5 de octubre de 2016, donde se deja constancia que el 28/09/16 se le avisa a la hija de la Sra. C. que debía acompañar fotocopias del documento de ésta a fin de justificar el traslado y los pasajes a la Ciudad de Salta, para la segunda revinculación, lo que no cumplió pese a que aquéllos habían sido autorizados (cfr. fs. 161/162). El Sr. José M. Calderón, concluye este informe manifestando que advierte poco compromiso en la abuela en asumir la responsabilidad otorgada y destacando que el 3/10/16 se había acordado la tercera fecha para el día 4 de ese mes, pero que la Sra. C. hasta esa presentación no se había contactado. _____

_____ A fs. 166 rola informe de fecha 26/10/16 donde se reitera la falta de compromiso por parte de la abuela, quien no cumplió con la responsabilidad

de concurrir todos los lunes al municipio para retirar los pasajes, e incluso expresó que ella no podía concurrir allí semanalmente. También se dejó sentado que el día 21 de octubre se presentó a informar que viajaría a la ciudad de Salta por sus propios medios porque tenía que hacerse unos controles médicos y quería ver a los niños. A fs. 174/175, el Licenciado Calderón y la Psicóloga, Sra. Natalia Cordero, presentan otro informe de fecha 23 de noviembre de 2016 en el cual concluyen que no se observa avances en la revinculación de los niños D. con su abuela y que tampoco logró establecerse un vínculo afectivo. Sostienen que si bien ella expresa su deseo de vincularse con ellos, no logra concretarlo y sólo asume una actitud pasiva, dando como ejemplo el segundo encuentro en el cual la Sra. C. y su hija les entregaron a los niños sus celulares para que jueguen mientras ellas dialogaban entre sí. Finalmente, el 22 de diciembre de 2016, la Dra. Marañón manifestó en audiencia ante la Sra. Juez y la Sra. Asesora de Incapaces, que habiendo expirado el plazo otorgado en la sentencia y considerando que se agotaron todas las posibilidades de revinculación de la Sra. C. con sus nietos, se procedería a declarar administrativamente a éstos en estado de adoptabilidad, lo que se efectivizó mediante Resolución N° 90/17 de la Secretaría de la Niñez y la Familia en fecha 19/01/17. _____

_____ En cuanto a la conducta de la Sra. C. C. D., progenitora de los tres niños y la del Sr. O. E. D., padre de dos, cabe remitir a las constancias de estos autos y las del Expte. N° 37043/13, de las cuales se puede advertir la situación concreta de riesgo físico y psíquico en el que se encontraban los niños hasta que fueron institucionalizados, y que diera origen a la protección de personas iniciada por la Sra. Asesora de Menores. Entre estas constancias, se puede destacar el informe interdisciplinario de fecha 07/10/14, que se encuentra agregado a fs. 148/149 del Expte. 37043/13, en el que se concluye que los Sres. C. C. D. y O. A. E. D. “han constituido una familia disgregada multiproblemática, disfuncional, con escasa capacidad de desempeño de roles materno y paterno, no pudiendo acatar normas de adaptación a las pautas sociales ellos mismos ni establecerlas en el núcleo familiar para sus hijos. No lograron establecer límites, ni normas de convivencia, ni orden ni sistema en

las actividades de la vida diaria...Ambos exteriorizaron desde temprana edad y a nivel macro social, dificultades para entablar lazos sociales saludables, característica que se perpetuó en el tiempo y permanece a la fecha...La pareja D. D. es una pareja parental con crisis de autoridad, con serias dificultades para el ejercicio del rol, con elevadas expectativas de que las instituciones del medio se hagan cargo de su función y de la reparación de la situación extrema en la que se encuentran sumergidos. Esto abona la conclusión de la irresponsabilidad en el ejercicio del rol materno y paterno y la conclusión sobre la inhabilidad, negligencia y abuso como padres, lo que deriva en la incompetencia para el ejercicio de la patria potestad para ambos” (informe suscripto por los las Sras. Cármen Beatriz Bonotto –Psicóloga del Poder Judicial- y Marta del Milagro Choque – Licenciada en Servicio Social del Poder Judicial –Distrito Sur).

_____ Por su parte, de las constancias remitidas por el Ministerio de la Primera Infancia el 18/11/15, surge que a lo largo de todos estos años se efectuaron continuamente informes psicológicos, policiales y ambientales, de los que si bien emergería el deseo -sobre todo de C. D.- de recuperar a sus hijos, al mismo tiempo dan cuenta que ella no logra reconocer que los niños estaban en una real situación de riesgo. De aquéllos puede advertirse también que a ambos padres se les ofreció y se les dio ayuda psicológica y económica a efectos de paliar la situación de la familia y que los niños puedan crecer y desarrollarse en un ámbito más estable. En efecto, de las constancias del Expte. n° 32670/13 surge que en el mes de febrero de 2014, la Municipalidad de Rosario de la Frontera, le entregó a la pareja D.-D- un módulo habitacional destinado para vivienda (cfr. fs. 1048) y le dio trabajo (cfr. copia de recibo de haberes de fs. 1049 en el marco del convenio N° 89 de Fortalecimiento y Ayuda Institucional). Asimismo surge del expediente que C. asistió al Programa Puente, derivada desde la Secretaría de Salud Mental y Abordaje Integral de las Adicciones y O. a Ce.pr.i.s.

_____ De informes remitidos desde el Programa Puente -luego de más de dos meses de tratamiento- emerge como diagnóstico de C., que pueden determinarse en ella rasgos de una personalidad de estructura histérica y no se

descarta la posibilidad de rasgos perversos, “dada la dificultad de implicarse y la indiferencia y falta de angustia en el único relato que presenta espontáneamente en relación a recuperar a sus hijos”, habiéndose observado también ambivalencia y contradicción en la expresión de sus emociones, ocultamiento y confusión en su discurso (cfr. fs. 41/42 de las constancias remitidas por el Ministerio). Y si bien en este mismo informe – de fecha 18/03/14- se dijo que el pronóstico era bueno si seguía con el tratamiento y en otro posterior del 11/04/14 remitido desde la Secretaría de Igualdad de Oportunidades se consideró que a esa fecha, el entorno de O. y C. no presentaba indicadores de riesgo y destacaba los cambios favorables de ambos, al mes siguiente se envió nuevo oficio exteriorizándose que las expectativas anteriormente manifestadas fueron coartadas ante las novedades acaecidas el 10 de mayo 2014, donde estuvo involucrado O. D. en un hecho ilícito, destacándose que la conducta reincidente de los progenitores poniendo en riesgo sus vidas y las de los niños, tornaban insostenible las posibilidades del retorno al hogar. Incluso allí se dejó sentado que si bien C. manifestaba querer recuperar a sus hijos, su posición durante ese tiempo reflejaba un vínculo de pareja muy estrecho con O. (cfr. fs. 37/38 de las constancias remitidas por el Ministerio). Es dable advertir que a esa fecha, ya se les había entregado un módulo habitacional a fin de que convivan con los niños como así también que el Municipio de Rosario de la Frontera, le había dado trabajo a O. _____

_____ En cuanto a la valoración de la persona de éste, desde los primeros informes hasta los últimos, se pueden advertir cuestiones vinculadas a su forma de vida. Así en el informe remitido el 31/07/13 por el equipo Técnico del Instituto Hogar Cuna “Dr. Luis Güemes”, C. y O. reconocieron que éste último mantenía una vieja adicción a las sustancias psicoactivas y se involucraba en acciones ilícitas, lo que lo llevó a estar internado en Hogares como “Michel Torino” o en el penal de Metán. Llamó la atención de los especialistas la selección de parejas que efectuaba C., aludiéndose primero al padre de R., un vendedor ambulante de la Provincia de Tucumán, quien no se involucró con el ejercicio de una paternidad responsable y a quien ve

esporádicamente por asistencia económica y se destaca que luego se unió a O. que “era un adolescente que consumía, delinquía y por momentos se tornaba agresivo con ella” (cfr. fs. 69 de las constancias remitidas por el Ministerio). Asimismo en el informe de fecha 15/01/2014, agregado a fs. 48/50 de iguales constancias, se deja establecido que se inició ese tratamiento por solicitud judicial, ya que un tío de O. denunció a éste y a C. porque les daban a sus hijos sustancias psicoactivas para dormirlos y así poder salir y consumir. El mismo O. manifestó en una de las entrevistas que a los catorce años inició el consumo de bebidas alcohólicas, inhalantes, psicofármacos y nafta, y a los quince años probó marihuana. La propia C. expresó en otra entrevista realizada en el mes de octubre de 2012, que a esa fecha se encontraba en pareja con O. desde hacía dos años y que durante ese período él consumía sustancias tóxicas, se empastillaba y ella misma reconoció haber tenido igual problema durante su adolescencia, se drogaba (fs. 768 del Expte. N° 32670). En el mismo informe, se agrega que en ese hogar existe violencia conyugal por parte de O. a C.. Asimismo, de fs. 970 surge que el padre de C. adujo, al ser entrevistado que en la referida oportunidad, que C. le pegó a su hija bajo el efecto de sustancias y alcohol y le produjo un desprendimiento de dientes. Por su parte, A. D. manifestó que su hermano constantemente se encuentra bajo los efectos de sustancias alucinógenas y comete delitos sin tener conciencia de nada, y aclaró que una vez le había quebrado el brazo a la niña porque no dejaba de llorar. __

_____ Cabe tener presente también las declaraciones efectuadas por las abuelas de los niños, quienes sin ser expertas en el tema, son quienes más conocen tanto a los progenitores de aquéllos como la situación en la que éstos se encuentran inmersos desde que nacieron. Así, la abuela materna, Sra. C., en una audiencia celebrada en el mes de Setiembre de 2016 en el Expte. N° 505265/15, manifestó que si bien no entiende porqué le quitaron los niños a su hija, reconoció saber que O. se encuentra detenido y que no cree que C. pueda salir de su situación –refiriéndose a su problema de adicciones. En sentido coincidente la abuela paterna, Sra. E. D., adujo en una de las audiencias llevadas a cabo en el Expte. N° 32670/12, que ella piensa que los que no están

condiciones de poder tener a los niños son sus padres, porque ellos piensan nada más que en ellos y no registran para nada a sus hijos (cfr. copia agregada a fs. 1603 del Expte. N° 37043). _____

_____ Concretamente, en relación a los niños D. y D., son numerosos los informes que permiten vislumbrar la situación en la que se encuentran desde hace mucho tiempo. Entre éstos, cabe tener presente el de fs. 1226 del Expte. N° 32670, de fecha 03/06/14, del que emerge que las visitas de los padres a los niños al Hogar Río Piedras, generaban inconvenientes debido a que permitían que los niños se comporten de forma incorrecta (saltar en la mesa, destrozar el mobiliario)...que surgían inconvenientes entre los progenitores cuando la madre intentaba fijar límites a los niños siendo acusada de maltratarlos... que cuando los niños volvían de Rosario de la Frontera regresaban rebeldes, agresivos, pronunciando malas palabras y haciendo gestos impropios para su edad...como cuando L. peleaba con su hermano R., le decía que iba a matarlo y le hacía señas como pasar un cuchillo por el cuello. También es dable destacar los comentarios de R. referidos a que mientras los niños se encontraban de visita en la casa de sus padres y se realizaban procedimientos policiales, aquél decía “cuando llegó la cana C. (O. D.) se subió al techo y se escapó” _____

_____ Por otra parte, en el informe del 21/05/14, remitido por el Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Salta y suscripto por un equipo interdisciplinario (una psicóloga, una licenciada en trabajo social y la supervisora profesional), se sostiene que los hechos delictivos ocurridos en mayo de 2014 hacen palpables que las probabilidades de retorno de los niños a su medio familiar vuelvan a ser insostenibles y deben ser desestimadas por la conducta de los progenitores que ponen reiteradamente en riesgo su vida y consecuentemente también la de sus hijos. Se consideró que tanto las circunstancias actuales como los antecedentes del caso, los años que el mismo está en instancia judicial, la falta de indicadores estables que evidencien una toma de conciencia de los progenitores a un avance en sus responsabilidades, el tiempo de internación de los niños en dispositivos del Estado y, teniendo en cuenta el interés superior del niño, era conveniente buscar otra alternativa para

el grupo de hermanos, ya que para su sano crecimiento es sumamente necesario que puedan contar con referentes más seguros. _____

_____ En cuanto a los niños específicamente, de los últimos informes remitidos por el Ministerio de la Primera Infancia – Secretaría de la Niñez y la Familia- surge que si bien se encuentran en buen estado de salud y con buen rendimiento escolar, ya se advierten en ellos algunas actitudes que denotarían la necesidad de terminar con el estado de incertidumbre, tales como que R. miente en exceso y que esconde cosas en su mochila (cfr. informe de fs. 7, de fecha 12/11/15), que tiende a buscar oportunidades para bajarle los pantalones a su hermana menor (cfr. informe de fs. 8/10 de fecha 2/11/15). Cabe destacar que también se deja constancia que informes técnicos de Metán (agregados a fs. 12/15 de las constancias remitidas por el Ministerio) ya habían advertido este tipo de conductas, manifestándose que un compañero de la escuela de R. solía hacerle lo mismo, de lo que podría inferirse que esas conductas podrían ser una repetición de experiencias vividas; y si bien se adujo desconocer las situaciones a las que pudo ser expuesto el niño durante el tiempo que convivió con su familia y hasta que se establecieron las medidas proteccionales, la responsable del Pequeño Hogar en el que hoy se encuentran, manifestó que R. suele mostrar mucho miedo ante hombres de aspecto descuidado o semejante al estado de ebriedad y que inclusive, no retiene esfínteres cuando ve a un hombre de estas características. Y con respecto a L. J. destacó que tiene dificultades para controlar la impulsividad, hecho que lo lleva a golpear a sus hermanos. _____

_____ En cuanto a las constancias de los presentes autos -posteriores a la sentencia de esta Sala de fecha 24/05/16- se encuentran agregados varios informes –algunos iguales a los ya referidos al meritarse el Expte. n° 39928/14, N° CAM 505265- dentro de los cuales es dable mencionar los remitidos por la Licenciada en Psicología, Sra. Cordero y por la Licenciada en Servicio Social, Sra. Emilia Ferrarotti, de fecha 24/10/16 y 06/12/16, quienes dan cuenta –en el primero- de los únicos dos encuentros que lograron concretarse entre los niños y su abuela materna, destacando que en entrevistas posteriores, aquéllos manifestaron no querer ir a vivir con ésta –J. y J.L. lo

dijeron expresamente y R. lo refirió con la cabeza-, y en el segundo, concluyeron que los intentos de revinculación con la abuela materna no resultaron prósperos, observándose en ella escaso compromiso afectivo. Al respecto, cabe agregar que de las constancias de fs. 2267 surge que la sentencia recurrida fue notificada a la abuela materna, quien no interpuso recurso alguno en su contra. Por su parte, a fs. 2094/2095 obra informe detallándose la evolución favorable de los niños en el Pequeño Hogar, mes a mes durante el año 2016. _____

_____ A todo ello cabe agregar que en fecha 19/09/17, se adjuntó un último informe de la situación procesal de la actora, Sra. C. C. D. -suscripto por el Fiscal Penal de Rosario de la Frontera- remitido por la Sra. Asesora de Incapaces nº 1, el que da cuenta que aquélla en el legajo N° 102/16 fue condenada en juicio abreviado a 6 meses de prisión de cumplimiento condicional -en fecha 30/11/16- , y meses después, en el Legajo N° 86/17 se le otorgó prisión domiciliaria y preventiva (22/08/17) por tenencia de sustancias estupefacientes con fines de comercialización, conforme lo previsto en el art. 5 inc. c de la ley 23737, en perjuicio de la salud pública (cfr. fs. 2304/2305). _

_____ VI. Este breve relato de la situación fáctica en la que vivieron y viven los niños y el tiempo transcurrido no sólo desde su institucionalización sino también desde el dictado de la sentencia de esta Sala en el Expte. N° 37043/13 -un año y cuatro meses-, sin resultados favorables, permiten concluir que los agravios esgrimidos por el recurrente resultan insuficientes para conmover lo resuelto por la Sra. Juez de primera instancia. _____

_____ En efecto, si bien indudablemente la familia es el ámbito natural donde los niños deben crecer y desarrollarse, y ello no sólo está protegido en la Constitución de nuestra Provincia sino también a nivel nacional y supranacional, no caben dudas que ese derecho debe ser ponderado a la luz del mejor interés de los niños. En este sentido, el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, tras establecer que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, establece como excepción que tal separación sea necesaria en el interés superior de los mismos. Es que el interés superior de los artículos 3.1 y 9.1

debe ser preferido por los jueces sobre los derechos de los padres y de la familia, criterio que se impone luego de la reforma constitucional y que hoy está expresamente consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación._____

_____En igual sentido, la ley 26.601 –art. 3 in fine- establece que cuando exista conflicto entre los intereses de los niños frente “a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”._____

_____La Corte Suprema de Justicia de la Nación al referirse en diversos fallos al Interés Superior del Niño – principio ahora expresamente incorporado por el Código Civil y Comercial en el artículo 639, inciso a)- ha dicho que el mismo no puede ser aprehendido ni plenamente satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso... y que frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño...A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses de los sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres...En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados a juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema...” (CSJN, tomo 328:2870)._____

_____Se ha dicho también que ante un conflicto de intereses, se prioriza el del niño, ya que éste tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. Frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (“S.C. S/adopción”, JA 2005-D-87, JA 205-IV-22; mismo sentido SCBA Ac. 84.418 19/06/02; Ac. 87.832 28/07/04)._____

_____VII. Y en el sub-lite de las probanzas aportadas surge que ninguno de los progenitores de los tres niños supo asumir sus roles, pudiendo concluirse

que sus conductas han sido y son hasta ahora contrarias a los dos fines primordiales de la responsabilidad parental: la protección y la formación integral de aquéllos, como también que el Estado ha intentado por diversos medios proteger el núcleo familiar D. D., sin resultados positivos. Asimismo este tribunal, considerando que la manda legal y convencional no sería satisfactoriamente cumplida si no se adoptaban medidas de revinculación y fortalecimiento familiar, brindó otra posibilidad a la familia con el objetivo de apuntalarla, e incluso le otorgó la guarda de los niños a su abuela materna (cf. Exptes. N° 39.928/14) por el plazo de 180 días. Pero y tal como ya se dijo, esa finalidad no logró cumplirse hasta la fecha. _____

_____ Cabe destacar que el factor tiempo resulta de fundamental importancia en la vida de estos tres niños. En efecto, los requerimientos de los tiempos de aquéllos no siempre se condicen con los deseos de mantener el vínculo, expresados por la familia biológica o parte de ella, cuando no se ven sustentados en actitudes concretas por parte de éstas. Y, en este aspecto, debe tenerse en cuenta que la edad de los niños al decidirse su adoptabilidad puede constituirse en el mayor obstáculo para que la solución que se adopte contemple, en todos los sentidos, su mejor interés. _____

_____ En tal sentido, se ha expresado que la edad del adoptado al momento de la adopción constituye un hecho al que es necesario asignarle la trascendencia que efectivamente tiene...la influencia sobre la personalidad que ejercen las experiencias de los primeros cinco o seis años de vida es en gran medida condicionante de numerosos comportamientos adultos...durante este período el niño ha alcanzado su maduración psicofisiológica (“El derecho de familia desde la Constitución Nacional”, Nora Lloveras – Marcelo Salomón –p.174/175, Universidad, 2009). _____

_____ Al respecto, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha dicho: “Cada paso del proceso, cada diligencia consume días, meses y años, mientras tanto los niños esperan con incertidumbre quién se hará cargo de sus más elementales necesidades, lo que es inconciliable con el debido proceso que merecen. No se trata de discutir derechos sobre un objeto inanimado, sino de sujetos que día a día van forjando su identidad y personalidad y donde el

correr del tiempo y la consiguiente incertidumbre sobre sus destinos pueden causarles daño irreparable” (SCBA Ac. 73.814 27/09/00 – Ac. 71.380 27/10/01 - Ac. 78.446 27/06/01). _____

_____ Asimismo se ha dicho: “Si bien el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que el niño tiene derecho a permanecer en su familia de origen “en la medida de lo posible”, ello está subordinado a que esta familia le garantice y le respete sus derechos humanos, fundamentalmente el derecho a la vida, a la salud física y psíquica y a su integridad. La responsabilidad parental no es un derecho de propiedad sobre los hijos sino que es una función que se cumple ayudándolos a crecer, a desarrollar al máximo sus posibilidades. Es por ello que, no obstante constituir la reinserción del niño en su familia biológica –en principio- la mejor alternativa posible para los niños institucionalizados, cuando en el seno de la misma no puede garantizarse el desarrollo psicosocial, ni la integridad física y emocional del niño, debe buscarse con la mayor celeridad y certeza jurídica el medio conducente para establecer la adoptabilidad de los menores en conflicto”; “Es hora que los tiempos de la justicia y de las políticas públicas cumplan con el derecho de los niños” (Suplemento Especial Dial sobre guarda preadoptiva”, junio 2007). _____

_____ Ello es así, ya que si bien es cierto que en principio y frente a la comprobación de la vulneración de derechos de un niño el Estado debe propender a buscar una solución en el ámbito familiar ofreciéndole ayuda, apoyo y seguimiento en la crianza del niño (conforme lo normado por las leyes), ha de aceptarse que la intervención de los efectores del sistema en muchos casos no arroja resultados beneficiosos para aquél, ya que algunos familiares no permiten conjugar adecuadamente los intereses y necesidades de todos sus miembros en una medida equitativa. Por ese motivo, se impone un abordaje que trascienda a la familia como entidad grupal, y focalice a sus integrantes como individuos, cuyos derechos deben ser garantizados independientemente de los del grupo. Es loable la intervención del Estado en pos de procurar la unidad familiar y la continuidad de los niños con sus progenitores o en su caso con la familia ampliada biológica, pero esta

actividad estatal tiene un límite y éste está representado por el superior interés del niño. Es así que, al no verificarse mejorías sensibles en plazos razonables, la decisión debe inclinarse por declarar el estado de adoptabilidad, para garantizar el derecho a la vida y al mejor desarrollo en una familia alternativa que pueda responder a sus necesidades, primero afectivas, luego de educación, cuidados y desarrollo, conforme los arts. 20 y 21 de la CDN. _____

_____ En este sentido, se ha dicho “cumplida la actividad estatal para corregir las falencias o desigualdades en que la vida pudo haber colocado a los miembros de este grupo familiar, y acreditada la ausencia de resultados, es imperioso inclinar la balanza con toda premura, a favor de quien está más expuesto y vulnerable en esta cadena de inequidad” (Cámara de Apel. Trelew, Sala A, 8/7/11). _____

_____ En ese contexto, se puede advertir –no sólo de la conducta asumida por la apelante, Sra. C.D. sino también de los términos de su expresión de agravios- una actitud pasiva frente a esta situación, quien espera que el Estado o un tercero resuelvan su problemática sin advertir que más allá de la ayuda y acompañamiento que el Estado pueda aportar, el cambio de actitud también depende de ella. En efecto, uno de sus fundamentales agravios se refiere a que el Estado no agotó las medidas y que la falta de medios económicos no puede servir de justificación para separar a los niños de su familia. _____

_____ Se ha dicho que “No basta para cuestionar lo decidido respecto de los niños la invocación por parte del recurrente que no se agotaron las vías de acción a su favor, en tanto que lo que se exige es una actitud positiva de su parte que ponga en evidencia su voluntad inequívoca, hechos concretos que demuestren la adopción de un comportamiento adecuado a las circunstancias del caso y que sirva para garantizar la atención, cuidado, salud y educación que el niño requiere, para lo cual no resulta suficiente el hecho de presentarse de vez en cuando en el proceso, sin aportar ninguna solución al caso” (R., D.A. S/Abrigo, CApel. CC Azul, Sala I, 22/12/15, Cita en MJ-JU-M- 962-48); “El desamparo evidente y continuo de un niño por parte de sus progenitores, no queda revertido por la mera voluntad de la madre de querer vivir junto a ellos” (“R.T., L.A. Cám. Nac. Apelac. En lo Civil, Sala F, 27/06/12 Expte. N°

F 575732); “no basta que la progenitora verbalice la intención de hacer los tratamientos para salir de la situación familiar patológica, en que se encuentra y así poder hacerse cargo de sus obligaciones como madre, sino que debe poner aquellas intenciones en actos...Lo que se exige es una actitud positiva de su parte que ponga en evidencia su voluntad inequívoca, hechos concretos que demuestren la adopción de un comportamiento adecuado a las circunstancias del caso y que sirvan para garantizar la atención, cuidado, salud y educación que el niño requiere...” (D.D.M.E..I. 3. N. S:T.G. s/ Protección de Persona, 13/08/14, Cám. Civ. en Familia y Sucesiones – Sala 2- Lex Doctor).

_____ En igual sentido ha dicho la CSJN: “frente a las escasas posibilidades de brindar sostén y contención adecuadas, las actitudes bien intencionadas de la progenitora y su entorno no resultan suficientes para responder a las necesidades psicoemocionales de las niñas que han sufrido carencias afectivas desde temprana edad” (A 1201, A.M., M.A.A y A.M.C. s/ Protección especial”, CSJN 31/08/10).

_____ VIII. En virtud de todo lo expuesto, cabe coincidir con las apreciaciones y conclusiones a las que arribó la sentenciante en el fallo ahora recurrido, las que están basadas en informes policiales, psicológicos y ambientales efectuados desde que se inició el primer expediente, por distintos profesionales de diferentes instituciones (ya que no sólo emanan de los psicólogos y licenciados del Poder Judicial y del Ministerio Público sino también de profesionales del ex Ministerio de Desarrollo Humano, luego Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia, del Instituto Cuna “Dr. Luis Güemes” como así también los últimos del Ministerio de la Primera Infancia) no encontrándose por lo demás en ninguno de los expedientes razones o fundamentos objetivamente demostrativos de yerros que justifiquen prescindir o apartarse de dichos informes. En este sentido se ha dicho: “La prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales, opinión técnica que el juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente, pero tampoco puede ignorar arbitrariamente. De manera tal que, en tanto la materia sometida a peritaje –

por su naturaleza eminentemente técnica- excede los conocimientos propios de un juez, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias, debiendo fundarse la discrepancia en pautas y conceptos científicos o técnicos relativos a la misma materia sobre la que se expidió el experto” (“Calidad de Vida SRL c/ Obra Social Bancaria s/ Incumplimiento” Expte. n° 8488/01 20/02/07, Cám. Fed. Civil y Com. Sala I)._____

_____IX. Finalmente cabe dejar sentado que, teniendo en cuenta las particulares características que rodearon desde un principio la situación de L. J. L.; R y J., la edad de éstos y, sobre todo, el tiempo que llevan institucionalizados y los años que insumió este proceso y sus conexos, este tribunal -compartiendo la postura de quienes consideran que en casos como el descripto, los niños pueden ser escuchados a través de los respectivos informes interdisciplinarios, los que trasuntan la realidad de los mismos-, no los ha citado con la única finalidad de que el transcurso del tiempo –que en esta materia se vuelve devastador- no deje desamparado a quienes el mismo ordenamiento busca proteger._____

_____En este aspecto, cabe tener presente que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, consagrado tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en la Ley Nacional N° 26.061 y correlativa Provincial e incorporado expresamente en el artículo 639, inciso “c” del Código Civil y Comercial, debe ser ejercido conforme a su edad y grado de madurez. Por su parte y si bien igual principio se repite en el artículo 617, inciso b, al establecerse las reglas del procedimiento del juicio de adopción, allí se fija una edad determinada para prestar consentimiento expreso, cual es que el pretense adoptado sea mayor de diez años, supuesto que no se verifica en autos, donde L.J. tiene hoy seis años de edad (conf. fs. 77 del Expte. n° 37043); J. J. cinco años (conf. fs. 78) y R. C., ocho años (cfr. fs. 79). _____

_____Por todo lo expuesto y compartiendo lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, considero que debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto a fs. 2280 por el Sr. Defensor Oficial Civil (Ad hoc) N° 1, Subrogante, del Distrito Judicial del Sur Metán, Dr. Edgardo José Martínez, en representación de la Sra. C. C. D. _____

_____ El Dr. Alfredo Gómez Bello dijo: _____

_____ Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA QUINTA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN
LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA,** _____

_____ I) **NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs.
2280 por el Sr. Defensor Oficial Civil (Ad hoc) N° 1, Subrogante, del Distrito
Judicial del Sur Metán, Dr. Edgardo José Martínez, por la Sra. C. C. D.,
conforme considerandos. _____

_____ II) **CÓPIESE**, regístrese, notifíquese y **REMÍTASE.** _____

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE
SALTA; VOCALES: DRES FIORILLO DE LOPEZ, SOLEDAD - GÓMEZ BELLO,
ALFREDO. SECRETARIA: Dra. Magdalena Solá. SALA V, T. XXXVII – S, º 873/891,
27/09/2017.