000670/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Asesoria de Familia e Incapaces s/ Declaracion Judicial de Abandono (Menor J.B.)” (Expte. 670 - Año 2009 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 304.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por los progenitores de los menores a fs. 256 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 232/242, por el cual se hace lugar a las demandas interpuestas y se declara en estado de adoptabilidad a los niños F. J. y Á. L. J. B., hijos de T. A. F. B. y J. C. J., imponiendo las costas por su orden.- ----------

----A fs. 258 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 269/272 vta., siendo contestado el traslado del mismo por el Ministerio Pupilar a fs. 288/292. A fs. 298/299 vta. obra el acta de la audiencia dispuesta por el art. 130 de la ley III Nº 21 -antes ley 4347-. A fs. 301/302 luce el dictamen del Ministerio Pupilar con posterioridad a la audiencia referida.----------

----I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por los recurrentes y de la contestación de los mismos por la Sra. Asesora de Menores.- ----------

----1) Los apelantes se agravian en primer lugar por haberse considerado que la adopción sea el instituto más adecuado para resguardar a sus hijos. Sostienen que debe priorizarse el derecho de los mismos a crecer “en la familia de origen” de acuerdo a lo dispuesto por el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño. Se explayan sobre el cambio de la jurisprudencia respecto a la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad, expresando que el juez no reconoció sus derechos como padres discapacitados, quienes con la ayuda estatal -constitucionalmente obligatoria-, pueden criar a sus hijos. Consideran que el juez se equivoca al estimar agotadas las intervenciones del Estado, así como entienden que no se ha indagado suficientemente acerca de la familia extensa. En cuanto al riesgo en que se encontrarían los niños si quedaran bajo su cuidado, sostienen que no se efectuaron los apoyos adecuadamente y que el “a quo” se apartó de los informes de los terapeutas, quienes consideran que la función de crianza podría ser llevada a cabo con una supervisión constante de un operador o visitas domiciliarias. Agregan que adjuntan informes de la Obra Social P. que aguarda las resultas del pleito a fin de abordar las herramientas a brindar a favor de los padres. Citan jurisprudencia y doctrina.----------

----Se quejan asimismo respecto a que se hizo lugar al estado de adoptabilidad de sus

hijos sin tenerse en cuenta el “interés superior” de los mismos, o al menos evaluándolo desacertadamente o con argumentos ligeros. Entienden que la decisión resulta contradictoria, ya que se hace referencia a los informes de distintos profesionales del ETI y que el “no poder” de los padres les impide prohijar; mas luego se refiere que el Estado debe garantir los derechos de los niños y que ante el fracaso de las estrategias de intervención no se encuentra que puedan adoptarse otras medidas de protección tendentes a evitar el egreso de los chicos a otro grupo familiar. Consideran pobre y forzada la fundamentación del juez, ya que en el último tramo de la intervención estatal, las partes han logrado avances significativos. Añaden que con este fallo se verán imposibilitados de ver crecer a sus hijos, con los cuales siempre han mantenido el vínculo e incluso lo han fortalecido. Reiteran que con la sentencia se los obliga a renunciar a derechos constitucionales y que no se privilegia el “interés superior” de los menores, se han violado los derechos de ellos, ya que identifican perfectamente a sus padres como tales, amén de afectarse su derecho a la salud. Aclaran que si bien los niños estuvieron desde corta edad bajo la guarda de la familia V., han mantenido con ellos un vínculo de cooperación mutua y han confiado en ellos y que esta familia de “corazón” era para ellos una alternativa subsidiaria a que sus hijos crezcan dentro de la familia de origen.----------

----Como tercer punto se agravian de que se efectuó una confusa interpretación de los informes agregados en autos, ya que se priorizan los realizados al inicio de las actuaciones, sin valorar los progresos logrados, tanto en las condiciones de salud y laborales de los apelantes, de acuerdo a los informes más recientes. Destacan que de acuerdo a los mismos se puede rehabilitar a los padres en su función con el acompañamiento de operadores convivenciales. Señalan que al no tenerse en cuenta las cuestiones precedentes se entiende que una persona con problemas de salud mental no puede tener una buena calidad de vida y criar a sus hijos. Remarcan que la patología de la madre es controlable farmacológicamente y con psicoterapia, por lo que estos padres con un fortalecimiento y un acompañamiento adecuado pueden ejercer sus roles parentales. Insisten en la propuesta de la obra social P. y que no creen que se hallen agotadas las intervenciones para superar sus carencias.----------

----Como último punto sostienen que se han desconocido los avances logrados por los padres a lo largo del proceso, puntualizando que el art. 18 de la CDN dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y desarrollo del hijo. Agregan que el juez yerra al no tener en cuenta que la Sra. B. ha acatado las medidas de fortalecimiento del grupo familiar, considerando que es prematuro aseverar que existe un “no poder” de los padres. Agrega prueba documental y cita doctrina y jurisprudencia.- ----------

----2) El Ministerio Pupilar contesta los agravios, explicando que la demanda se interpuso en base a lo dispuesto por los arts. 316 y 317 del Código Civil, señalando que el juez tiene facultades para indagar las causas de la situación de desamparo, como

paso previo a la declaración de adoptabilidad, así como para examinar si tales causas están motivadas en condiciones socioeconómicas, carencias afectivas, dificultad de asunción de roles o por causa directa de una actitud negligente o dolosa. Agrega que se sanciona el abandono en su abstracción de toda otra circunstancia. Considera que el agravio de los apelantes resulta extemporáneo ya que los mismos han tenido oportunidad en las medidas de protección anteriores a este juicio, dado que participaron en cada una de las etapas procesales. Al respecto señala que la conducta de J. se fue adecuando a sus propias necesidades, sin poder anteponer hasta el final del presente los intereses de sus hijos por sobre los personales.- ----------

----Refiere que los recurrentes se agravian por cuanto el magistrado funda su decisión en considerar agotadas las intervenciones del Estado, a lo cual señala que de los antecedentes de la causa se desprende que se ha tratado de mantener a los niños en el seno de la familia nuclear o extensa, concluyéndose que no existen en tales ámbitos una contención eficaz, sin que la revinculación paterno-filial evolucionara; mientras que el vínculo materno-filial se conserva desde lo afectivo, mas existen serias limitaciones de carácter irreversible. En lo que se relaciona con que no se tuvo en cuenta el interés superior de los hijos y de las partes, destaca que el juez remitió a los antecedentes de la causa que dan cuenta de los variados intentos en procura de obtener un cambio en la familia biológica, así como de la imposibilidad de los padres de contener a ambos hijos en el seno de la familia sin menoscabo para ellos. Destaca que los niños llegan a este proceso con vistas a una futura adopción después de un largo recorrido y asistencia para todo el grupo familiar. Añade que el juez instó en numerosas oportunidades a los padres a asistir a entrevistas pautadas, y a considerar y atender las intervenciones y sugerencias del Servicio de Protección de Derechos para producir cambios favorables a los niños.- ----------

----En cuanto a que no se agotaron las estrategias de intervención, resalta la sentencia interlocutoria Nº 306/08 en la causa 213/07, donde se refleja el acompañamiento y seguimiento con el fin de fortalecer los vínculos para que los padres puedan cumplir con su rol. También se destaca la colaboración permanente e incondicional del matrimonio V.-M. a cargo de la guarda de los menores, quienes han propiciado el contacto paterno y materno filial y procurado el establecimiento del vínculo parental. Expresa que en el interés superior de los niños cabe cercenar los derechos de los padres a tenerlos bajo su guarda, ya que resultó primordial protegerlos contra toda forma de perjuicio, descuido o trato negligente. Destaca que tampoco es posible continuar con guardas indefinidas o lo que es peor con el alojamiento de los chicos en instituciones, por el contrario debe garantizárseles un ámbito familiar. Hace referencia a estudios de carácter científico.- ----------

----Finalmente, respecto a la denunciada confusa interpretación del juez de los informes agregados a la causa, señala que con los primeros informes se dictó la sentencia interlocutoria Nº 306/08 en el expediente Nº 213/07, donde se dispone apartar a

algunos profesionales del ETI, asignando distintos puntos de pericia y seguimiento, y en base a los mismos y a la serie de acciones implementadas se fundó la sentencia que hoy se recurre. Destaca que las evaluaciones concluyen en la incapacidad real de los padres para cumplir su rol parental sin la sustitución total de sus funciones, de lo que se deduce que, pese a la inclusión del grupo familiar en programas como el de acompañamiento por operador convivencial y/o cuidador domiciliario, estos padres no se encuentran en condiciones de asumir la crianza de sus hijos con base en causas de carácter estructural no reversibles en el mediano plazo sin un grave perjuicio para sus hijos. Señala que la propia Sra. B. ha reconocido sus limitaciones incluso de carácter físico para estar a cargo de los chicos sin asistencia permanente y continua. Reitera que los padres no impugnaron los informes producidos por los distintos equipos.----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, para lo cual seguiré el orden en el que fueron expresados por los recurrentes.- ----------

----1) Los apelantes comienzan el primer agravio aseverando que el instituto protectorio de la adopción debe “caer” ante el derecho a crecer en la familia de origen, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se han violado sus derechos como padres discapacitados y que no se han agotado las instancias de intervención del Estado para garantizar la asistencia apropiada a fin de que cumplan su rol de padres. Consideran que el juez se centró más en las deficiencias que en las capacidades que presentan (ver fs. 269, pto. II.1/vta., dos primero párrafos). Tales manifestaciones las encuentro carentes de crítica alguna, ya que las mismas no se hacen cargo de los argumentos dirimentes del decisorio. Es que se trata de afirmaciones genéricas que reafirman derechos en abstracto, como el derecho de los niños a crecer en la familia de origen o el de los padres discapacitados a cumplir su rol con la asistencia del Estado, o bien afirman que el juez se basó más en sus deficiencias, sin explicar qué capacidades dejó de considerar el “a quo”.----------

----Debe tenerse presente que el juzgador abundó en el tratamiento de la situación de los padres apelantes y en el análisis de la intervención estatal a fin de asistir a los mismos a efectos de que puedan revincularse favorablemente con sus hijos. Así se explayó acerca de la situación de “no poder” de los mismos (ver sentencia a fs. 234/235, pto. II.a), y en cuanto al derecho a la asistencia apropiada (ver sentencia a fs. 235/236 vta., pto. II.b). Respecto a esto último es del caso destacar, dado que se menciona que no se agotó la estrategia de intervención estatal, que el juez razonó *“...dado el carácter excepcional de esta medida de protección, estoy convencido de que las condiciones de legalidad de la declaración de adoptabilidad exigen el efectivo cumplimiento de la obligación estatal de concretar acciones positivas, por medio de las que se intente la revinculación de los niños con sus padres y eventualmente con la familia extensa, durante la etapa comprendida entre el momento en que se produjo la situación de amenaza o vulneración del derecho a la integridad personal de los niños*

que motivó la separación provisoria, y la sentencia que debe recaer en este tipo de procesos, sin perjuicio de estimar que en ciertos supuestos no será necesario cumplir con tal obligación...En tal inteligencia, por el propio diseño de las leyes 26.061 y 4.347, mientras los progenitores se encuentran en ejercicio de la patria potestad, es obligación del Estado a través de la autoridad de aplicación administrativa procurarles la asistencia apropiada prevista por el 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que trasciende en el derecho de los niños y de sus padres a recibir orientación, apoyo y seguimiento, y a ser incluidos en programas de asistencia para superar las dificultades de estos que obsten a un adecuado cumplimiento de sus obligaciones de crianza, educación y protección sobre aquellos (arts. 37 de la ley 26.061 y 59 de la ley 4.347). Sin lugar a dudas, el otorgamiento de la adopción exige seguir un procedimiento previo de fortalecimiento familiar, en donde el Estado asume un papel fundamental, debiendo implementarse medidas, planes y programas de revinculación del niño con su familia de origen. De conformidad al derecho del niño a no ser separado de sus padres consagrado por los arts. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 11 de la ley 26.061, recién cuando las medidas y programas concretos para intentar el fortalecimiento familiar con el núcleo de origen fracasan...se podrá seguir el trámite hacia una posible adopción, previa declaración de abandono del niño" (ver sentencia a fs. 235 vta., anteúltimo párrafo/236, 2d. párrafo). Pero asimismo agregó que *"...ineludiblemente hay que trazar el límite de la asistencia apropiada a la que tienen derecho estos padres e hijos...Por consiguiente, si bien el Estado no sólo tiene la obligación de asegurar la satisfacción de por lo menos el nivel esencial del derecho a la asistencia adecuada, dentro de un marco de progresividad y no regresividad...sino más todavía, la de garantizar su máxima exigibilidad...ello tiene como único límite la 'sustitución' de la función paterna. Los padres deben contar con toda la asistencia comunitaria y estatal, pero sin que signifique que por esos medios se delegue la responsabilidad parental que han de asumir en interés de sus hijos, debido a que llegado a este punto, cesa la oportunidad de la titularidad de la patria potestad por la imposibilidad de cumplir con su finalidad"* (ver sentencia a fs. 236, anteúltimo párrafo/vta., 2do párrafo).- ----------

----De la extensa transcripción de los párrafos precedentes del decisorio, se aprecia que, lejos de no considerar el derecho de los niños a crecer en el seno de la familia de origen y de la obligación estatal de asistir a los padres a fin de que puedan desempeñar su rol parental, el sentenciante de grado fue sumamente explícito al respecto, por lo que lo expuesto al principio del primer agravio, reitero, se trata de meras afirmaciones genéricas que no reparan en el razonamiento del juzgador. Al respecto es de recordar que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf.

CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472).En esta porción del agravio que se analiza nada de esto ha acontecido.- ----------

----Seguidamente los apelantes refieren que el juez entiende que los niños estarían sometidos a riesgo si quedaran a su cargo, señalando que no se tuvieron en cuenta los informes de los terapeutas y adjuntan un informe de la Obra Social P. (ver fs. 269 vta., anteúltimo párrafo). Respecto de este último informe cabe manifestar que fue ordenado su desglose en la resolución de este Cuerpo de fs. 282/283 (SIF Nº 02/10 del 09/02/10). A ello cabe agregar que en la audiencia documentada de acuerdo al acta de fs. 298/299 vta. la letrada de los recurrentes manifestó que la ayuda a los mismos estaba supeditada al reintegro de los niños a sus padres, con lo cual se evidencia que se pone como condición del programa de asistencia la previa convivencia de los niños con sus padres lo cual no despeja la situación de riesgo a la que se hace referencia en la sentencia. Asimismo, en lo que respecta a los informes de las terapeutas B. y T. (ver fs. 409 del expte. Nº 213/07 que corre acollarado), surge que al 17/12/08 los recurrentes se encontraban compensados, lúcidos, orientados globalmente sin evidencias de alteraciones sensoperceptivas, manifestando ansiedad e interés por la restitución de sus hijos al hogar. Sin embargo dicho informe nada dice respecto a la evolución de la revinculación paterno-filial y el agravio pone énfasis en dicha prueba sin considerar de manera global el resto de las medidas producidas. Es que se ha sostenido que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPCC, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí (conf. C. 2da. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 12/2/80, DJBA, 118-367; CN. Com., Sala B, 4/9/79, LL, 1980-A-94). Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (conf. CN.

Civ, Sala E, 31/12/76, LL, 1977-C-182), ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (conf. SCBA, 9/11/79, DJBA, 109-329), debiéndose evitar la atomización del material probatorio (conf. CN. Com., Sala B, 22/4/91, LL, 1991-C-339). La Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280).----------

----De acuerdo al criterio de la valoración global de la prueba es del caso señalar que los apelantes sólo enfatizan el informe de los terapeutas indicado sin hacerse cargo del resto de las probanzas individualizadas por el juzgador. Resulta dirimente que el juzgador, ante la insuficiencia y contradicción de las pruebas colectadas, definiera como objetivo de la evaluación del ETI -con una integración diversa- que proporcionara los elementos que confirmen o desestimen los informes obrantes y en particular que se verifique si J. podía sostener consistentemente a B. y sus dos hijos menores, aún con la ayuda de operadores convivenciales y agentes sanitarios (ver sentencia a fs. 237 vta. “in fine”/238, 1er. Párrafo). En base a ello el juzgador fue claro en reseñar los resultados del trabajo con los padres (ver sentencia a fs. 238/vta.). Sólo haré mención puntual del informe de fs. 213/214 del 26/08/09, es decir poco tiempo antes del dictado de la sentencia recurrida, en el cual se expresa que J. se encuentra distante, pasivo, desanimado, preocupado y cansado, lo que dificulta el vínculo con el menor F., quien busca la compañía de su madre debido a que la misma media entre padre e hijo. A ello cabe añadir el informe de fs. 228/vta. del 21/09/09 donde se menciona que los recurrentes están separados de hecho, expresándose que desde el Servicio de Protección se ha orientado a los padres para que puedan construir un vínculo con sus hijos, lo cual no ha dado los resultados esperados.- ----------

----A la luz de lo expuesto se desprende que la evaluación global de la prueba no cohonesta la postura de los apelantes, quienes se basan en un informe de los terapeutas, obviando el resto de las probanzas posteriores que dan cuenta del fracaso de los trabajos de revinculación entre los padres y los niños a fin de que los mismos pasen a estar bajo la custodia efectiva de aquéllos. Por tal motivo es que propongo el rechazo de este agravio.----------

----2) En segundo lugar los quejosos señalan que el magistrado de origen no justipreció adecuadamente el interés superior de los niños, considerando el decisorio como contradictorio, ya que hace referencia a la imposibilidad de los padres de prohijar, cuando luego destaca que el Estado debe garantizar los derechos de los menores. Agregan que se han efectuado ingentes avances en la relación entre los chicos y sus progenitores, y que con la decisión adoptada se obliga a las partes a renunciar a derechos constitucionalmente amparados, ya que se producirá un verdadero cambio en

la guarda, un cambio del centro de vida de los niños, quienes perderán contacto con sus padres (ver fs. 270/271, pto. II.2).----------

----Muchos de los argumentos expuestos en este segundo párrafo ya fueron objeto de examen al analizar la anterior queja, especialmente en todo lo que se refiere a que el juzgador consideró que los apelantes no estaban en condiciones de prohijar, y en consecuencia de hacerse cargo del sostenimiento mutuo y de sus hijos. Lo mismo cabe decir respecto a la intervención estatal a efectos de otorgarles herramientas a los padres a fin de garantizar su revinculación con los menores, lo cual, como se dijo “ut supra” fue objeto de detallado análisis en la sentencia recurrida. Cabe añadir en este punto que el art. 3 de la ley 26061 establece que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías en esta ley, destacando que en particular importa el respeto, entre otras cuestiones, del pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; y a su centro de vida, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Ahora bien, el interés superior del niño se presenta como un estándar jurídico que aparece para obtener una armoniosa integración entre la regla de derecho y la decisión judicial como una medida social correctora, la cual encierra un contenido empírico, que vive de las circunstancias, de los hechos, y por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho. Asimismo este concepto representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará en su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el niño (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, 2006, T I, págs. 44/45).----------

----Señaladas las pautas arriba mentadas es de considerar que el juez no hizo más que priorizar el interés de los menores frente a los derechos de sus padres. Claramente lo expresó al hacer mención del art. 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al evaluar que la separación es necesaria en el interés superior del niño y se evidencia uno de los casos particulares enunciados por la norma, cual es el “descuido por parte de sus padres” (ver sentencia a fs. 239, último párrafo). A ello agregó que en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el principio del interés superior del niño tiene el efecto de separar conceptualmente el interés del mismo como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos, inclusive sus propios padres (ver sentencia a fs. 239 vta., anteúltimo párrafo).- ----------

----En lo relativo a que con la decisión recurrida se violan derechos constitucionales de los niños y de los apelantes, también se ha evidenciado que los padres han contado en el proceso judicial con la oportunidad de participar no desde un plano meramente formal, sino con plena utilidad al implementarse todas las acciones y medidas exigidas por mandato constitucional para favorecer y promover el sostenimiento de ellos en la crianza de sus hijos (arts. 9.2 y 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (ver sentencia a fs. 239, último parrafo). A lo expuesto debe añadirse que los propios progenitores han admitido en la audiencia de fs. 298/299 vta. que si los chicos no pueden vivir con ellos prefieren que los adopte la familia V.-M., con quienes han creado lazos afectivos. Al respecto es de destacar que en la misma audiencia los actuales guardadores dan cuenta de este vínculo, y que se han preocupado en mantener y fomentar la relación entre los progenitores y los menores. Esta circunstancia también ha sido puesta en evidencia por el sentenciante de grado (ver sentencia a fs. 241, 2do. párrafo) y encuentra especial fundamento en el informe de fs. 174/176 vta. del 30/06/09. En el mismo se concluye en las dificultades importantes de los padres para ejercer el rol parental, en la integración de los niños al grupo familiar de sus actuales guardadores y en la relación de contacto estrecho y sostenido entre los guardadores y los padres, especialmente entre las mujeres, destacándose que los guardadores sostienen un posicionamiento y una conducta de respeto por la historia y la familia de origen de los niños, con muy buena predisposición a que se sostenga el vínculo de origen (ver fs. 176 vta.). Esto último ha sido corroborado en la audiencia de fs. 298/299 vta. donde se relatara que ambas familias han compartido reuniones sociales como los cumpleaños de los niños.----------

----Es así que no se presentan, en la especie, circunstancias o elementos que permitan colegir que la decisión adoptada implique la pérdida de contacto entre los padres y los niños, por el contrario se ha privilegiado el interés de los mismos ante la imposibilidad de los apelantes de hacerse cargo de su cuidado sin dejar de considerar que el ámbito familiar al que se han integrado garantiza asimismo el mantenimiento del vínculo con la familia de sangre. Por lo demás es sabido que la eventual adopción de los mismos puede presentarse bajo la forma de “simple” en el caso de que se decida como la solución más acorde con el interés superior de los niños. Al respecto debe recordarse que dicho régimen legal permite mantener el vínculo con la familia de sangre (conf. arts. 329, 330 , 331 y sigs. del C. Civil). En concordancia con ello, y tal como lo destacara el juez “a quo” (ver sentencia a fs. 241, anteúltimo párrafo), los actuales guardadores han manifestado su intención de mantener el contacto y el vínculo de los niños con sus padres y en dicha inteligencia solicitar la adopción simple de los mismos (ver fs 179/vta.).- ----------

----En definitiva por las razones expuestas postulo al acuerdo el rechazo de este segundo agravio.- ----------

----3) En tercer lugar los apelantes reiteran argumentos ya esgrimidos, como que el

sentenciante de grado tuvo en cuenta informes correspondientes a la etapa de inicio de las actuaciones sin evaluar otros posteriores que dan cuenta de la evolución y progreso de la revinculación de los padres con los niños, así como que es factible que los mismos se hagan cargo de los hijos con la asistencia suministrada desde la obra social (ver fs. 271/vta., pto. II.3). Ya se ha visto que el informe de las licenciadas B. y T. que las apelantes esgrimen en fortalecimiento de su postura, es de fecha 17/12/08 (ver fs. 409 del expdte. Nº 213/07), mientras que el sentenciante consideró prueba de fecha posterior que da cuenta de las dificultades de J. y B. para ejercer el rol parental (ver fs. 176 vta.). En lo relativo a la ayuda y asistencia a brindar por la obra social también se ha considerado que la misma está supeditada al reintegro de los menores a sus padres, lo cual claramente refleja que se trata de una condición cuando debería ser la consecuencia de todo un proceso de apoyo a los progenitores, el cual, por lo demás, se ha intentado a lo largo del proceso sin que pudiera observarse resultados satisfactorios, o al menos en un nivel que permita el otorgamiento de la custodia de los niños a los apelantes. Es así que no atenderé favorablemente esta queja.----------

----Finalmente en lo que se presenta como el cuarto agravio se insiste en que se desconocieron los avances logrados por los padres a lo largo del proceso y no se ha cumplido con la manda del art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nuevamente ha de señalarse que no se ignoran los referidos avances, mas ante la prolongación de la situación en la cual los progenitores no han demostrado aún capacidad para ejercer su rol parental, y esto ha sido demostrado a lo largo del proceso, no puede permanecer de manera indefinida la situación de los niños, sino que se privilegió su interés superior de la manera más armonizadora posible con los derechos de los padres. Y ello se evidencia en que estos últimos han expresado su deseo de que en caso de que sea imposible el reintegro de los niños, los mismos sean adoptados por los actuales guardadores, con quienes han creado un vínculo de afecto y respeto mutuo. Es así que no resulta infringida la norma del art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que más allá de la obligación asumida por el Estado para asistir a los padres en el desempeño de sus funciones respecto a la crianza de los hijos (art. 18.2), no debe olvidarse que siempre, en el cumplimiento de estas obligaciones, la preocupación fundamental será el interés superior del niño (art. 18.1 “in fine”).----------

----A lo dicho hasta aquí sólo agregaré lo siguiente. Que la presente acción fue incoada, como bien lo expresa el Ministerio Pupilar en su responde de los agravios a fs. 288, en base a lo dispuesto por los arts. 316 y 317 del C. Civil. En dicho orden de ideas, debe tenerse presente que el art. 316 precitado en su 3er. párrafo establece que *“La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal de domicilio del menor o donde judicialmente se hubiere comprobado el abandono del mismo”.* Al respecto se ha entendido que la guarda de menores aparece como uno de los medios -técnicas o tratamientos no institucionales- integrante de la protección del menor y que, como los restantes, procede en subsidio de la máxima institución proteccional constituida por la patria

potestad. La guarda a la que se refiere es la atribución de la persona de un menor a un tercero o a una institución tutelar específica a los fines de que sobre el mismo se ejerzan las conductas tutelares que se determinen, pudiendo éstas variar. De allí que se considere a la guarda como “el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad” (conf. D’Antonio, Daniel Hugo: “Régimen legal de la adopción”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, págs. 69/70).- ----------

----En lo que se refiere al art. 317 mentado, el mismo establece los requisitos para otorgar la guarda preadoptiva, entre los que se encuentra la citación de los progenitores, salvo que el niño estuviese en un establecimiento asistencial y aquéllos se hubieran desentendido totalmente del menor durante un año o el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo. Es de considerar que en la especie, se está en una etapa previa de mera declaración de adoptabilidad, sin perjuicio de lo cual, y como queda manifiestamente claro a lo largo del proceso, los padres han intervenido y participado activamente del mismo, tanto en la primera instancia como en esta sede. Cumplidos los requisitos formales, se determinó que los progenitores no se encuentran en situación de ejercer autónomamente su rol parental, por lo que se arribó a la conclusión de declarar en estado de adoptabilidad a los niños, lo que en el “sub exámine” no importa el alejamiento ni la ruptura del contacto de los mismos con los padres de sangre, ya que resulta evidente, y ello ha aparecido de manera diáfana en la audiencia de fs. 298/299 vta., que los actuales guardadores son la mejor garantía de dicho contacto y mantenimiento del vínculo, lo cual ha sido admitido por los padres apelantes.----------

----Comprobados tales extremos, no cabe menos que confirmar el decisorio apelado, ya que lo resuelto importa asimismo la solución más acorde con lo dispuesto por la ley 26061, en cuanto al aseguramiento a los niños del disfrute pleno y del efectivo ejercicio de sus derechos. Como tal la declaración de adoptabilidad se inscribe en lo establecido por los arts. 33 y 34 de la ley 26061, en especial este último en cuanto establece que las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a los menores del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. A lo expuesto cabe agregar que, fracasados los programas y acciones de fortalecimiento del ejercicio del rol parental por parte de los progenitores a fin de evitar la separación de los niños de los mismos (conf. arts. 35 y 37 de la ley 26061), de conformidad con lo establecido por el art. 39 de la ley citada, y a la luz del interés superior de los pequeños, se ha debido arribar a la decisión impugnada dada la excepcionalidad de las circunstancias. No obstante ello, y reitero, en virtud de las particularidades del caso, la extremidad de la medida adoptada, no importa, en la especie, la separación absoluta ni la ruptura del vínculo entre los niños y los progenitores apelantes.- ----------

----En definitiva por los argumentos brindados, propongo al acuerdo el rechazo del recurso examinado.- ----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a los apelantes (conf. art. 69 de la ley XIII Nº 5 Anexo A -antes art. 68 del CPCC-). Propongo asimismo regular los honorarios de las letradas patrocinantes de los recurrentes actuantes en esta sede, Dras. I. S. e I. L. B., en conjunto, atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, en un 25% de lo regulado en la instancia anterior; y a la Dra. G. A. L., en un 30% también de lo establecido en la sede de origen; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4 -antes arts. 6, 14, 47 y concs. de la ley 2200-, con el alcance del art. 59 de la ley V Nº 90 -antes ley 4920, t.o. según ley 5454-).- ----------

----Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

---- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

---- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por los codemandados B. y J. a fs. 256, que fuera concedido libremente a fs. 258, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 232/242 que hizo lugar a las demandadas instauradas y declaró en estado de adoptabilidad a los niños F. J. y Á. L. J. B., hijos de T. A. F. B. y J. C. J., con imposición de costas por su orden. ----------

----Los agravios lucen a fs. 269/272 y vta., el traslado conferido a fs. 273 fue evacuado por la Asesoría de Familia e Incapaces a fs. 288/292, a fs. 282/283 se declaró admisible la prueba documental acompañada a fs. 263/264, a fs. 298/299 y vta. luce el acta de la audiencia fijada en los términos del art. 130 de la ley III Nº 21 (antes ley 4347), a fs. 301/302 y vta. obra el dictamen del Ministerio Pupilar, en tanto que la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

----2. Manifiestan los apelantes que el instituto protectorio debe “caer” ante el derecho a crecer “en la familia de origen” (art. 7 de la CDN). Señalan que el Sr. Juez colocó a sus hijos en estado de adoptabilidad utilizando los conceptos del paradigma anterior (sustitución de la voluntad, modelo de protección del código civil) apartándose de sus derechos como padres discapacitados. No coinciden con el a quo al considerar agotada la intervención del Estado. ----------

----Al respecto, dichas expresiones no contienen una crítica concreta de los fundamentos que resultaron esenciales para la dilucidación de la causa. Nótese que las manifestaciones vertidas son meras generalizaciones al afirmar en abstracto derechos tales como el de los niños a crecer en la familia de origen, o el de los padres discapacitados que posibilitan la crianza de sus hijos con la ayuda del Estado. ----------

----Tocante a su manifestación en el sentido de que el juez se ha centrado más en sus deficiencias que en sus capacidades, cabe señalar que ello tampoco contiene una crítica concreta que demuestre el error del fallo ya que no se explicita cuales son las capacidades que dejaron de considerarse. ----------

----Por lo demás, cabe observar que el Sr. Juez de la anterior instancia efectuó un análisis pormenorizado de la situación en que se encuentran los progenitores y de la intervención del Estado con la finalidad de procurarles una asistencia apropiada que permita la revinculación favorable de los niños con su familia de origen, lo que así resulta de los punto II. a. y II. b. de los considerandos ("La situación de "no poder" de los padres" y "El derecho a la asistencia apropiada" (fs. 234/235, y 235 vta./236, respectivamente).----------

----Sin perjuicio de lo cual fijó el límite de esa asistencia apropiada al precisar a fs. 236 vta. que: ***Los padres deben contar con toda la asistencia comunitaria y estatal, pero sin que signifique que por esos medios se delegue la responsabilidad parental que han de asumir en interés de sus hijos, debido a que llegado a este punto, cesa la oponibilidad de la titularidad de la patria potestad por la imposibilidad de cumplir con su finalidad***.----------

----De tal modo, las manifestaciones efectuadas por los apelantes en el sentido de que no se consideró el derecho de los menores que permitan su crecimiento dentro de la familia de origen y la obligación del Estado de brindar a los progenitores una asistencia apropiada, no se compadecen con los fundamentos expuestos en el fallo que resultaron dirimentes para dilucidar la cuestión.----------

----Se tratan de meras generalizaciones que carecen de crítica concreta al no indicar cuáles son las circunstancias comprobadas de la causa que tengan virtualidad suficiente para conmover el razonamiento seguido por el juzgador, por lo que no hay agravio que atender. ----------

----No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso. Tampoco las apreciaciones personales, o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones son insuficientes por sí solas para sustentar el agravio (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales ...", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 354/355 y cita de pronunciamientos). ----------

----En tal sentido, la ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala "D", abril 24-984, "Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.", L.L. 1985-A, 309). ----------

----En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones

determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 360, punto e, y 370, respectivamente, y cita de fallos). ----------

----Sostienen los recurrentes, respecto del riesgo en que se encontrarían sus hijos al quedar a su cuidado y que el a quo asume, que el juez se apartó de los informes de sus terapeutas y asimismo agregan un informe de la Obra Social P. ----------

----En este último aspecto, destaco que con relación a esta probanza fue ordenado su desglose según sentencia interlocutoria de fs. 282/283. Asimismo, debe considerarse que en la audiencia cumplida el 07/04/2010 la letrada patrocinante de los apelantes expresó que “la ayuda está supeditada al reintegro de los niños a sus padres” (fs. 298 vta.), lo que evidencia claramente que la asistencia que brinda el programa está condicionada a la convivencia previa de los menores con sus progenitores, por lo que no se evita con ello la situación de riesgo que contemplara el fallo en crisis. ----------

----Y si se considera el informe de las licenciadas en psicología B. y T. que obra a fs. 409 de la causa Nº 213/2007 que corre por cuerda, ello permite establecer que al 17 de diciembre de 2008 la Sra. B. y el Sr. J. se encuentran compensados, lúcidos, orientados globalmente sin evidencias de alteraciones sensoperceptivas, con ansiedad e interés por la restitución de sus hijos al hogar, pero nada señalan acerca de la evolución habida en cuanto a la revinculación de los padres con sus hijos. ----------

----A su vez, la queja destaca los informes de sus terapeutas pero omiten ponderar la restante prueba producida en el proceso, y sabido es que la prueba debe valorarse en su conjunto y no de modo fragmentado.----------

----La prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del C.P.C.C., puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 357). ----------

----En ese contexto, ante la ponderación fragmentada de la prueba que efectúan los apelantes, cobra especial relieve que el sentenciante a fs. 237 vta./238 estimó dirimente ***como objetivo de la evaluación del ETI - en nueva integración con las Lic. F. C. y M. S. - el proporcionar los elementos que confirmen o desestimen los informes obrantes en el expediente sobre la imposibilidad de ambos progenitores de cuidar personalmente a sus hijos. En particular, se debía verificar si el Sr. J. podía sostener consistentemente a la Sra. B. y a sus dos hijos menores, inclusive con la***

eventual ayuda de operadores convivenciales y agentes sanitarios ... ----------

----Y a partir de ese objetivo estableció los resultados del trabajo con los padres (p. II.d., fs. 238 y vta.) para así señalar que: ***La compulsa detenida de los aludidos informes elaborados por los distintos operadores que han intervenido permite observar que el difícil cuadro que presentan ambos progenitores es irreversible, quedando así conformada la falencia parental, configurándose por ende una situación de amenaza que interfiere o pone en riesgo el goce del derecho a la integridad psico-física de los niños a partir del ejercicio deficiente de la patria potestad***.----------

----Sobre el particular agregaré, a saber: a) del informe producido por la licenciada J. I. D. que obra a fs. 213/214 de fecha 26 de agosto de 2009 resulta que el Sr. J. luce "... distante, pasivo, desanimado, preocupado, cansado; lo cual ha obstaculizado la vinculación principalmente con F., quien no permite que su padre se acerque, intentando golpear a su progenitor. La Sra. A. ante esa situación constantemente está mediando entre padre e hijo. F. asiduamente busca la compañía de su progenitora."; y b) del informe de fs. 228/vta. del Servicio de Protección de Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia de la Municipalidad de Rawson surge que el Sr. J. y la Sra. B. residen en domicilios distintos, encontrándose separados de hecho, y que los encuentros que se celebran en la actualidad ya no producen los beneficios para los cuales fueron decretados por lo que existe imposibilidad de lograr los avances esperados.----------

----En síntesis, la ponderación en conjunto de la prueba cumplida en la causa en modo alguno permite corroborar el posicionamiento de los recurrentes basado exclusivamente en informe de sus terapeutas con prescindencia de las restantes probanzas cumplidas posteriormente que señalan la imposibilidad y consiguiente fracaso de las tareas desarrolladas tendientes a la revinculación entre padres e hijos.----------

----En consecuencia, se rechaza el agravio. ----------

----3. Formulan a continuación agravio los quejosos al entender que no se ha tenido en cuenta el interés de sus hijos menores, es decir su "interés superior". Estiman que la sentencia resulta en parte contradictoria ya que alude al "no poder" de estos padres que les impide prohijar, y al mismo tiempo hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos de estos niños. Entienden que hay una errónea apreciación exegética del principio del "interés superior del niño", como así también al considerar agotadas las estrategias de intervención del Estado. Afirman que en el último tramo de intervención estatal se han logrado avances significativos por lo que es tiempo de restituir derechos, y también que con el fallo dictado se les está obligando a renunciar a derechos constitucionalmente amparados al haber un verdadero cambio de guarda, de centro de vida de sus hijos al perder el contacto con sus padres.----------

----Como puede observarse gran parte de las manifestaciones vertidas ya fueron objeto de consideración al punto 2 que antecede, en particular respecto a las razones expuestas por el sentenciante al concluir que los padres no están en condiciones de

tomar a su cargo su propio sostenimiento y el de sus hijos. Igual consideración cabe hacer en lo que respecta al derecho a la asistencia apropiada y alcance de la intervención estatal en función al límite de esa asistencia. ----------

----En cuanto al interés superior del niño, cabe destacar que es un término flexible, toda vez que permite y exige a su vez, en cada caso puntual, calificarlo y redefinirlo, atendiendo a las particularidades de la situación. Así, el interés del niño dependerá de circunstancias específicas. Esta particularidad obliga los órganos de aplicación, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de "descubrir" qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese "descubrimiento" de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño (Weinberg, Inés M., Directora, "Convención sobre los Derechos del Niño", Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, págs. 101/102). Concebimos el interés superior del niño como un "estándar jurídico", es decir, en la concepción de POUND, como una "medida media de conducta social correcta", la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos, y que, por ello, es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida del derecho vivido, que significa esa conducta humana constitutiva de una media" social correcta. Magistralmente, enseñó HAURIOU que la regla de derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta, en tanto el estándar constituye una justicia más particularizada y es un elemento cambiante, modificable, evolutivo, todo de acuerdo con las circunstancias. Tal flexibilidad y cambio representa, en el derecho, su elemento de movilidad. Es precisamente para obtener la armoniosa integración entre ambas parcelas de lo jurídico que aparecen los "estándares", entre los que encontramos el "interés superior del niño" como límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes, flexibles, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares (D' Antonio, Daniel Hugo, "Convención sobre los Derechos del Niño", Astrea, 2001, par. 5, págs. 45/46 y 47, respectivamente). ----------

----Y el art. 3 de la ley 26.061 entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, debiéndose respetar entre otros aspectos el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida. A su vez, esa norma en su último párrafo establece como pauta que, en caso de existencia de conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. ----------

----Sin perjuicio de lo cual cabe aclarar que el dispositivo legal no apunta a la imposición de una voluntad discrecional o arbitraria, de manera que en todos los casos jugará un papel relevante el criterio de la *razonabilidad* en la pretensión (Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", Astrea, 2006, pág. 250). ----------

----Con tales pautas se evidencia que el juzgador ante la existencia del conflicto hizo prevalecer de modo razonable el interés de los niños conforme resulta de fs. 239 al expresar que ***la declaración de adoptabilidad se adecua a lo dispuesto por el art. 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño al que ya hice mención, toda vez que la separación es necesaria en el interés superior del niño y se evidencia uno de los casos particulares que enuncia la norma, el "descuido por parte de sus padres"***. Para agregar a fs. 239 vta. que: ***No debe aquí olvidarse que al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el principio del interés superior del niño tiene el efecto de separar conceptualmente el interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, inclusive el de sus propios padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que exigirá justificación puntual en cada caso concreto (SCBA, C 101776, 26/12/2007, Juba sumario B29581)***. ----------

----En lo que hace a la alegada violación de derechos constitucionales tanto de los niños como de los padres el fallo en crisis destacó a continuación que ***se aseguró la oportunidad de participación a los padres en el proceso judicial no desde un plano meramente formal, sino con plena utilidad al implementarse todas las acciones y medidas exigidas por mandato constitucional para favorecer y promover el sostenimiento de estos en la crianza de sus hijos (arts. 9.2 y 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño)***.----------

----Así, las manifestaciones vertidas tienen un alcance meramente abstracto por lo que no se observa que se violaran derechos con alcance constitucional, máxime si se considera que la ayuda a la que se alude en la audiencia celebrada el 07/04/2010 está condicionada y que por ello los padres reconocieron que en caso de imposibilidad de que los niños vivan con ellos brindarían su conformidad con la adopción ya que los menores establecieron lazos afectivos con sus guardadores (fs. 298/vta.), circunstancia corroborada por los Sres. V. y M. quienes también expresaron los esfuerzos realizados y su permanente preocupación tendiente a mantener y fortalecer la vinculación de los padres con sus hijos (fs. 299/vta.).----------

----Aspecto que el decisorio de la anterior instancia puso de relieve a fs. 241 cuando señala que ***los actuales guardadores de ambos niños ... han logrado construir una excelente relación con los progenitores, al punto de que C. opera de apoyo emocional que permite cierta organización y sostén personal de A., y esta la ubica en un lugar de referente afectivo valioso (informe del ETI de fs. 173/175)*** ...----------

----Y ese informe de fecha 30 de junio de 2009 concluye a fs. 176 vta. que: a) ambos padres poseen dificultades para ejercer el rol parental, en particular la imposibilidad que presentan para focalizarse en las necesidades evolutivas de sus hijos; b) los niños se encuentran ubicados en un lugar central para la organización familiar en lo que hace a su integración con sus guardadores; y c) hay una relación de contacto estrecho y

sostenido entre A. y C. y los guardadores han podido establecer una organización cotidiana que es aceptada por los padres de los niños, también criterios relacionados con la crianza de estos que la pareja parental acepta de buen grado, y finalmente que el matrimonio M.-V. N. sostiene un posicionamiento y conducta de respeto por la historia y la familia de origen. ----------

----Este último aspecto fue puesto de relieve en el acto de la audiencia al destacarse que existe un buen vínculo y que las fiestas importantes -día de la madre, cumpleaños, día del niño- se comparten (fs. 299). ----------

----De tal modo, no se da en el caso elemento alguno por el cual pueda concluirse que el decisorio apelado importe la pérdida de contacto entre los progenitores y sus hijos. Es más, el fallo priorizó como ya se señalara el interés de los niños frente a las dificultades que presentan sus progenitores e imposibilidad de estos para tomar a su cargo de modo adecuado su cuidado. También en ese análisis se consideró al mismo tiempo el mantenimiento de la vinculación con su familia de origen, conforme las pautas previstas por los arts. 329, 330, y 331 del Código Civil, pues así expresamente se contempló a fs. 241, penúltimo párrafo, al expresar que los guardadores manifiestan su aspiración a una adopción simple de los hermanos, permitiendo así que los hijos mantengan el contacto y vínculo con sus progenitores. ----------

----Tales razones llevan a desestimar la queja.----------

----4. Al formular su tercer agravio los apelantes entienden que existió una confusa interpretación de los informes agregados y reiteran las manifestaciones ya vertidas en el sentido de que no se valoró los progresos logrados en los informes agregados posteriormente y la mejoría en sus condiciones laborales y de salud, y que en ese contexto resulta factible que se hagan cargo de sus hijos con la asistencia de la obra social. ----------

----Al respecto, ya se señaló en los puntos que anteceden que el informe de las licenciadas B. y T. que sirve de sustento al posicionamiento de los recurrentes es de fecha 17/12/08 (fs. 409 de la causa acollarada Nº 213/07), en tanto que el juzgador valoró probanzas posteriores que denotan las dificultades e imposibilidad que presentan los padres para el ejercicio del rol parental, entre ellas las conclusiones que lucen a fs. 176 vta. ----------

----En lo que hace a la ayuda que pueda otorgar la obra social ya se consideró que la misma estaba condicionada al reintegro de los niños a sus padres, tal como se expresara en el acto de la audiencia (fs. 298 vta.), y también se ponderó que las medidas implementadas de apoyo no tuvieron resultados satisfactorios, o por lo menos a la fecha no sirvieron para otorgar la custodia de los menores a los recurrentes. ---------

----Por ello, se rechaza el agravio. ----------

----5. Seguidamente los apelantes reiteran que hubo un desconocimiento de los avances logrados por los padres a lo largo del proceso, y que el art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone el compromiso del Estado de

garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y desarrollo del hijo. -

----Sin embargo, a la fecha los progenitores no acreditaron capacidad para el ejercicio del rol parental y ello así resulta de modo incontrastable de las probanzas arrimadas a la causa, por lo que corresponde tomar una decisión a fin de evitar que la situación de los menores permanezca indefinida en el tiempo con los riesgos que ello puede entrañar.----------

----En ese contexto, la sentencia venida en apelación priorizó el interés superior de los niños sin perjuicio de armonizar el mismo del modo más conveniente y posible con los derechos de sus padres, quienes admitieron que frente a la imposibilidad del reintegro de sus hijos optaban para que sean adoptados por los guardadores con las que mantienen un buen vínculo afectivo, máxime que como ya se destacara el matrimonio M.-V. mantienen una conducta de respeto por la historia y familia de origen.----------

----No se observa entonces el quebrantamiento del art. 18 de la citada Convención, pues aun cuando exista una obligación a fin de que el Estado preste asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de sus hijos (art. 18.2.), debe velarse de modo fundamental por el interés superior del niño (parte final del segundo párrafo del art. 18.1), privilegiándose así ese interés de acuerdo a lo dispuesto por el párrafo final del art. 3 de la ley 26.061.----------

----Asimismo, este proceso se inició con sustento en la normativa prevista por el art. 317 del Código Civil (p. VI, fs. 2 y 121 vta., respectivamente), y aun cuando uno de los requisitos es la citación de los progenitores, no será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desatendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. ----------

----Y como ya se señalara, en la presente causa se acreditó que los padres biológicos no están en condiciones de ejercer el rol parental, a lo que cabe agregar que al declararse en estado de adoptabilidad de los menores ello no importa su alejamiento de la familia de origen pues tal como resulta de la audiencia cumplida el 07/04/2010 los guardadores son las personas adecuadas para el mantenimiento de ese contacto, aspecto admitido por los propios recurrentes. ----------

----De tal modo, frente al conflicto de intereses en materia adopción (guardadores que pretenden la adopción simple y padres biológicos que requieren la restitución) debe prevalecer aquel que permita la plena realización de los derechos del niño, por aplicación de los arts. 3.1. y 18.1. (parte final del segundo párrafo) de la Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 3, último párrafo, de la ley 26.061. ----------

----Desde esta perspectiva, tal como lo ha sostenido reiteradamente V.E. que, al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de menores de edad, y mantener, en

consecuencia aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (v. doctrina de Fallos: 328:2870, cons. 8º, penúltimo párrafo; sentencia de fecha 13 de marzo de 2007, S.C. A. Nº 418, L. XLI, en autos “A., F. s/protección de persona, cons. 9º in fine) (del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, C.S.J.N., 19/02/2008, G. 1551. XLII. Recurso de hecho, “G., H. J. y D. de G., M. E. S/guarda preadoptiva”). ----------

----Por los fundamentos expuestos corresponde desestimar los agravios vertidos por los apelantes.----------

----6. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a los apelantes vencidos, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 68 del C.P.C.C.). ----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de las letradas patrocinantes de los recurrentes, en conjunto, y de la Asesora de Familia e Incapaces actuante, en las sumas porcentuales equivalentes al 25%, y 30%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 5, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con el alcance previsto por el art. 59 de la Ley V Nº 90 (art. 59 de la ley 4920, mod. por el art. 4 de la ley 5454), y con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

------En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.-----

---- II) Imponer las costas en la Alzada a los apelantes vencidos.----------

---- III) Regular los honorarios profesionales de las Dras. I. S. e I. L. B., en conjunto, en un 25%; y de la Dra. G: A. L., en un 30%; en ambos casos de lo que les fuera establecido en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.----------

----Así lo voto.- ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

---- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

---- IMPONER las costas en la Alzada a los apelantes vencidos.- ----------

---- REGULAR los honorarios profesionales de las Dras. I. S. e I. L. B., en conjunto, en un 25%; y de la Dra. G. A. L., en un 30%; en ambos casos de lo que les fuera establecido en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.- ----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDF – CONSTE.----------

VILMA INES BIRRI
SECRETARIA