----Trelew, de febrero del año dos mil trece.----------

--- **VISTO**:----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 121 contra la sentencia dictada a fs. 114/118, concedido a fs. 122 es fundado a fs. 125/130, corrido traslado a la contraria a fs. 131 no es contestado.----------

--- **Y CONSIDERANDO:**----------

--- I.- A fs. 114/118 la jueza de grado resuelve hacer lugar al incidente de oposición interpuesto por la Sra. G. R. A. y en consecuencia ordena la restitución del menor A. U. C. a su progenitora, debiéndose efectivizar al momento de llevar a cabo el régimen de comunicación que se encuentra establecido entre ambos.---------- Asimismo exhorta a la Sra. G. R. A. y a los Sres. V. A. O. y H. D. S. a cumplir con las sugerencias del Equipo Técnico Interdisciplinario en el informe obrante a fs. 101/102 a fin de mantener el régimen de comunicación entre los ex-guardadores y el menor A. U. C.----------

------ Para así decidir, considera que el consentimiento de la Sra. A. prestado en la Oficina de la Defensa para otorgar la adopción no tiene ningún valor para el trámite de la guarda preadoptiva, ya que el consentimiento debe ser otorgado ante el juez, y además fue expresado en un acta confeccionada por la abogada de la Sra. O., sin contar la Sra. A. con patrocinio letrado, cuando en estos casos se requiere que el consentimiento sea informado a tenor del art. 21 inc. a de la Convención de los Derechos del Niño.----------

--- Señala que se comenzó a trabajar en la vinculación del niño con su madre, habiendo informado los Equipos Técnicos Interdisciplinarios que el niño se ha incorporado satisfactoriamente al hogar de la Sra. A. y con buena interacción con su madre y hermanos.----------

Manifiesta que el principio de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 7 y 8) es la prevalencia del vínculo biológico por sobre cualquier otra situación alternativa, consagrándose el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando de conformidad con las leyes y los procedimientos aplicables en el país se determine que dicha separación es necesaria en interés del menor, cuando por ejemplo es objeto de malos tratos o descuido por parte de sus padres.--------

--- Añade que en el mismo sentido lo establece el art. 11 de la ley 26061, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo en forma excepcional y preferentemente temporal de su familia, en función de su interés superior.----------

--- Señala que ninguno de los supuestos excepcionales que deben producirse para que un niño sea separado de su familia de origen se dan en el caso de autos. Que la madre del menor delegó su guarda en razón de circunstancias dolorosas y particulares, hoy superadas, encontrándose su hijo integrado a su grupo familiar de origen, y en tal contexto el interés superior del menor es que su madre asuma las obligaciones y

responsabilidades en virtud de lo previsto respecto de la patria potestad por los arts. 264 y sig. del C. Civil.----------

--- A fs. 156 y vta. se celebró la audiencia prevista por el art. 130 de la ley III, nro. 21, a la que concurrió la actora asistida por la Dra. A. B.---------- II.- Agravia a los apelantes la decisión de la jueza a quo toda vez que asume una postura arbitraria e infundada al sostener que no hay en toda la causa indicio alguno de que la Sra. A. quisiera o hubiera tenido intención de dar a su hijo en adopción, que no exista cuestionamiento alguno respecto del ejercicio del rol maternal por parte de la Sra. A., que en los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario no se ha puesto la mirada en el niño como sujeto de protección, que la sentencia muestra la aplicación del criterio biologista a ultranza y que se omitió establecer un régimen de comunicación a favor de los ex-guardadores.---------- III.- En orden a otorgar la guarda preadoptiva de un menor se requiere un estado de abandono por parte de sus padres biológicos, o el consentimiento libre y voluntario de los mismos, o que se demuestre la carencia de capacidad para asumir los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, o que existan circunstancias especiales como el maltrato o descuido del menor. Y en el caso traído a conocimiento de esta Alzada no se da ninguno de estos supuestos.----------

--- Es que, no resulta controvertido en autos el hecho de que los ex-guardadores se hacen cargo del cuidado y atención del menor en razón de la compleja situación familiar que vivía su madre y que concluyó con el fallecimiento del padre de A. U. (fs. 09 y 16 del expediente agregado por cuerda). A ello se añade, que el consentimiento para iniciar la guarda preadoptiva -que alegan los apelantes- fue prestado en el mes de septiembre de 2009 (fs. 01 expediente agregado por cuerda), por la madre del menor sin contar con patrocinio letrado.----------

--- El consentimiento para otorgar en guarda preadoptiva a un menor, debe prestarse previo conocimiento del progenitor de los efectos legales que tal decisión conlleva, contando con la asistencia técnica de un letrado y debe prestarlo ante el juez conforme surge del art. 317 del C. Civil, toda vez que no es el caso de un menor en estado de abandono absoluto, ni que su madre se hubiere desentendido totalmente del mismo o que su desamparo moral o material resulte evidente, supuestos en los que no se requiere el consentimiento de los progenitores. ----------

--- En efecto, surge de fs. 09 y vta. del expediente agregado por cuerda el reconocimiento de los ex-guardadores respecto de la imposibilidad de la madre de hacerse cargo del niño luego del fallecimiento del progenitor por encontrarse desamparada y sin trabajo, que siempre permitieron que la madre lo viera y se mantuvo el contacto con la familia. Reconocen los ex-guardadores haber llevado al niño a ver a su madre, como también que ella concurría a verlo (fs. 9vta. de autos). Solo refieren en un párrafo aislado que hubo “un largo lapso” en el que la señora A. no se comunicó, pero no precisan cuándo se produjo, ni por qué.----------

Por otra parte surge de los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario que progresivamente el menor y la madre reconstituyeron su vínculo biológico, concluyéndose en el informe de fs. 101/102 que el niño paulatinamente se ha integrado al hogar de su madre, siendo plena dicha integración al momento del dictado de la sentencia.----------

--- Ello así, los agravios de los apelantes, se adelanta, no han de prosperar. Respecto al primer agravio surge del texto de la sentencia que expresamente consideró la jueza a quo el consentimiento para iniciar el trámite en miras a la adopción del menor, pero le otorgó prioridad a la oposición posterior de la madre a continuar con el proceso de guarda en base al interés superior del niño.----------

--- Y sabido es que, hasta que se dicte sentencia otorgando la guarda, nada obsta a que la madre del menor reconsidere su decisión (Conf. Stilerman – Sepliarsky, “Adopción integración Familiar”, Ed. Universidad, pág. 101).----------

--- En relación al informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, elaborados por la Lic. Orfila, al que específicamente refieren los apelantes, en el que expresara la mencionada licenciada a fs. 48/49, “…en cuanto a la importancia que tiene el paso del tiempo teniendo en cuenta la etapa evolutiva por la que atraviesa el pequeño…” (fs. 128vta) carece de actualidad, dado que merced a la labor de dicho equipo del informe de fs. 101/102, -producido por la misma profesional-, de fecha más próxima al dictado de la sentencia, surge que el niño se integró a su familia materna y se aconseja se arribe a una decisión más estable respecto de su crianza, recomendando que sea integrado plenamente en la convivencia al ámbito materno, con un adecuado esclarecimiento sobre ese cambio de parte de los adultos familiares hacia el niño y estando atentos a su adaptación (ver fs. 102vta.).----------

--- Ello así, no se advierte solidez en los fundamentos de los apelantes con entidad tal que conmuevan la decisión de la jueza de grado, o que lleven a considerar que los informes de los equipos interdisciplinarios se hayan desentendido de los intereses del niño. Por el contrario con su labor orientadora, fueron limando los conflictos y asperezas que se suscitaron entre los adultos, para que la revinculación del niño con su madre fuera lo menos traumática posible.----------

--- En todo caso, se advierte que quien pretende dirigir la mirada hacia la madre del menor son los apelantes, al sostener en otro de sus agravios que a través de la prueba testimonial se acreditó que la madre del menor se desentendió del mismo. Tales testimonios responden a una época anterior a la decisión de la Sra. A. de tramitar la restitución de su hijo. Lo dirimente es que en autos quedó demostrado que la progenitora insistió en recuperar al niño, se opuso al trámite de guarda preadoptiva y cumplió con las pautas indicadas por los equipos técnico-interdisciplinarios, para restaurar su vínculo maternal.----------

--- No está en tela de juicio en autos la conducta pasada de la madre, que haya o no cumplido con los deberes derivados de la patria potestad, sino que la cuestión consiste

en decidir qué resulta más beneficioso para el niño en orden al interés demostrado por la madre en aras de restaurar el vínculo maternal.----------

--- En tal contexto, resultan operativos los arts. 9, ap. 1, 18 ap. 1, segundo párrafo y 27 ap. 2 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a que los Estados partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, toda vez que a los padres les incumbe la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, y proporcionarle dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo, postulados éstos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C. Nac), y son de aplicación obligatoria (art. 22 de la Const. Prov.), dado que se busca privilegiar la permanencia de los menores en su núcleo familiar de origen (arts. 7 y 11 de la ley 26061 y arts. 7, 25 y 26 Ley III, Nro. 21). ----------

--- No huelga destacar que, resulta loable la conducta altruista y solidaria de los ex-guardadores por la generosidad demostrada durante todo este tiempo en el que colaboraron ante una situación de necesidad extrema con la madre del menor en su cuidado y atención, pero debe darse primacía al interés superior del niño que en el caso está dado por su total integración al hogar materno.----------

--- Por último en aras de este interés superior, resulta conveniente que los adultos establezcan el modo más adecuado para que la modificación de la situación familiar del niño sea lo menos traumática posible. Ello así, lo más conveniente para el menor es que las partes arbitren los medios para que se mantenga la comunicación del mismo con sus ex- guardadores sin intervención judicial, para que el niño no sea tratado como un objeto de disputa entre los adultos, sino que se sienta contenido y querido por ambas familias. Insistir en establecer un régimen de comunicación judicial importa una injerencia del Estado en los vínculos familiares del menor que no se avizora necesaria en esta etapa, teniendo en cuenta la conducta de cooperación mostrada por las partes en beneficio del menor hasta el dictado de la sentencia (art. 5 Conv. Der. del Niño), y que debe prevalecer sobre los legítimos pero secundarios intereses y necesidades de los adultos.----------

--- En cuestiones de familia no se trata de resolver el litigio dando la razón a una parte y declarando culpable a la otra, ni de fijar quién es ganador o quién es perdedor, sino que lo que se procura es eliminar el conflicto orientando a la familia para que encuentre un nuevo orden en su estructura familiar (Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Principios Procesales y tribunales de familia”, JA, 1993-IV-676). De la audiencia en la que fue oído el menor (fs. 155) surge la existencia de vínculos afectivos importantes con ambas familias, es entonces responsabilidad de su madre y de los ex guardadores mantener la comunicación y vínculo con el menor, porque ello es imprescindible para que crezca en un ámbito de armonía y desarrolle todas sus potencialidades.----------

--- En consecuencia, por las razones expuestas y visto el dictamen favorable del Asesor de Familia e Incapaces procede confirmar la decisión de la jueza de grado. ----------

--- Conforme se resuelve, las costas de Alzada, por aplicación del principio objetivo de la derrota, se deberán imponer a los apelantes vencidos (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. J. D. y A. B., en el mínimo legal de 8 jus para cada una de ellas (arts. 6 bis, 7 cuarto párrafo y de la ley XIII Nro. 4), toda vez que de aplicar los porcentuales establecidos en el art. 13 de la norma legal las sumas resultantes son inferiores a dicho mínimo, con más el IVA pertinente.---------- En su mérito, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

--- I. Confirmar la sentencia dictada a fs. 114/118 en todo cuanto fuera materia de agravio.----------

--- II. Imponer las costas de Alzada a los apelantes vencidos (Art. 69 CPCC).----------

--- III. Regular honorarios por su actuación en la Alzada a las Dras. J. D., y A. B. en la suma equivalente a 8 jus para cada una (Arts. 5, 6 bis, 7 cuarto párrafo, 13 y conc. de la ley XIII, nro. 4), con más el IVA pertinente.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2013 – SIF.- CONSTE.**----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA