--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil trece, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Asesoría de Familia e Incapaces Nº 2 s/ Declaración de estado de abandono y preadoptabilidad de: B., F. F.” (Expte. Nº 456 - Año 2011 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 216.---

---------- **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 la progenitora del menor F. F. B. a fs. 130, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 123/126, por el cual se declara el estado de abandono y preadoptabilidad del citado menor, hijo de N. B. y sin filiación paterna.----------

----A fs. 131 se concede el recurso. A fs. 133 se solicita la remisión de expedientes conexos, y a fs. 147/156 obran informes de profesionales intervinientes y tratantes de la problemática del menor. A fs. 170/172 la apelante expresa agravios, de lo que se confiere traslado a fs. 173, contestando el Ministerio Pupilar a fs. 174. A fs. 179/181 obran las actas de la audiencia dispuestas por el art. 130 de la ley III Nº 21. A fs. 183 se resuelve solicitar informes como medida para mejor proveer, los que se agregan a fs. 199/200, 205/206, 208/209 y 210/211. A fs. 214 luce el dictamen del Ministerio Pupilar con posterioridad a la audiencia referida.- ----------

----I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por la recurrente y de la contestación de los mismos por el Ministerio Pupilar.- ----------

----1) La apelante se agravia, en primer lugar, de que la jueza de grado realizara una interpretación errónea y una lectura parcial de los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario, dado que omite mencionar partes fundamentales de los mismos e interpretar correctamente el nudo conceptual y conclusivo de los informes. Señala que del informe de fs. 62 la sentenciante destaca que los integrantes del ETI no ubicaron el paradero de la madre, interpretando que dicha circunstancia implica un hecho de desprotección de su hijo, cuando en realidad la misma es atribuible a la falta de diligencia de los profesionales (ver fs. 170 “in fine”/vta., primer párrafo). A su vez se refiere al informe de fs. 113, indicando que la decisora destaca la conclusión de que la madre presenta una dificultad concreta y que requeriría de un abordaje a los fines de lograr contextuarla (sic) y contenerla con medidas asumidas para con su hijo y que se garantice la continuidad del vínculo entre ambos. Señala que luego de ocho años de intervención estatal supuestamente ininterrumpida se advierte que sería necesario un abordaje para contener la dificultad de N., lo cual importa el reconocimiento del propio

fracaso del sistema, a lo que agrega que mal se puede arribar a una decisión como la recurrida cuando exista la mínima duda de que todavía hay medidas por tomar para lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de la madre. Entiende que las políticas, planes sociales y las medidas de protección judiciales han fracasado, por lo que no se puede concluir que la progenitora no se encuentra en condiciones de cumplir con su rol materno, el recurso no puede ser apartar al hijo de su madre para que otra familia lo adopte. Considera que el Estado debe asumir su rol fundamental en el mantenimiento del vínculo materno filial, con la implementación correcta de medidas, programas o planes para que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. Cita doctrina y manifiesta que el decisorio convalida el incumplimiento del Estado a sus compromisos internacionales. Respecto del informe de fs. 119, expresa que no hace más que confirmar que N. llega a un estado de descompensación tal debido a la falta de apoyo estatal. Añade que mal puede considerar al niño en estado de desamparo moral si no se han abordado acabadamente las problemáticas involucradas en la causa. Resalta que en este informe, los profesionales del ETI se contradicen por cuanto concluyen que B. carece de capacidad para ejercer su rol materno cuando en el informe de fs. 113 plantearon la necesidad de mayores abordajes para mantener el vínculo (ver fs. 170 vta./171).- ----------

----Como segundo agravio destaca que no se ha probado la conducta antijurídica de la madre que prevé el art. 307 del C. Civil. Agrega que la propia jueza destaca que la madre y el niño merecen mantener el vínculo filial, todo ello, a pesar de las numerosas intervenciones estatales que han cuestionado la continuidad de esta díada. Señala que el desamparo debe reunir los requisitos previstos en el art. 317 -en realidad se refiere al art. 307- para dar lugar a la declaración de estado de adoptabilidad del menor, esto es, que sea evidente, continuo y manifiesto, por lo cual, no cualquier disfunción o incumplimiento del ejercicio de la patria potestad importa una declaración de abandono. Destaca que la madre nunca abandonó el vínculo con su hijo ni dejó de reclamar ayuda a los organismos pertinentes, quedando claro que los intentos por restaurar los derechos de la madre a lo largo de los últimos ocho años no pasaron de alguna buena intención pero no estuvieron encaminados a lograr resultados efectivos en esta familia. Destaca que ya del informe de fs. 05 se desprende que no se esperaban cambios significativos en la conducta de B., por lo que la misma institución que lleva adelante el tratamiento y que debería ayudar a la madre con su problemática, había dispuesto en 2009 que era un caso sin expectativas de cambio en el futuro. Destaca que sólo se tomaron medidas de institucionalización de F., prescindiendo de considerar que el problema afectaba al núcleo familiar en su conjunto. Remarca un razonamiento de la jueza respecto a que se procuró fomentar y preservar el vínculo con la madre, pero ni las circunstancias ni el comportamiento de la misma colaboraron a tal fin. Se pregunta acerca de tales circunstancias, si son las propias dificultades del sistema o circunstancias atribuibles a las problemáticas de salud de la madre. Finaliza expresando

que la sentencia en crisis y todas sus actuaciones precedentes han invadido la esfera de libertad y autonomía de N. B. y no se ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones, postulados, principios y disposiciones nacionales e internacionales que rigen la materia (ver fs. 171, pto. II-B/172).----------

----2) La escueta respuesta del Ministerio Pupilar se limita a ratificar todos y cada uno de los dichos manifestados a lo largo de la tramitación de las presentes actuaciones (ver fs. 174).----------

----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 la recurrente.- ----------

----1) La apelante objeta, en el primer agravio, que la jueza haya interpretado de manera parcial o errónea los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario. Hace referencia a la consideración que efectuara la jueza de la circunstancia de que los profesionales no pudieron contactarla (ver informe de fs. 63/vta.), lo que se tomó como un hecho de desprotección de su hijo. Al respecto diré que si bien es cierto que en la sentencia se mencionó dicha circunstancia (ver sentencia a fs. 125, 4to. párrafo “in fine”), no se aprecia que la mera mención de la misma fuera considerada especialmente para decidir la declaración del estado de abandono de F. Otro planteo de la apelante se relaciona con los informes de fs. 114 y 120/vta., señalando que del primero se deduce que luego de ocho años de intervención estatal, se destaca que todavía es necesario continuar con un abordaje a los fines de contener las dificultades de B. para desarrollar su rol paterno, advirtiendo que esto se contradice con el segundo informe en el que se concluye que la madre carece de capacidad para desarrollar su rol. Al respecto cabe señalar que es cierto que a fs. 114, al 08/07/11, las profesionales intervinientes, luego de evaluar la conducta asumida por B. al visitar a F., sugieren llevar a cabo un abordaje a los fines de contener a la madre en las medidas asumidas para con su hijo. Y el 13/09/11 (ver fs. 120/vta.), las mismas profesionales destacan que B. carece de capacidad para desempeñar el rol materno. Sin embargo es de destacar que la aparente contradicción entre ambas conclusiones de sendos informes no es tal. Ello es así porque, a pesar de la escasa diferencia temporal de poco más de dos meses entre los mismos, el primero fue confeccionado en base a la visita efectuada al Hogar de Niños y de la entrevista con su personal, evaluándose básicamente la interacción de la madre con el menor durante las visitas de la primera en el hogar. En el segundo informe, las profesionales concurrieron al servicio de Salud Mental del Hospital de Trelew, tomando contacto con la profesional a cargo, el personal de enfermería, el jefe del servicio y con la propia progenitora. En este segundo informe se evaluó a B., señalándose que permanece internada desde el 29/07/11, habiendo ingresado en un estado importante de deterioro y descompensación de su patología de base, persistiendo un marcado discurso de contenido delirante. Como resultado de la evaluación concluyen que N. carece de capacidad para desempeñar un rol materno

respecto de F., sin perjuicio de lo cual surge como relevante sostener en el tiempo la vinculación con el niño pese a que éste fuera adoptado por otro grupo familiar (ver fs. 120 “in fine”).----------

----De lo expuesto reitero que no existe contradicción entre ambos informes, ya que el primero de ellos fue confeccionado sin haber tomado contacto directo ni evaluado a B., sino que sólo fue el resultado de la entrevista de los profesionales con el personal del hogar donde se encuentra alojado F. y se centró básicamente en las visitas de la madre al hogar. En cambio en el segundo informe, las profesionales se expidieron de manera más contundente y definitiva luego de evaluar personalmente a B. Es por ello que postulo al acuerdo el rechazo de este agravio.- ----------

----2) En la segunda queja la apelante critica que se concluyera que F. se encuentre en estado de desamparo moral y material sin que se hubiera probado la conducta antijurídica de la madre. Se refiere a los requisitos que de acuerdo al art. 307 del C. Civil debe reunir el desamparo, destacando que los mismos no se presentan en la especie ya que su parte nunca abandonó el vínculo con su hijo ni dejó de reclamar ayuda a los organismos pertinentes, habiendo sido estos últimos los que fracasaron en su función y tarea de abordar y dar solución a los problemas de salud de la madre (ver fs. 171/172, pto. II B). Sobre este aspecto particular, encuentro que el agravio es rayano en la deserción, mas un criterio amplio de la consideración de la queja, que además se impone por la materia en cuestión, me conduce a examinar el mismo. En primer lugar señalo que no se hace referencia concreta al principio de “interés superior del niño” en el que la jueza fundamenta su decisión. En su razonamiento dirimente, la sentenciante consideró *“Sabido es que el principio rector en la materia es el interés superior del niño. Lo difícil del caso es establecer cual es el mejor interés de los niños, o cual es la solución que impone el interés superior de ellos. El interés superior del niño, es de contenido flexible porque es necesario acomodarlo a cada situación a resolver interpretando las particularidades de cada caso y valorándolas conforme a las reglas de la sana crítica. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interés superior del niño implica que el desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas de todos los órdenes a la vida del menor. En la presente causa, están en juego bienes humanos tan preciados como el vínculo filial y el sano desarrollo de la personalidad psicológica y social de un ser humano en formación...Surge de la presente causa y de la medida de protección unida por cuerda, que esta madre no puede desempeñar su rol materno de forma tal que garantice a su hijo F. sus derechos más elementales”* (ver sentencia a fs. 125 vta., 2do. a 5to. párrafos y anteúltimo párrafo).----------

----Resulta relevante señalar que no se esgrime una crítica concreta acerca de la consideración del interés superior del menor que efectuara la juzgadora ni que la madre no puede desempeñar su rol de manera de garantizar al hijo sus derechos más elementales, sino que se alega que el Estado, a través de los organismos pertinentes

resultó ineficaz en abordar el problema de salud de la madre y en favorecer el vínculo de ésta con su hijo. Agregaré 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 la jueza no hizo más que priorizar el interés del menor frente a los derechos de su madre. Es de resaltar que el art. 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la posibilidad de que la separación del menor de sus padres sea necesaria en virtud del 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”. 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.- ----------

----En cuanto al “fracaso” de los organismos pertinentes en la revinculación del menor con su madre, es del caso precisar que luego de la sentencia recurrida, obra el informe de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia del municipio a fs. 147/150, en el cual se destaca que F. se halla alojado en el Hogar de Niños desde el año 2006 de manera intermitente y que todos los intentos de integración del niño a su familia de origen resultaron fallidos, dejando consecuencias desfavorables para su desarrollo y se hace inminente la necesidad de la posibilidad de que acceda a una familia alternativa y definitiva, a fin de que F. tenga contención y estabilidad emocional. En cuanto al vínculo materno-filial se señala que B. es ineficaz en el cumplimiento de la función materna,

dejando al niño librado a un lugar de vulnerabilidad. Se hace referencia a lo negativo que fue para F. la vinculación con la Sra. M., quien no resultó ser su abuela paterna, y se menciona el deseo manifestado por F. en cuanto a *"que se quiere ir de la institución y que le gustaría estar con una familia. Nunca expresó interés por personas que se han vinculado con él en el pasado".* Se concluye que *"la carencia de cuidados continuos en F., por parte de referentes afectivos sólidos, dificulta la difícil elaboración de los duelos por las numerosas pérdidas sufridas. Desde estas aseveraciones es que se considera esencial el derecho de todo niño a acceder a una familia".* En cuanto a los informes de fs. 151/153 y 154/156 se da cuenta de las severas dificultades de aprendizaje, atención y relación con sus pares que se observan en la conducta de F. A su vez de las audiencias de fs. 179/181 se desprende que se tomó contacto personal con F., en la que se evidencia que no tiene presente a su madre en cuanto a las visitas que la misma le realiza en el hogar (ver fs. 179, 7mo. párrafo); y en cuanto a la audiencia con la progenitora surge de la misma que manifestó estar viviendo en una casa tutelada junto a tres mujeres más, que visita a F. dos veces a la semana, siendo insistente la manifestación de su deseo de que quiere vivir con su hijo y que en el hogar se lo quieren quitar.- ----------

----De la prueba informativa que se agregara como consecuencia de la medida para mejor proveer de fs. 183, se desprende que a fs. 199/200 obra el informe del psicólogo que trata a F., quien destaca *"la necesidad de contar con un núcleo familiar sano que lo contenga y vele activamente por su sano desarrollo"* (ver fs. 200, 1er. párrafo). En términos similares se expide el psiquiatra tratante, quien expresa que *"se considera de suma importancia que F. pueda encontrar una familia que lo aloje y le dé contención, continuidad en sus vínculos afectivos como factor de importancia en su proceso terapéutico, como así también su pronóstico...con el acompañamiento familiar adecuado, y los procesos terapéuticos que acompañen su desarrollo al igual que la continuidad de su inserción, sería auspicioso"* (ver fs. 209 "in fine"). Asimismo el informe pedagógico de fs. 210/211 da cuenta de los avances que en materia escolar ha efectuado F. Por último el informe sanitario de fs. 205/206 revela que B. está compensada en la actualidad, cumple con un plan farmacológico, control psiquiátrico y seguimiento psicológico, participa de actividades programadas y se encuentra en curso la búsqueda de su inserción laboral. En cuanto a lo habitacional, reside con otras usuarias en un hogar de convivencia y se observa que durante períodos de equilibrio psíquico posee capacidades y destrezas necesarias para ser autónoma. En cuanto al pronóstico y evolución se concluye que son inciertos, dependiendo en gran parte de la continuidad de su tratamiento psicoterapéutico.----------

----De todo lo expuesto se desprende la larga historia de institucionalización de F., la imperiosa necesidad de que se defina su situación en el sentido de dar culminación a dicha institucionalización, y que su sano desarrollo como persona exige la integración a un grupo familiar que le permita crear vínculos afectivos duraderos y estables. Por su

parte, sin negar la importancia del mantenimiento del vínculo con su madre, entiendo que de la prueba reseñada surge que la misma no está en condiciones espirituales -psíquicas y emocionales- y materiales -con esto no me refiero a ingresos o recursos, sino al modo de convivencia de la misma en una casa tutelada con otras personas en situación similar- para hacerse cargo de F. Es más, el pleno desarrollo de F. como persona desaconseja que conviva con la madre, dada la imposibilidad de la misma de garantizar el ejercicio y goce de sus derechos como niño. Se equivoca la recurrente en cuanto a que parece exigir que exista una conducta antijurídica de su parte, en cuanto reprochable, para que se convalide el decisorio atacado. Es que más allá de la falta de subjetividad o de culpa de la madre en el desamparo del menor, lo cierto es que la situación personal de N. impide que F. pueda resultar “amparado” en cuanto a sus derechos si volviera a convivir con ella. ----------

----Destaco que no se presentan, en la especie, circunstancias o elementos que permitan colegir que la decisión adoptada implique la pérdida de contacto entre la madre y el menor, sino que se ha privilegiado el interés de este último ante la imposibilidad de la apelante de hacerse cargo de su cuidado. Es que es sabido que la eventual adopción del niño puede presentarse bajo la forma de “simple” en el caso de que se decida como la solución más acorde con el interés superior de F. 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).- ----------

----Es de reiterar que no puede permanecer de manera indefinida la situación de F., que en el decisorio apelado se privilegió su interés superior de la manera más armonizadora posible con los derechos de la madre, y que si bien la norma del art. 18.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece 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, por el Ministerio Pupilar en base a lo dispuesto por los arts. 316 y 317 del C. Civil (ver fs. 08, pto.I). 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- integrantes 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 convierte en tenedor 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, la madre ha intervenido y participado activamente del proceso, tanto en la primera instancia como en esta sede. Cumplidos los requisitos formales, se determinó que la progenitora no se encuentra en situación de ejercer autónomamente su rol parental, por lo que se arribó a la conclusión de declarar en estado de adoptabilidad al menor, lo que en el "sub exámine" no importa el alejamiento ni la ruptura del contacto del mismo con la apelante, como se explicó más arriba.----------

----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 al niño 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 F., se ha debido arribar a la decisión impugnada dada la excepcionalidad de las circunstancias (conf. CATrelew, Sala "B", SDF Nº 3/10 del 05/05/10). 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 F. y su madre N.----------

----En definitiva, por los argumentos brindados, propongo al acuerdo el rechazo de este segundo agravio 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 la apelante (conf. art. 69 del CPCC). Propongo asimismo regular los honorarios de la letrada apoderada de la recurrente actuante en esta sede, Dra. M. A. O., atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, en la suma de pesos dos mil ($ 2.000); y a la letrada actuante en esta sede por el Ministerio Pupilar, Dra. Susana Garrigós, de acuerdo a las mismas pautas

consideradas, en la de pesos dos mil doscientos ($ 2.200); en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 7, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871-).- ----------

----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 la madre del menor F. F. B. a fs. 130, que fuera concedido libremente a fs. 131, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 123/126 que declaró el estado de abandono y preadoptabilidad del referido menor, hijo de N. B. y sin filiación paterna. ----------

----A fs. 133 se solicita la remisión de diversos expedientes conexos, y recibidos los mismos a fs. 139/140 obra sentencia interlocutoria disponiendo la devolución de las presentes actuaciones a fin de que sean remitidas a esta Alzada una vez dictada sentencia firme en el expediente N º 50, Año 2012 (causa Nº 456/11). A fs. 147/156 lucen informes, a fs. 163 se reciben nuevamente estos actuados, a fs. 170/172 lucen los agravios vertidos por la apelante, a fs. 173 se ordena el pertinente traslado que es contestado a fs. 174 limitándose el Ministerio Pupilar a efectuar una mera ratificación de los dichos expuestos durante la tramitación de la causa, a fs. 179/181 obran las actas de la audiencia prevista por el art. 130 de la Ley III Nº 21, a fs. 183 se solicitan diversos informes como medida para mejor proveer que lucen agregados a fs. 199/200, 205/206, 208/209, y 210/211, a fs. 214 obra el dictamen del Asesor de Familia, 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. Sostiene la quejosa que la Sra. Juez realizó una interpretación errónea y una lectura parcial de los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario. Así, con referencia al informe de fs. 63/ vta. señala que la Sra. magistrada interpretó de manera negativa que los integrantes del E.T.I. no ubicaran el paradero de N. B. al considerar tal circunstancia como un hecho de desprotección a su hijo cuando ello es adjudicable a los profesionales del equipo. ----------

----En tal sentido, aun cuando la juzgadora hace mención a que las profesionales intervinientes no lograron dar con el paradero de N. (ver fs. 125, apartado final del cuarto párrafo), no surge de la lectura del fallo que tal manifestación resultara dirimente para declarar el estado de abandono.----------

----A continuación la apelante expresa que del informe de fs. 114 resulta que luego de 8 años de intervención estatal se advierte que sería necesario un abordaje a los fines de contener la dificultad de N. B. para asumir su rol materno, y que del informe de fs. 120/vta. surge que los profesionales del E.T.I. entran en contradicción con sus anteriores informes al concluir que N. B. carece de capacidad para ejercer su rol materno.----------

----Al respecto, si bien en el informe de fs. 114 se alude a que B. "... requeriría de un abordaje a los fines de lograr contextuarla y contenerla en las medidas asumidas para con su hijo F. ...", en tanto que del informe de fs. 120/vta resulta "... que N. carece de la capacidad para desempeñar un rol materno respecto de su hijo F.", lo cierto es que no hay contradicción alguna a pesar de la escasa diferencia temporal (08/07/11 y 13/09/11). En efecto, existe un dato que resulta por demás relevante y es la internación de B. con posterioridad al primer informe a raíz de un grave deterioro de su salud mental, sumado a la respuesta parcial a los fármacos suministrados. Así, en el segundo informe se puntualiza que N. B. "permanece internada desde 29/07 del corriente año, surgiendo de lo referido por los profesionales del servicio de Salud Mental, que N. ingresó en un estado importante de deterioro y descompensación de su patología de base. El cual a la fecha ha tenido una respuesta parcial a los fármacos administrados, persistiendo un marcado discurso de contenido delirante" (ver evaluación del estado actual, fs. 120). ----------

----Nótese asimismo que el primer informe se basó en una visita al Hogar de Niños y en una entrevista con el personal directivo, en cambio el segundo tuvo en consideración las entrevistas mantenidas en el Servicio de Salud Mental del Hospital con la profesional a cargo de la internada, con el personal de enfermería, el jefe del servicio, y también con N. B., además de tener en cuenta su historia clínica. Con tales elementos, y considerando también la internación de B. y su estado actual de salud, los profesionales del E.T.I. concluyeron que B. carece de capacidad para desempeñar su rol materno, sin perjuicio de estimar como relevante sostener en el tiempo la vinculación con el niño pese a que éste fuera adoptado por otro grupo familiar (ver fs. 120, último párrafo). ----------

----En síntesis, no hay contradicción alguna entre los citados informes pues el primero se extendió sin haber tomado contacto con B., en tanto que el segundo se confeccionó teniendo en cuenta su internación, su estado actual de salud que resulta de la historia clínica y de las entrevistas con los profesionales del Servicio de Salud Mental, y la evaluación personal de B. ----------

----Por tales razones se rechaza el agravio. ----------

----3. En su segundo agravio la recurrente impugna que la magistrada arribara a la conclusión de que F. se encuentra en estado de desamparo moral y material sin haber quedado probado la conducta antijurídica de B. prevista por el art. 307 del Código Civil. Hace alusión a los requisitos legales que deben observarse para el desamparo, entendiendo que los mismos no se dan en el caso de autos ya que nunca abandonó el vínculo con su hijo ni dejó de reclamar ayuda a los organismos pertinentes, no obteniendo respuestas positivas por parte del Estado, atribuyendo a tales organismos la responsabilidad por su fracaso. ----------

----Esta queja bordea la deserción pero a pesar de ello ingresaré a su consideración siguiendo un criterio amplio a favor de la recurrente. ----------

----Para ello destaco que la sentenciante desplegó a fs. 125 vta. un razonamiento que resultó esencial a partir de considerar el interés superior del niño para concluir que: ***Surge de la presente causa y de la medida de protección unida por cuerda, que esta madre no puede desempeñar su rol materno de forma tal que garantice a su hijo F. sus derechos más elementales***.----------

----Y ese fundamento esencial para dilucidar la cuestión no fue objeto de embate concreto pues ninguna crítica formuló la quejosa respecto del interés superior del niño y de la imposibilidad que la madre asuma su rol materno de modo de garantizar a su hijo sus derechos más elementales. En ese direccionamiento, cabe observar que nada señala al respecto y su queja se centra en otra cuestión cual es su alegación en el sentido que el Estado, por medio de sus organismos pertinentes, no le brindó respuestas positivas. ----------

----Tocante al interés superior del niño coincidiré con la juzgadora en cuanto a que es de contenido flexible, y en ese aspecto se expresa 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 a 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 estándard 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.-----

----Y la determinación del interés superior del niño supone dos etapas diferenciadas: la primera se refiere a lo que podría conceptualizarse como el interés en sentido abstracto, noción marco que se sitúa en la esfera jurídica, que obedece a una lógica jurídica y se presta a un enfoque global; la segunda, alude al interés concreto, el cual se encuentra centrado en la esfera práctica, que responde a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización, ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso (Gil Dominguez-Fama-Herrera, “Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061”, EDIAR, 2007, pág. 84).----------

----Además, debe considerarse que el citado art. 3, último párrafo, establece como pauta que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. ----------

----Desde ya 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 alcances, claro resulta que la sentenciante priorizó de modo razonable el interés superior del niño frente al interés también legitimo de su madre, debiendo también ponderarse que el art. 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño si bien prescribe que debe atenderse a que el niño no sea separado de sus padres, al mismo tiempo establece la posibilidad de su separación cuando resulte necesaria en el interés superior del niño, en los casos que, entre otros supuestos, sea objeto de descuido por parte de sus padres. ----------

----En lo que hace a la queja referida a la falta de respuestas positivas por los organismos pertinentes, debe señalarse que, con posterioridad al dictado del fallo en crisis, obra a fs. 147/150 informe actualizado de la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia de la Municipalidad de Trelew por el cual se resalta que F. F. B. se aloja de manera intermitente en el Hogar de Niños de esta ciudad desde el año 2006, y que “...todos los intentos de integración del niño a su familia de origen resultaron fallidas y dejando en él consecuencias desfavorables para su desarrollo, se hace inminente la necesidad de determinar la posibilidad de que acceda a una familia alternativa y definitiva. El factor más relevante para la evolución favorable del niño correspondería al establecimiento de un vínculo afectivo estable y perdurable en el tiempo, que le otorgue contención y estabilidad emocional”. Destaca también ese informe que la Sra. N. B. es ineficaz en el cumplimiento de la función materna y que esa vinculación deja al niño librado a un lugar de vulnerabilidad (fs. 147). Agrega que la vinculación con su supuesta abuela resultó negativa, y asimismo pone de relieve que F. expresó al personal del

Hogar su deseo de quererse ir de la institución, que le gustaría estar con una familia, y que nunca expresó interés por personas que se han vinculado con él en el pasado (fs. 148). Finalmente concluye que la carencia de cuidados continuos en F. por parte de referentes afectivos sólidos, dificulta la elaboración de los duelos por las numerosas pérdidas sufridas, por lo que se considera esencial el derecho del niño de acceder a una familia (fs. 150). ----------

----Tocante a los informes de fs. 151/153 y 154/155, los mismos destacan las graves dificultades de aprendizaje, atención, y relación con sus compañeros que presenta el menor, en tanto que de las audiencias celebradas a fs. 179/vta. y 180/181 surge que F. no sabe cuando va su madre al hogar (fs. 179), y en cuanto a la madre resulta que vive en una casa tutelada junto con tres señoras más, que va a ver a F. al Hogar dos veces por semana, manifestando de modo insistente que su intención es querer vivir con su hijo (fs. 180/vta.).----------

----Asimismo, la prueba informativa cumplida en virtud de la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 183 luce a fs. 199/200 y de la misma resulta que respecto al área afectiva de F. es necesario que encuentre espacios de contención y cariño y en ese contexto se observa la necesidad de contar con un núcleo familiar que lo contenga y vele activamente por su sano desarrollo, con pronóstico positivo siempre que reciba afecto, cariño y comprensión (fs.199, último párrafo, y fs. 200, dos primeros párrafos, informe psicológico). En esa misma dirección informa el médico psiquiatra al señalar que *se considera de suma importancia que F. pueda encontrar una familia que lo aloje y le dé contención*, entendiendo dicho especialista en cuanto al pronóstico que *con el acompañamiento familiar adecuado, y los procesos terapéuticos que acompañen su desarrollo al igual que la continuidad de su inserción, sería auspicioso* (conclusiones, fs. 209). A su vez, del informe pedagógico de fs. 210/211 surge que se observan logros importantes en materia educativa. Finalmente del informe emitido por el Departamento de Salud Mental del Hospital Zonal Trelew que obra a fs. 205/206 resulta que la madre de F., Sra. N. L. B., presenta un diagnóstico de Esquizofrenia F 20.3. según CIE 10, y se encuentra compensada en la actualidad, cumpliendo con el plan farmacológico, control psiquiátrico y seguimiento psicológico, participando asimismo en las actividades programadas, y residiendo con otras usuarias en un hogar de convivencia. En cuanto a su evolución, se destaca que teniendo en cuenta las características propias de su cuadro clínico la paciente presenta “... tanto su evolución como pronóstico son inciertos dependiendo en gran parte de la continuidad de su tratamiento psicoterapéutico”. --------

----Todo ello permite puntualizar la necesidad que tiene F. de integrarse a un núcleo familiar sano que le brinde la debida contención y vele por su sano desarrollo, permitiendo dar por finalizada su institucionalización. Por otro lado, con relación a su progenitora es evidente que de la prueba colectada surge que la Sra. B. no se encuentra en condiciones psíquicas ni materiales -en este aspecto por residir en una casa tutelada con otras personas con análogas dificultades- que permitan garantizar

que F. goce en plenitud de sus derechos como niño. No se trata como erróneamente sostiene la quejosa que corresponda exigirle una conducta antijurídica, pues aun cuando la situación no pueda atribuirse a la culpa de la madre, lo concreto es que el actual estado de salud mental de la Sra. B., sumado a su situación habitacional, no permite considerar que al menor se le garantice el ejercicio efectivo de sus derechos en caso de volver a convivir con su madre.----------

---- Ello no importa la pérdida de contacto de F. con su progenitora toda vez que el ordenamiento civil contempla el supuesto de adopción simple, si esa en definitiva es por hipótesis la decisión más adecuada en función del interés superior del menor, lo que permitiría mantener el vínculo de sangre (arts. 329, 330, y 331 del Código Civil). ----------

----De tal modo, la situación del menor no puede mantenerse indefinida en el tiempo ante la necesidad de que F. cuente con un núcleo familiar sano que lo contenga, saliendo así de su actual institucionalización, por lo que el fallo en crisis no hizo más que privilegiar razonablemente el interés superior del niño frente a los derechos de su madre, conforme lo establece el art. 3, último párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, máxime cuando el art. 9.1. establece la posibilidad de la separación de sus padres cuando sea necesario en el interés superior del niño, en caso, entre otros, de descuido. Interés superior del niño que también contempla el art. 18.1., parte final. ----------

----Coincido también con el Dr. De Cunto en puntualizar que la presente acción se inició conforme lo previsto por los arts. 316 y 317 del Código Civil (p. I, fs. 8). Así, con referencia al art. 316 se expresa que la guarda aparece como el cúmulo de prerrogativas y deberes que la ley o los jueces confieren a determinadas personas o institutos para la educación, desarrollo e inserción social de los menores, o que se atribuyen a una persona que toma a un menor a su cargo (Bueres-Highton, “Código Civil ...”, Editorial Hammurabi, 2003, T. 1 B, pág. 605). Y entre los requisitos previstos por el art. 317 para otorgar la guarda debe señalarse el referido a la citación de los progenitores, a cuyo respecto se observa en estas actuaciones una activa participación de la progenitora en ambas instancias.----------

----Así, al haberse dado cumplimiento a los recaudos establecidos por dicho artículo, el juzgador consideró que la Sra. B. no puede desempeñar su rol materno de forma tal que garantice a su hijo F. los derechos más elementales, por lo que resolvió declarar el estado de abandono y preadoptabilidad del niño, sin que ello signifique la desvinculación del menor con su madre.----------

----En tales condiciones, corresponde confirmar la sentencia venida en apelación por resultar tal decisión la que resulta más adecuada con lo previsto por la ley 26.061, destacando que tal declaración resulta concordante con lo establecido por el art. 34 al asegurar al menor el pleno ejercicio de sus derechos ya que las medidas de protección tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus

consecuencias.----------

----Se da así en el caso circunstancias de excepción que conducen a priorizar el interés superior del niño que se presenta como el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, sin que la decisión a la que se arriba se traduzca en el alejamiento del menor respecto de su madre, tal como sucediera en caso similar en c. 670/09, S.D.F. 03/10. ----------

----En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 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 Dras. M. A. O. y S. G., en las sumas de $2.000.- y $2.200.-, respectivamente, en su carácter de letrada apoderada y letrada de la Asesoría de Familia (arts. 5, 7, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4, con el alcance previsto por el art. 59 de la Ley V Nº 90), 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 la apelante vencida.- ----------

----III) Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. A. O., en la suma de pesos dos mil ($ 2.000); y los de la Dra. S. G., en la de pesos dos mil doscientos ($ 2.200); en ambos casos 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. 8, Ley V – Nº 17) 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 con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ---------- ----------

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

----IMPONER las costas en la Alzada a la apelante vencida.----------

----REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. M. A. O., en la suma de pesos dos mil ($ 2.000); y los de la Dra. S. G., en la de pesos dos mil doscientos ($ 2.200); en ambos casos con más el IVA correspondiente.----------

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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2013 – SDF.- Conste.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA