En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año dos mil veintitrés, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Julián Emil JALIL y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Guillermo Daniel HANSEN y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. P. S/ Medida de protección de (J.N. F. I.)" Expte. N° 297 - Año 2022** venidos del Juzgado de Familia N° 1 (Expte. N° 370/2013) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. En fecha 10/08/22, la Sra. Jueza de grado dictó sentencia definitiva la que fue apelada en fecha 19/08/22 por el Sr. A. N. F., recurso concedido en fecha 24/08/22.

2.- La sentencia. En su parte dispositiva la sentencia resolvió declarar la situación de estado de adoptabilidad de J. N. F. I., DNI X. conforme lo dispuesto por el art. 607 inciso c) y concordantes del CCyCN.

Asimismo dispuso que, firme la sentencia, se cursen las comunicaciones pertinentes, impuso las costas y reguló honorarios en la unidad de medida arancelaria.

Decide hacer lugar al pedido de declaración de la situación judicial de estado de adoptabilidad de J., ello toda vez que las medidas dispuestas tendientes a que la niña permaneciera en su familia de origen o ampliada no han dado resultado (positivo).

Indicó que el planteo fue debidamente sustanciado con los padres y que ellos se presentaron con patrocinio letrado en la causa.

Justifica la aplicación de las normas del CCyC y analiza los medios probatorios reunidos para constatar si la niña se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la conducta de los padres.

Luego de una pormenorizada apreciación del plexo probatorio y en las que se da cuenta del tránsito por numerosas alternativas de contención, indica que órgano administrativo de protección de derechos, expuso que se encontraban dadas las condiciones para resolver la declaración de adoptabilidad.

La sentencia es apelada el día 17/08/22 por la Sra. A. N. I., recurso que fue declarado mal concedido por esta Excma. Cámara de Apelaciones, mediante sentencia interlocutoria registrada bajo N° 74/2022 SIF por extemporáneo.

Por su parte, el Sr. A. N. F., apela la sentencia en crisis el día 19/08/22, sus agravios se agregan a fs. 945/948.

A fs. 950/952 responde el memorial la Sra. Asesora de Familia e Incapaces. A fs. 993/994 se agregaron las actas de audiencia con la niña J. N. y la Sra. N. A. I.

Por su lado a fs. 995 se deja constancia de la inasistencia del progenitor a la audiencia fijada en los términos del art. 130 Ley III N°21.

A fs. 1020 contesta la vista la Asesora de Familia, R. I. M.

3.- Los agravios del Sr. F. En primer lugar le causa agravio que se le atribuya no solo haber permanecido ausente en la vida de J., sino que también haya puesto en peligro su integridad psicofísica, considerando sólo informes antiguos y no a la evolución de la intervención.

Refiere que ha expuesto las dificultades que ha tenido para conocer el domicilio de su hija ante los permanentes cambios de residencia de la niña

por parte de su progenitora, obstáculo que el propio Tribunal encontró para la intervención del grupo familiar.

Relata que la sentenciante manifiesta que, en el año 2013, encontrándose J. junto a su abuela paterna -con motivo de la adopción de una medida excepcional- sus padres la retiran, volviéndose a tener noticias de la niña cuando su madre ingresa, junto a ella, alcoholizada en el Hospital A. I. en el 2015. Explica que él no se llevó a la niña, que se encontraba trabajando.

Le resulta contradictorio que desde los organismos se cuestione su ausencia, cuando este ha explicado la conflictiva relación que mantuvo con la progenitora y los obstáculos que de ello derivaron para vincularse con su hija, pero no se los interpela sobre la ausencia de los órganos del estado respecto de su intervención durante el mismo período, pese al alto grado de riesgo y vulnerabilidad al que dicen se encontraba J.

Resalta que durante años la niña estuvo junto a su madre, sin que mereciera mayor cuestionamiento de parte de los organismos, sin que se lo contactara a él, siquiera cuando ampliaron la medida de protección a su respecto.

Destaca que recién un año y medio que se adoptara la medida excepcional respecto de la niña, desde el tribunal advirtieron la grave omisión y se dispone el traslado a esa parte.

Asevera que pese a todo lo acontecido, desde el momento en que tomó conocimiento de estas actuaciones se ha puesto a disposición y colaborado en todo, ha solicitado la restitución de su hija, como así también que se adopten medidas a efectos de garantizar la revinculación paterno – filial.

Afirma que de los distintos informes no se desprenden circunstancias que puedan hacer suponer que él pudiera ser un riesgo para la integridad de su hija.

En segundo lugar le causa agravio que el órgano administrativo no haya elaborado un plan de abordaje respecto del él, ni ha evaluado alternativas

dentro de la familia paterna ampliada a fin de evitar que J. sea separada de su familia de origen.

Asegura que desde el inicio de su intervención, el Servicio de Protección de Derechos del Niño/a y Adolescente limitó su intervención a la familia por la línea materna, ello hasta que se dispone el alojamiento de la niña en el Mini Hogar. Ninguna intervención hubo con él o con su familia, pese a conocer la existencia de familiares en la provincia de Córdoba y donde hallarlos.

Considera que mal puede decirse que él continúo asumiendo la misma conducta que diera origen a estas actuaciones, cuando desde su primera intervención manifestó su intención de asumir la responsabilidad parental, colaboró con todas y cada una de las intervenciones dispuestas desde el tribunal y cumplió con cada uno de los lineamientos dados por los organismos, escuchando cada una de las sugerencias brindadas, respetando los tiempos que le fueron impuestos.

Asevera que la circunstancia que hasta la fecha no concurriera a la ciudad no implica de ningún modo desentenderse de la situación. Ha priorizado las necesidades de su hija. Por otro lado, destaca que los vínculos se construyen en el día a día y tal posibilidad se le ha sido denegada por no haber intentado desde los organismos un acercamiento hacia la familia paterna.

Arguye que hasta la fecha nadie ha requerido su presencia en la ciudad, que ni siquiera ha sido convocado por la Sra. Jueza de grado, lo que lleva al tercero de los agravios, la violación del debido proceso por incumplimiento de los preceptos contenidos en el art. 609 del Código Civil que establece que "es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita".

Por ello considera que tal omisión importa la nulidad absoluta de la sentencia dictada, toda vez que se ha omitido uno de los actos procesales más importantes del proceso.

Indica que no es la única violación de las garantías consagradas a la niña que fueron desatendidas. Sostiene que no se le ha dado a J. la posibilidad de participar con patrocinio letrado cuando de las distintas constancias de autos surge que tiene la madurez suficiente para participar en el proceso con éste.

4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, M. M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus

destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y me abocaré al tratamiento de los agravios.

5.- El tratamiento de los agravios.

5.1.- El interés superior de la niña J. La Convención sobre los Derechos del Niño es el punto de inflexión en el sendero hacia el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez. Se trata de un instrumento de vital importancia, toda vez que promueve una nueva relación entre el derecho y los niños, vínculo conocido como paradigma de la protección integral de derechos. Lo que caracteriza a este modelo es justamente la concepción del niño como "sujeto" titular de los mismos derechos fundamentales que los adultos, más un plus de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo. (HERRÁN, Maite, Derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes frente al derecho de información, RDF 96, 69, AR/DOC/2494/2020).

Dicha Convención establece en el art. 3.1: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Este opera como un principio jurídico garantista que se sitúa como un límite a la discrecionalidad de las autoridades y permite asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención. De este modo, el interés superior del niño se identifica como la plena satisfacción de sus derechos (A., A. C.

Cuidado personal unilateral y derecho de comunicación, RCCyC 2020 (julio), 102, AR/DOC/566/2020).

El superior interés del menor tiene un concepto triple. Por un lado, a) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, b) un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, c) una norma de procedimiento, en tanto, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. (SCBA, LP C 121036, S 29/11/2017. Juez Pettigiani (OP). Carátula: "M., B. D. y o. s/ abrigo")

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en la opinión consultiva 17/2002, que el interés superior del niño debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (ver: www.corteidh.or.cr). En este marco, y bajo las referidas premisas,

debo señalar preliminarmente que el interés superior de J., será la piedra angular con la que tomaré a decisión en el presente voto.

5.2.- La ausencia del padre en la vida de J. y el peligro su integridad psicofísica . Se agravia el quejoso en cuanto se le atribuye no solo haber permanecido ausente en la vida de J., sino que haya puesto en peligro su integridad psicofísica, considerando sólo informes antiguos y no a la evolución de la intervención.

De los informes realizados en las presentes actuaciones al Sr. F. se desprende que él se encontraba en pleno conocimiento de los riesgos que corría su hija (ver. fs. 779). Desde esta arista, corresponde recordar que la niña vivió con el apelante hasta los 4 años, y luego éste último encargó su cuidado a la madre, sabiendo, repito, los peligros que ello representaba para J., que él mismo manifiesto conocer (ver informe de fs. 776/782).

Dice el quejoso que le resulta contradictorio que desde los organismos se cuestione su ausencia, cuando este ha explicado la conflictiva relación que mantuvo con la progenitora y los obstáculos que de ello derivaron para vincularse con su hija, pero no se los interpela sobre la ausencia de los órganos del Estado respecto de su intervención durante el mismo período, pese al alto grado de riesgo y vulnerabilidad al que dicen se encontraba J.

La responsabilidad parental consiste en los derechos y obligaciones que, como madre o padre, una persona tiene con relación a sus hijos. En este marco, el art. 638 del CCyC establece que la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Desde esta arista, es fácil advertir que existen para el progenitor una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra deber de cuidado, protección y

acompañamiento. Estos aspectos no han sido cumplidos con claridad por parte del Sr. F.

Ha demostrado una marcada indiferencia sobre la vida de J.

Del informe interdiciplinario de fs. 776/782 surge, según los propios dichos del Sr. F., que en el año 2018 se comunicó con el Juzgado de Familia de Puerto Madryn, desde donde le informaron que la niña estaba en el mini hogar, señalándosele que debía requerir mayor información por intermedio de su representante legal, **pero no efectuó gestiones a tal fin**.

En ese informe surge, insisto según sus propios dichos, que éste efectuó viajes a Puerto Madryn en los que no logró establecer contacto con su hija ni con su abuela materna. Pero aduna que, hasta la presentación actual **no realizó ninguna gestión judicial previa.**

Todos estos aspectos muestran una conducta sostenida del progenitor que, junto con otros aspectos de la causa, resulta gravitante para la decisión jurisdiccional.

5.3.- La falta de abordaje integral. Indica el apelante que le causa agravio que el órgano administrativo no haya elaborado un plan de abordaje respecto de él, ni ha evaluado alternativas dentro de la familia paterna ampliada a fin de evitar que J. sea separada de su familia de origen.

Esta consideración no representa técnicamente un agravio, pero merece una especial mención. El Sr. F. pone en cabeza de órganos externos aspectos que el mismo tuvo a su alcance y no los ejecutó. Se ha puesto al costado del expediente, asumiendo una actitud pasiva que no se condice con el ejercicio responsable de la responsabilidad parental.

Es decir, más allá de la intervención de órganos administrativos y judiciales, el quejoso ha tenido una conducta displicente y en algunos casos hasta indiferente con relación a la situación de su hija.

Esto ha sido referenciado en el informe del ETI de fs. 676/679 en donde consta que el Sr. F. "presenta dificultad para reflexionar en relación a su escasa responsabilización en el ejercicio paterno, proyectando sus dificultades en el contexto exterior". Estos aspectos sellan la suerte inversa del agravio.

5.4.- Nulidad absoluta por falta de intervención del quejoso y su familia.

Preliminarmente debo señalar que el quejoso, teniendo conocimiento de las presentes actuaciones ha realizado escasas presentaciones, sin mencionar que tampoco incoó otro tipo de actuaciones judiciales en procura de su interés, pudiendo hacerlo.

Hecha esta salvedad, corresponde adentrarme en el agravio.

Asevera el apelante que desde el inicio, el Servicio de Protección de Derechos del Niño/a y Adolescente limitó su intervención a la familia por la línea materna, ello hasta que se dispone el alojamiento de la niña en el Mini Hogar. Ninguna intervención hubo con él o con su familia, pese a conocer la existencia de familiares en la provincia de Córdoba y donde hallarlos.

Esta postulación resulta incorrecta pues, en su oportunidad, la niña vivió junto a su abuela materna por una medida dispuesta por la justicia cordobesa hasta que la progenitora fue a buscarla, para luego dejar el cuidado de J. a cargo del apelante, y por último, el Sr. F. vuelve a delegar ese cuidado en la madre de la niña.

En definitiva, la oportunidad que el Sr. F. indica existió en los hechos, pero, como ya referí oportunamente, éste último ha demostrado una actitud pasiva en la vida de J. que no se condice con las obligaciones que emergen de la responsabilidad parental.

Arguye el apelante que hasta la fecha nadie ha requerido su presencia en la ciudad, que ni siquiera ha sido convocado por la Sra. Jueza de grado, lo que lleva al tercero de los agravios, la violación del debido proceso por incumplimiento de los preceptos contenidos en el art. 609 del Código Civil que establece que "es obligatoria la entrevista personal del juez con los

padres, si existen y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita". Por ello entiende que tal omisión importa la nulidad absoluta de la sentencia dictada, toda vez que se ha omitido uno de los actos procesales más importantes del proceso.

Sabido es que en el derecho procesal no existen nulidades por sí mismas, es decir la nulidad debe encontrarse reflejada en un perjuicio evidente hacia la parte. En este orden, el quejoso incurre en la misma falencia que critica, pues si bien es cierto que no fue citado a audiencia en Primera Instancia, ello si ocurrió en la Cámara de Apelaciones. Surge de los actuados que el Sr. F. fue citado a audiencia para el día 28/11/22, siendo notificado el día 17/11/22 de dicho acto procesal y **no concurrió**.

Vale aclarar que el mismo día de la audiencia presentó un escrito solicitando que la misma sea tomada vía *webex*, cuando ello resulta de difícil producción en el día fijado para la audiencia, máxime teniendo en cuenta que el apelante había sido notificado de dicho acto procesal el día 17 de noviembre de 2022, es decir, **11 días antes de la celebración de la audiencia**, y manifestó su impedimento de asistir presencialmente, el mismo día de celebración de la referida audiencia (ver fs. 996).

Desde esta arista, su conducta no solo viola la *doctrina de los actos propios*, sino que colisiona claramente con el *principio de no contradicción*.

El principio lógico de no contradicción, predica que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Ello es así porque resulta violatorio del mencionado apotegma lógico **pedir la nulidad absoluta por falta de llamamiento a una audiencia en Primera Instancia y luego inasistir a la que fuera convocada por esta Cámara**.

En este sentido, se ha dicho que el principio de no contradicción, o a veces llamado principio de contradicción, es un principio clásico de la lógica y la filosofía, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas

verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido (ROBERT Audi, *Principle of contradiction, The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2nd edition. Cambridge University Press). El principio también tiene una versión ontológica: nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido; y una versión doxástica: nadie puede creer al mismo tiempo y en el mismo sentido una proposición y su negación. (GOTTLIEB, Paula, *Aristotle on Noncontradiction*, en ZALTA, STANFORD, Edward N. *Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2008, Edition).

Bajo estos argumentos el agravio será rechazado.

5.6.- La participación de J. con un abogado del niño. Refiere que no se le ha dado a J. la posibilidad de participar con patrocinio letrado cuando de las distintas constancias de autos surge que tiene la madurez suficiente para participar en el proceso con éste.

Con relación a este agravio, el quejoso carece de interés procesal pues la supuesta perjudicada por el hecho que alega es su hija y no él. La niña estuvo acompañada por la Asesoría de Familia marcando un diáfano desenvolvimiento. La noción de interés referida a los agravios, se concreta en la existencia de un perjuicio o gravamen, con motivo de la disconformidad entre lo peticionado y decidido en contra del peticionario.

Hecha esta salvedad, corresponde señalar que la niña J. ha sido cuidadosamente escuchada por este Cuerpo Jurisdiccional (art. 130 de la Ley de protección Integral de la Niñez, la adolescencia y la familia, Ley III N° 21). En dicho acto procesal, ella ha manifestado su opinión de manera clara y precisa contando ya con la edad de 9 años y un grado de madurez que me permite advertir una posición reflexiva de la niña que, complementado con las demás constancias de autos, justifican el horizonte de este acto jurisdiccional (art. 509 del CCyC). Además vale insistir que J. fue

acompañada, en todo el proceso, por la Sra. Asesora de Familia, quien ha velado por sus derechos.

En este sentido, ese contacto personal, sumado al interés superior de la niña (art. 3 de la ley 26.061 y art. 6 de la Ley III N° 21, art. 3.1 de la CADN), más la desaprensión del quejoso demostrada durante la vida de J., ameritan, desde mi óptica, la confirmación de la sentencia de grado en todos sus término. Máxime teniendo en cuenta el largo tiempo de institucionalización que transita la niña (ver informe de la Asesoría de Familia fs. 908 y vta).

6.- Conclusión. Teniendo en consideración en estos actuados, de manera primordial, el interés superior de la niña J., propongo la confirmación de la sentencia de grado en todo cuanto haya sido materia de agravios.

7.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario. (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly A. y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado, considero que corresponde la imposición de costas a la apelante perdidosa (conf. art 69 del CPCC).

7. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar honorarios profesionales de la letrada de la Defensa Pública, M. E. M., en un 25 % de la cantidad prevista en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A la **PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

Considero que han sido suficientemente reseñados por el colega preopinante los antecedentes del caso, lo resuelto en primera instancia y los agravios

expresados por la parte apelante, por lo que me remito a dicha síntesis en homenaje a la brevedad. En lo sustancial coincide mi opinión con la del ponente y para fundarla individualmente, según lo requiere la manda del art. 169 de la Constitución Provincial, basta formular las consideraciones que realizaré seguidamente.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Análisis inicial de la situación planteada en autos – El interés superior del niño/niña/adolescente

La sentencia apelada declaró la situación de estado de adoptabilidad de J. N. F. I., conforme lo dispuesto por el art. 607 inciso c) y concs. del CCyCN. Esta norma contempla la declaración judicial de la situación de adoptabilidad si las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen debe comunicarse al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

He de dejar en claro que, sin perjuicio de realizar estas consideraciones iniciales, las mismas habrán de incluir respuestas a algunas de las quejas del recurrente.

Se habla siempre en estos casos del estado de "abandono" en que queda un niño, niña o adolescente por la inconducta e irresponsabilidad de sus progenitores y la necesidad imperiosa que vivan digna y razonablemente en el seno de una familia. Ello justifica y hace imperioso el dictado de una

sentencia en los términos en que se ha dictado la aquí recurrida conforme la normativa referida.

Si observamos en detenimiento el acto del abandono, éste es un conjunto de hechos que califican la conducta de los progenitores para con sus hijos. La conducta de abandono familiar vincula a padres e hijos en la relación jurídica obligacional.

El abandono de un niño --conforme ya lo preveía el anterior Código Civil Velezano (art. 944)— es "a priori" un acto jurídico porque deriva de un hecho voluntario efectuado con discernimiento, intención y libertad, y ser susceptible de modificar o extinguir derechos u obligaciones en el ejercicio de la ex patria potestad de los padres (actual responsabilidad parental).

En los actos jurídicos familiares la intención individual es inexistente, ya que a través de una subrogación la norma ingresa en este aspecto interno de la voluntad estableciendo que es lo mejor y lo debido en el ámbito familiar (conf. DIAZ DE GUIJARRO, E., *"Naturaleza de la voluntad en el acto jurídico familiar"*, JA, 1987-I-818).

Es decir que estaríamos ante la presencia de un estado de heteronomía de la voluntad, toda vez que la intención y voluntad se encuentran en conflicto por el espíritu y letra de la norma positiva, siendo ésta la reguladora del acto pero la creación del acto jurídico sigue dependiendo de la voluntad de los sujetos emplazados en la relación familiar (conf. SOLARI, N.E., *"Acto jurídico familiar, caracterización"*, La Ley, 1998D,1153).

No todo hecho de abandono se transforma en acto jurídico, ya que si bien los elementos configurativos del mismo son hechos humanos; éstos para ser actos jurídicos deben ser voluntarios.

El abandono de los niños estaba regulado en el art. 325 inc. c) del anterior Código Civil referido al otorgamiento de la adopción plena, brindando dos situaciones diferenciadas: la una, "cuando los padres se hubieran

desentendido totalmente de sus hijos durante un año"; la otra "cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiere sido comprobada por la autoridad judicial". Estos caracteres no han perdido vigencia.

Así surge que el acto jurídico familiar del abandono se halla integrado con los siguientes elementos:

a) **Subjetivo:** la observación de la conducta de los padres, culposa o dolosa, desencadenante del "desentendimiento" y en muchos casos calificada como "maliciosa", se centra en la figura del "abandonante". La voluntad del abandonante constituye la premisa básica para la calificación de la conducta.
b) **Objetivo:** se evaluará la situación de desprotección y peligro del niño "desamparo moral o material". Este elemento es asimismo el que permite evaluar la medida proteccional que más se adapta al presupuesto fáctico del abandono.
c) **Interés Superior del Niño:** este es el elemento que surge de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño regulado en el artículo 3 apartado 1 y reiterando tal disposición en lo relativo a la adopción en el artículo 21. El interés superior es el elemento que contiene a los elementos objetivos y subjetivos. Es un elemento dinámico que requiere que el operador lo aplique al caso en concreto. *"El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho, en este caso, se identifican"* (CILLERO BRUÑOL, M., *"El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño"* en *"Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño"*, Mary Beloff y otro, Ed. Temis, Colombia 1998).

d) **El Orden Público:** las relaciones personales de la familia se hallan siempre reguladas bajo el orden público, que restringen la autonomía de la voluntad de las personas por el interés del Estado de proteger las normas del derecho de familia (conf. XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Conclusiones Comisión N° 2, La Habana, Cuba, 2002). Es por ello que el acto jurídico familiar es un acto complejo ya que este elemento se halla presente en el objeto mismo del acto y en la voluntad de los sujetos emplazados en la relación de familia (conf. BASILE, C.A., *"El acto jurídico familiar del abandono del niño"*, La Ley DJ 2004-1, 178).

Advierto que el anterior Código Civil disponía que para el otorgamiento de la guarda judicial con fines de adopción del o de la menor de que se trate, no era necesario el consentimiento de los progenitores cuando *"…el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial…"*.

Vemos que estaban claramente definidas las características que debe reunir la situación fáctica del desamparo moral y material: debe ser evidente, manifiesto y continuo. Estos son aspectos que serán objeto de prueba, acreditación y valoración. El desamparo debe reunir los caracteres referidos (evidente, manifiesto y continuo).

La comprobación judicial de tales circunstancias fácticas, objetivas, se efectuará dentro del tipo procesal de las respectivas jurisdicciones (conf. YUBA, G., *"El estado de abandono y declaración de preadoptabilidad"*, La Ley, DFyP 2011 (abril), 77).

Los antecedentes fácticos de autos muestran de manera indubitable **el estado de desamparo en el que se encontraba subsumida la hija menor del apelante**. Se han reseñado en la sentencia las intervenciones institucionales,

pruebas testimoniales, pericias sociales y psicológicas que revelan tanto el estado de la niña como de los progenitores y sus actitudes para con ella.

Esto no es un tema menor, dado que frente a situaciones familiares y sociales complejas, el juez para su análisis y solución posibles, debe valerse no solo de principios jurídicos, sino también de la interdisciplina. Tal como lo señala Kielmanovich, la cooperación interdisciplinaria es uno de los principios y características en los procesos de familia, dotando al juez de los elementos necesarios para resolver con mayor justicia el caso, dado que los conflictos de familia se encuentran atravesados por diversas aristas que involucran diferentes disciplinas (conf. KIELMANOVICH, J., *"Procesos de Familia"*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., junio 1998).

La jurisprudencia ha resuelto que: *"…Previamente a expedirse sobre el estado de preadoptabilidad, debe requerirse la investigación de la real situación de abandono del menor. Esta se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a su salud, seguridad y educación por parte de las personas a quienes compete dicha obligación y deriva supletoriamente en la tutela pública estatal…"* (CNCiv., Sala K, 23/09/99, *"A.M.C. y A.M.B. y otro s/ Protección de Persona. Proceso Especial"*).

En este contexto, considero que **se ha acreditado en estos actuados la situación de abandono, con la privación de aspectos básicos que atañen a cuidados esenciales de la salud, seguridad, educación y formación espiritual de la niña, que contribuyen a la formación y desarrollo de su personalidad**. Y es también evidente que **las actitudes y reclamos –del progenitor, en este caso— no han podido revertir el estado de desamparo en el que se encontraba la niña, priorizándose su interés superior, por sobre el interés de los adultos (conf. art. 13 Ley 26.061)**.

La falta de condiciones de los progenitores, en el cuidado, crianza y contención de su hija menor (J. N.) --acreditada mediante las pruebas

producidas en autos--, abona el estado de desamparo que desembocó en la declaración del estado de adoptabilidad de la misma.

Me remito a las constancias probatorias de autos que han sido minuciosamente detalladas por la sentencia apelada con indicación de las fojas en las que cada una se encuentra –lo que no reitero aquí por respeto a la brevedad y no ser ello necesario--. Advierto que ninguna de esas probanzas aparecen rebatidas por las quejas del recurrente.

De todo el desarrollo de la producción probatoria cumplimentada en el proceso y que no ha sido desvirtuada ni atacada en autos por ninguno de los progenitores de la menor, la magistrada a quo arribó a la conclusión de que las situaciones descriptas dan cuenta de **una dinámica familiar disfuncional y de la presencia de conductas negligentes e inadecuadas a las responsabilidades y deberes parentales respecto a J. N. F. I., lo cual ha colocado a la niña en situación de gran vulnerabilidad**. Los informes sociales y psicológicos dan cuenta de las características de la personalidad de los padres, la interacción familiar y la exposición de la integridad psicofísica de J. a serios riesgos. Tanto respecto a la Sra. N. A. I. como al Sr. A. N. F., las conductas descriptas en los informes resultan indicadoras de sus dificultades. En ambos casos, la vulneración de los derechos de J. derivadas de tal accionar, ha sido explícita, lo que motivó su alojamiento en distintos lugares y en mayor medida y tiempo en el Minihogar. Consta en autos que numerosas fueron las intervenciones concretadas desde las instituciones, conforme surge del contenido de los informes realizados, tendientes a procurar una modificación o superación de la disfuncionalidad parental, **habiéndose evidenciado ambos progenitores remisos a permitir tal orientación y acompañamiento**. Es de destacar que ninguno de los padres ha logrado desvirtuar tales conclusiones. Lo hasta aquí fundamentado revela que si bien la situación no debe encasillarse en una sola figura (el “abandono”, por ejemplo), tampoco corresponde descartar la

situación de desamparo y/o abandono de la niña por el hecho de no existir una conducta dolosa por parte de los progenitores. Y, además, **no se demuestra en la queja en tratamiento las razones sólidas y coherentes por las que J. debería vivir con el grupo familiar del quejoso, porqué ello sería beneficioso para ella y cómo se habría respetado su interés superior, en contraposición de lo que resolviera la sentencia**.

Un agravio digno de evaluación tendría que haber sido planteado en la forma que acabo de remarcar. No lo ha hecho el recurrente y de allí que –anticipo— no encuentro quejas atendibles por esta Alzada.

Adelanto mi parecer con respecto a que los argumentos del apelante carecen de todo fundamento y sustento probatorio sólido y omite –deliberadamente— hacer expresa referencia a la abundante prueba que aquí se ha colectado y que llevaron a la magistrada a quo a resolver de la forma que lo ha hecho.

De los dichos del recurrente se extrae –sin duda alguna— que considera que lo plasmado en la sentencia originaria no es suficiente para declarar el "estado de adoptabilidad" de la niña. Pregunto: ¿y con eso alcanza o es suficiente para afirmar tan ligeramente que la situación de adoptabilidad no es procedente?. Es más que evidente que ello no es suficiente.

La sentencia ha declarado *"**la situación de estado de adoptabilidad**"* de la niña, lo cual ha provocado el recurso interpuesto por el padre.

Expreso mi opinión –en concordancia con lo que vengo exponiendo precedentemente— en el sentido de que considero que **el interés superior de la niña se encuentra debidamente ponderado por la sentencia recurrida**.

El fundamento del interés superior del niño reposa en los siguientes puntos:

*) el carácter de sujeto de derecho de la niña (no considerada como "objeto de protección");

*) la estabilidad como nota significativa en su vida y que contribuye a su desarrollo integral;

*) el factor tiempo en la vida de los niños, relacionado con el punto anterior;

*) primacía del interés superior del niño por sobre el interés y derechos de los adultos (progenitores);

*) el derecho de la niña a su pleno desarrollo en el seno de la familia (entendida ésta como "…grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños…") (Preámbulo Conv. Derechos del Niño).

Ahora bien, con relación a la declaración de adoptabilidad y la situación de desamparo moral y material en el presente caso, se debe realizar un análisis puntual de los hechos, vinculados con los conceptos que definen y caracterizan a la ex patria potestad (actual "responsabilidad parental"), entendida ésta como el *"…conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado…"* (art. 264 anterior Cód. Civil), o *"…el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado"* (art. 638 CCyCN).

Poniendo atención a la función y esencia de dicho instituto, podemos afirmar que es el mismo Código Civil que antepone la expresión "deber" frente a los "derechos", brindándole un significado que resulta por demás claro y refuerza su finalidad: *"…antes están los deberes para cuyo cumplimiento se reconocen los derechos de los padres…"* (conf. BUERES – HIGHTON, *"Cód. Civ. Comentado"*, T. I B, Bs.As., Agosto 2003, pág. 447). Resulta claro que, no cualquier disfunción en el ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental importa una declaración de abandono y desamparo moral y material, sino aquella que es continua, permanente, evidente. Y debe también ser analizada en cada caso particular.

Será aquella que prive a los niños de aspectos básicos que atañen a cuidados esenciales de la salud, seguridad, educación, formación espiritual, que contribuyen a la formación y desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, **siempre deberá tenerse en cuenta la prioridad del interés superior del niño por sobre el interés de los padres (adultos) (conf. art. 3, Ley 26.061)**.

Se ha dicho que *"…La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño apunta a dos finalidades básicas, constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulte de mayor beneficio para el menor, de esta manera,* ***frente a un presunto interés del adulto se prioriza el interés del niño****…"* (CNCiv., Sala K, 26/10/2000, *"L.M.C.R c/ M.A."*).

He tomado en cuenta la plataforma fáctica de estos obrados y las pruebas producidas, considerando la actitud y conducta de los progenitores de abdicación de sus elementales funciones parentales de cuidado y atención, no obstante los esfuerzos y actividades interinstitucionales orientadas a trabajar el fortalecimiento familiar tal como surge de la propia sentencia y a los cuales he hecho expresa referencia precedentemente en este voto.

Los reclamos del padre –en este caso--, en ejercicio legítimo de su derecho, no son suficientes para enervar la situación de desamparo moral y material a la que ha subsumido a su hija, conforme surge de las pruebas arrimadas a esta causa y a las cuales también he hecho expresa referencia y detallado supra.

Aquí se deben priorizar los intereses de la hija menor, no los reclamos e intereses del padre. Tal como surge de la reseña de autos, **no obstante los**

esfuerzos institucionales, no hay una toma de la conciencia y responsabilidad que conlleva la función paterna.

Es entonces, que se pondera la necesidad de la niña de contar con un ambiente familiar estable, que la contenga y que cumpla con la finalidad que el mismo Preámbulo de la C.D.N. define y reconoce (conf. YUBA, G., *"El estado de adoptabilidad y el interés superior del niño. Comentario a un fallo de la CSJN"*, La Ley, DFyP 2010 (Nov.), 112).

La jurisprudencia ha establecido que: ***"…Procede declarar a los niños en estado de abandono y adoptabilidad, si los padres no presentan una conducta responsable y autónoma que les permita ejercer de un modo efectivo sus roles paterno y materno…"*** (Cám. 1ª. Civ.Com., La Plata, Sala 2, 28/12/04; D.L.S. Revista de Derecho de Familia, 2005-III, pág. 119 y sigs., Lexis Nexis, Pcia. Bs.As. Octubre 2005).

Se consideró aquí a la niña –reitero— **como sujeto de derecho (no objeto de protección), como persona independiente; se ha tomado en cuenta el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo**.

La CSJN considera justamente el derecho de la niña de estar integrada a una familia, como un elemento que contribuye a su desarrollo integral y a su estabilidad (conf. YUBA, G., ob, cit.), que es lo que surge con total nitidez de la sentencia en crisis.

Cobra aquí vigencia, la teoría de las necesidades subjetivas (conf. MENDIZABAL OSES, L., *"Derecho de Menores. Teoría General"*, Madrid, Pirámide, 1977). Al tener el niño la necesidad de que se respete el desarrollo integral de su personalidad, careciendo de la capacidad para exigir de los demás ese respeto, surge la figura de la necesidad subjetiva como forma jurídica tendiente a lograr esa protección integral.

Es la necesidad subjetiva, *"…un poder recibir cuanto les es imprescindible – al menor— para que el proceso evolutivo de su personalidad se produzca*

adecuadamente…". "…La necesidad subjetiva es la figura que fundamenta la existencia de un mandato jurídico que directamente capacita a los menores para poder recibir cuanto precisan para que el proceso evolutivo de su personalidad se desenvuelva en forma armónica e integral…" (conf. MENDIZABAL OSES, ob. cit.; YUBA, G., ob. cit.).

No hay un "interés superior a ser padres", ni un "derecho constitucional a ser padres", sino el "deber", la "función" de ejercer la responsabilidad parental, orientada a la formación y protección integral de los hijos menores.

Sí, en cambio existe y está reconocido y protegido por la Constitución Nacional, **el interés superior del niño** (entendido como la *"…máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley…"* –art. 3 Ley 26.061--), como criterio rector y pauta de consideración que debe ser respetada por encima de los intereses de los adultos, prevaleciendo siempre los primeros.

En tal sentido se expidió la S.C.B.A. (02/08/05) en cuanto a que ***"…los jueces no se podían desentender de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar, siendo primordial a esos efectos la consideración fundamental del interés superior del niño, que debe priorizarse al del adulto, y que la Convención sobre los derechos del niño impone aplicar en los asuntos concernientes a los menores…"*** (ídem CSJN, 13/03/06, A.F., JA, 2007-II-Suplemento Jurisp. de la CSJN, Lexis Nexis).

Y tenemos que tener en cuenta también, **el factor tiempo en la vida de los niños**. El mismo es fundamental, vinculado con las decisiones judiciales y el impacto que tiene sobre la vida del niño. No debemos olvidar, el marco de estabilidad que necesitan para que el resto de su infancia transcurra dentro de los estándares que marca la Convención sobre los derechos del niño.

Es fundamental en resguardo del interés superior del niño considerar que el transcurso del tiempo real en la infancia de esta niña, no puede ser

desconocido por quien debe decidir por ella. Es que: *"La función de los magistrados no consiste en la mera reproducción del texto de la ley, sino en orientarse hacia una interpretación creativa de las normas en juego tendientes a asegurar el valor de la justicia…"* (CSJSta. Fe, 30/11/04 L.A.K. en *"Derecho de Familia"*, 2005-II, pág. 113 y sigs., Pcia. Bs.As., Junio 2005, Lexis Nexis Abeledo Perrot).

Los jueces deben interpretar las normas jurídicas no sólo en su sentido gramatical, llevando a cabo "…una hermenéutica finalista, abarcadora y flexible, buscando la télesis del precepto y el interés que está en juego…" (conf SCBA, 02/04/03, "Derecho de Familia", 2004, III, pág. 75 y sigs., Pcia. Bs.As., Sept. 2004, Lexis Nexis Abeledo Perrot).

La infancia transcurre rápidamente y las decisiones que hoy se deben tomar deben proporcionarles la estabilidad que ellos requieren. Tal como sostiene Adriana M. Wagmaister, **la celeridad y la certeza jurídica en la determinación de la situación del menor a adoptar evitará la existencia de *"huérfanos con padres viv*os"** (WAGMAISTER, A.M., *"La guarda preadoptiva, la adopción y el interés superior del niño en los recientes fallos de Altos Tribunales*", pág. 135 y sigs. en Revista de Derecho de Familia, N° 45, Marzo/Abr. 2010, Abeledo Perrot, Abril 2010).

Justamente, contemplar la estabilidad y factor tiempo en la vida del niño, tienen que ver con su interés superior.

Es que, como dice Gabriela Yuba, no existen fórmulas rígidas o sacramentales para la determinación del interés superior del niño. No es pues un concepto estático, una simple fórmula gramatical. Debe necesariamente adaptarse a la realidad concreta.

No significa esto que existen tantos intereses superiores como realidades, culturas o niños existan, sino que deben considerarse como común denominador, principios que hacen a la dignidad de la persona, a su pleno desarrollo, de su potencialidad, construyendo la identidad de verdaderos

sujetos de derechos, con la capacidad para construir un mundo donde el respeto hacia el otro, en cuanto tales, haga que todas sus decisiones no lo contraríen.

La individualidad se reconoce en el otro, desde la dignidad. Adquiere un sentido ético esa relación de "alteridad", en tanto escucha al otro, se lo respeta desde su mismisidad. Es ahí donde cobran trascendencia los derechos humanos, en tanto reconocen al ser humano como un ser digno, que debe ser respetado como persona, no considerado como un "instrumento para".

Sobre cada caso en particular, se impone una mirada y decisión desde un enfoque de derechos humanos, específicamente, de derechos de la infancia y adolescencia (art. 75 inc. 23 C.N.), franja vulnerable que no puede ser desoída ni desde la mirada de los adultos, ni desde la actuación de las instituciones que intervienen (conf. YUBA, G., ob. cit.).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y fundamentado, corresponde volver a adelantar mi opinión en el sentido de que la decisión de la magistrada a quo ha valorado justamente el interés superior de la niña y de allí que no le asista razón a la queja en tratamiento en ninguno de sus puntos planteados como fundamentación de su recurso. **No se han avasallado los derechos de la niña sino todo lo contrario y en modo alguno se ha dictado una sentencia nula** (lo que tampoco aparece demostrado por el recurrente).

Sin perjuicio de considerar que lo que hasta aquí he desarrollado da ya una clara respuesta a las inquietudes del recurrente que surgen de su queja, corresponde detenerme brevemente en la consideración del **fundamento normativo-constitucional** de la cuestión debatida en autos.

El corpus normativo que funda la declaración de abandono o desamparo y posterior declaración de ***"situación de estado de adoptabilidad"***, se encuentra integrado, además del art. 607 y concs. del CCyCN, por los

artículos 3°, 9°, 18, 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, contando éstos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Importa ello además, la obligación de la Nación de cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales a través de esas medidas de acción positivas, especialmente respecto de los niños (art. 75 inc. 23 CN) (ver Preámbulo de la C.D.N.).

Así, en toda cuestión que los atañe, se tendrá en cuenta el principio del interés superior del niño, asegurando el Estado, como garante de los derechos de los niños, su cuidado y protección, disponiendo las medidas pertinentes para su beneficio. Justamente, **frente a situaciones de descuido, abuso, malos tratos por parte de sus padres, (contando con todas las garantías procesales, derecho a revisión judicial, a participar todas las partes en el proceso correspondiente, a dar su opinión), pueden los niños ser separados de sus progenitores** (art.9°, 12 CDN; arts. 3°, 7°, 24, 27 Ley 26.061); **cuando su interés superior lo aconseje**. Integra el cúmulo de derechos de los niños, la protección integral que le es debida por parte de sus padres o representantes legales, sobre su crianza y desarrollo, guardando relación con la patria potestad (arg. arts. 264, 265 del anterior Cód.Civ. sobre la obligación y el derecho de criar a sus hijos). Y es a través de medidas de protección, procedimientos eficaces, que se debe brindar la asistencia, atención, estabilidad y seguridad pertinente a los niños. Queda en claro entonces que el "interés superior del niño", es el norte que debe animar toda decisión (ver YUBA, G., ob. cit.).

No tengo duda de que la decisión en crisis se encuentra ajustada a la Convención de los Derechos del Niño, a su Preámbulo; al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica, art.19); al art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

y al art. 10, punto 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se han contemplado las garantías procesales para las partes intervinientes, el principio de inmediación (vital en cuestiones de Derecho de Familia), como así también el derecho de los niños a ser oídos (art. 12 CDN), conforme la Recomendación efectuada por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Finales a la Argentina (ver YUBA, G., *"El Comité de los Derechos del Niño y las Observaciones finales respecto a Argentina"*, 17/09/2010, IJ Editores. Cita: IJXL-49).

En cuestiones tan delicadas como es la declaración del estado de abandono o desamparo y la situación de adoptabilidad, debemos tener presente también la importancia de la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Se entiende por "primera infancia" el período comprendido hasta los 8 años, según definición de trabajo propuesta por el Comité de los Derechos del Niño.

Asi, la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, señala que dicho período es esencial para la realización de los derechos del niño, dado que los niños pequeños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres, u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección; que los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes. Señala dicha Obs. Gral. que respetar los intereses, experiencias y problemas bien diferenciados que afrontan todos los niños pequeños es el punto de partida para la realización de sus derechos durante esta fase esencial de sus vidas.

Más allá de la mención de "primera infancia" que efectúa el Comité en la Obs. Gral. N° 7, la mirada hacia la infancia y adolescencia, debe comprender la protección integral que le es debida por su vulnerabilidad, debiendo el

Estado en su condición de garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, arbitrar los medios y medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño (conf. art. 4° CDN) (conf. YUBA, G., ob. cit.).

Lo hasta aquí expuesto demuestra también que **tampoco la sentencia en crisis ha invadido la esfera de libertad y autonomía personal del recurrente. Muy por el contrario, la decisión del inferior** –como hemos visto— **ha dado cabal cumplimiento a todas las obligaciones, postulados, principios, recomendaciones y disposiciones nacionales e internacionales que rigen en el caso, teniendo en cuenta el interés superior del niño y el resultado de las pruebas producidas durante el proceso**.

2.2 – <u>Padre ausente en la vida de J. y que puso en peligro su integridad psicofísica</u>

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente en el punto anterior, he de ampliar la respuesta a las quejas del recurrente haciendo referencia a las constancias que surgen de autos y de la sentencia recurrida.

La sentencia ha plasmado que *"…El derrotero de la niña comienza en el año 2013 cuando en la ciudad de Córdoba debió adoptarse una medida excepcional de protección, siendo en esa oportunidad acogida por su abuela paterna, Sra. G., atento el alto riesgo y vulnerabilidad al cual se encontraba sometida la niña con sus progenitores. Luego de ello y de manera intempestiva la niña fue retirada por sus padres de la casa de la Sra. G. y se volvió a tener noticias de J. cuando su madre ingresó alcoholizada junto a la niña al Hospital A. I., en el año 2015…"* (conf. fs. 913 vta.). Lo transcripto derrumba por completo la postura que exhibe en su queja el apelante. El padre conoció su real situación de peligro desde la muy temprana edad de la niña y, no obstante ello, le encargó de su cuidado a la madre (conf. fs. 776/782).

El fallo recurrido hace expresa referencia al informe elaborado por el Servicio de Protección de Derechos a agregado a fs. 672, con fecha Enero de 2022. En

este informe el organismo informó sobre la comunicación mantenida con el Sr. A. F. luego de que el nombrado se presentara en estos autos planteado la nulidad de lo actuado.

Adviértase que el recurrente promovió oportunamente un "incidente de nulidad" de lo actuado en este proceso, el cual fue rechazado. Con estos antecedentes, no puede esgrimir el apelante --a esta altura del proceso— que ha tenido dificultades para conocer el domicilio de su hija y que se ha puesto a disposición tanto del Tribunal como del Servicio de Protección de Derechos.

Anticipo mi opinión en el sentido de que un padre responsable, preocupado y ocupado por la salud integral de su hija menor de edad, la ubica (no era difícil hacerlo) y realiza judicialmente todas las peticiones y ejerce todas las acciones necesarias y convenientes tanto para su protección como para solicitar su cuidado personal, ofreciendo, asegurando y concretando todas las garantías necesarias para ello. Nada hizo el padre en este aspecto. Por lo tanto, de nada le sirve victimizarse a esta altura de los acontecimientos.

La sentencia en crisis también menciona el Informe elaborado por el Servicio de Protección de Derechos agregado a fs. 704/705 con fecha Febrero de 2022. En particular y en relación específica al Sr. A. F. el órgano de protección de derechos señaló que el progenitor de J. **respondió con evasivas y de manera acotada al ser preguntado por su prolongada ausencia en el ejercicio de la responsabilidad parental; justificando sus dichos y posicionándose en un lugar de víctima, contemplando solo su deseo personal, sin examinar, ni visualizar sobre el centro de vida, ni los deseos de la niña. Cuestionó permanentemente el proceder de la Sra. I., del Servicio de Protección de Derechos y del Poder Judicial, sin reflexionar, ni asumir responsabilidad alguna sobre su rol paterno**. El órgano de protección de derechos indicó que **el Sr. F. no demostró en ningún momento interés o empatía sobre los procesos que pudiese atravesar J.** (conf. fs. 917 vta./918)**.**

Seguidamente la decisión originaria hace referencia al Informe elaborado por el Servicio de Protección de Derechos agregado a fs. 709, en Marzo de 2022. En relación al Sr. F. indica que **se mostró molesto con los organismos intervinientes, manifestando que "….están todos contra él…". Asimismo, se le informó que la psicóloga de J. le hizo saber que no había habido avances en la posible vinculación de la niña con él y que ante esto el Sr. F. expresó sentirse mal, por lo que le sugirieron realizar terapia, ofendiéndose ante la sugerencia y mostrándose molesto**. Las profesionales intervinientes dieron cuenta de que **el progenitor de J., continuaba culpabilizando a todos los organismos intervinientes por la institucionalización de su hija** (conf. fs. 918).

Lo expuesto y transcripto demuestran la improcedencia del agravio bajo análisis y me exime de una mayor extensión sobre el tema.

2.3 – <u>El órgano administrativo no elaboró un plan de abordaje respecto del progenitor</u>

He de coincidir con el voto precedente en el sentido de que este punto de la fundamentación recursiva no constituye técnicamente un agravio. La postura esgrimida a lo largo de toda la problemática por el quejoso y que surge de las actuaciones conforme ya lo hemos visto, no condice en absoluto con el planteo que realiza en este punto. El recurrente tuvo siempre a su disposición todos los derechos que le asistían para peticionar con respecto a su hija y no lo hizo. Por lo tanto, no es serio que ahora esgrima como agravio que el órgano administrativo no elaboró un plan de abordaje a su respecto y con relación a su familia.

La queja no es escuchada.

2.4 – <u>Nulidad de la sentencia por falta de entrevista personal de la</u>

Jueza con el apelante

El planteo que hace el recurrente sobre que se lo ha dejado de lado a él y a su familia en la problemática de la niña, no es admisible conforme lo digo en el punto anterior.

Reitero que cuando la niña estaba viviendo con su abuela paterna por una medida judicial dictada en Córdoba, la madre fue a buscarla y luego dejó a la niña a su cuidado. Posteriormente, el Sr. F. delegó el cuidado de la niña en su madre.

Es de tener en cuenta que la sentencia ha sido muy clara y terminante al plasmar que en relación a la conducta del Sr. A. F. se tiene en cuenta que desde el inicio del presente expediente no solo ha permanecido ausente de la vida de J., sino que también ha puesto en peligro su integridad psicofísica. Remarco para tener en cuenta lo sucedido en la ciudad de Córdoba (se debió disponer la guarda de J. con su abuela paterna, dado al alto riesgo en el que se encontraba la niña). Recién en el año 2021, el Sr. F. se presentó en el expediente, planteando la nulidad de las actuaciones, lo que inevitablemente podría interpretase como una forma de prolongar aún más la incertidumbre sobre la situación jurídica de J. y no como un uso racional y genuino del derecho de defensa en juicio. Tal es así – continúa diciendo el fallo— que para resolver el incidente de nulidad se consideró que el aquí apelante, conforme los antecedentes de autos, no se encontraba en estado de indefensión, ni se advertía que las actuaciones cumplidas le hubieran causado algún perjuicio. Es más, en dicha sentencia se advirtió que el Sr. F., conforme lo reconoció él mismo en sus presentaciones cuando hizo referencia a la Sra. I., había sido totalmente consciente (o tuvo la posibilidad de serlo) de los riesgos a los que su hija se encontraba expuesta al quedar a cargo de su progenitora (conf. fs. 919 vta.).

La a quo ha dicho que se han llevado adelante todas las medidas necesarias para evaluar al Sr. A. F. y que sin perjuicio de que en una primera impresión

y desde el discurso pudo haberse pensado que el mismo se encontraba en condiciones y predispuesto para ejercer las responsabilidades parentales, **lo cierto es que en los hechos continuó asumiendo la misma conducta que diera origen a las presentes actuaciones y que sin perjuicio de haber manifestado su predisposición para venir a la ciudad de Puerto Madryn, nunca lo hizo**. Continúa diciendo la decisión que del informe del Equipo Técnico del fuero, surge claramente el vínculo conflictivo que ha mantenido con la Sra. I. y con una dinámica relacional extremadamente beligerante en la que ha estado inmersa J. y que luego de ello **ha mantenido una actitud pasiva, de nula colaboración y absolutamente abandónica; habiendo abdicado injustificada y voluntariamente de todos los deberes derivados de la responsabilidad parental; demostrando una conducta de absoluta indiferencia frente a la vida de J.** (conf. fs. 920).

Ante la claridad de lo plasmado en la sentencia en crisis, el planteo de "nulidad" de la misma por las razones que se invocan en el agravio deviene claramente inadmisible. Por otra parte, se pretende la nulidad por la nulidad misma, lo cual es improcedente. Sin dejar de evaluar que no hay nulidad sin perjuicio y aquí –ante los claros términos de la sentencia de primera instancia— no solamente no surge sino que ni siquiera se menciona perjuicio alguno por parte del recurrente.

Finalmente, hago mía la circunstancia que destaca el Dr. Jalil en su voto precedente sobre la improcedente conducta que tuvo el apelante cuando fue oportunamente notificado para que asista a una audiencia por ante esta Alzada el día 28/11/2022. No solo no se presentó, sino que realizó una petición el mismo día de la audiencia pretendiendo su celebración virtual. Esta actitud condice con el total y claro desentendimiento e irresponsabilidad que ha demostrado el apelante frente a sus deberes que como padre de la niña tiene.

Es muy claro que resulta inadmisible plantear la nulidad de la sentencia por su falta de intervención en el proceso –lo que no es cierto— cuando surge de autos que se lo notificó en tiempo y forma de la celebración de una audiencia por ante esta Alzada y –sin motivo válido— no asistió.

No es necesario dar mayores respuestas para demostrar la inadmisibilidad de la queja.

2.5 – <u>La intervención de un abogado de J.</u>

De manera no muy profunda se queja el apelante de que no haya intervenido un abogado de su hija J.

Simplemente es un planteo carente de todo sustento y/o de una demostración seria de su viabilidad. En ningún momento expresa el apelante las razones que fundamentan sus dichos y/o qué perjuicios se le han causado a J. por no haberse designado un letrado que la represente. Nada de ello surge de la queja y de allí que estamos simplemente ante un planteo teórico y dilatorio del recurrente, muy lejos de constituir un agravio atendible.

Como muy bien lo dice el voto que antecede, la niña estuvo constantemente acompañada por la Asesoría de Familia y ha sido debida y oportunamente escuchada tanto por la Sra. Magistrada interviniente como por esta Alzada, en cumplimiento de la normativa legal aplicable al caso.

En razón de lo expuesto y a que en todo momento –como lo he plasmado precedentemente aquí— se ha respetado, valorado, priorizado y aplicado el superior interés de la niña, la queja deviene totalmente inaceptable.

3 – <u>Conclusión</u>

La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su preámbulo refiere que se reconoce, que para el pleno y armonioso desarrollo de la

personalidad del niño, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Los arts. 3, 5, 9, 18, 19 y 20 contemplan el derecho del niño a vivir en el seno familiar, exento de violencia, asimismo establecen que el Estado debe velar para que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, **excepto cuando tal separación sea necesaria en su interés superior, por ejemplo, cuando sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, asimismo obliga al Estado a adoptar todas las medidas necesarias para protegerlo de todo perjuicio, abuso, descuido, maltrato o trato negligente cuando se encuentra bajo la custodia de sus padres, pudiendo disponer la no permanencia en el seno familiar si ello perjudica su interés**.

Por su parte la ley 26061, en su art. 11 refiere al derecho del niño a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente vínculo personal y directo con sus padres, **salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de sus derechos. En los casos excepcionales tendrá derecho a vivir, ser criado y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva**.

El art. 27 de la Constitución Provincial establece: *"La familia asegura prioritariamente la protección integral del niño. El Estado, en forma subsidiaria, promueve e instrumenta políticas tendientes al pleno goce de sus derechos. Desarrolla asimismo acciones específicas en los casos de niñez sometida a cualquier forma de discriminación, ejercicio abusivo de la autoridad familiar, segregación de su familia o de su medio social inmediato. A los fines de tales políticas y acciones, coordina la participación de organizaciones no gubernamentales, privilegia el rol de los municipios y asegura los recursos presupuestarios adecuados"*.

La ley III N° 21 en su art. 25 proclama *"Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser criados y educados en el seno de sus núcleos familiares, asegurándoles la convivencia dentro de sus vínculos afectivos y comunitarios. Solo excepcionalmente, en otros núcleos familiares"*.

Resulta para mí a todas luces evidente que los principios que esgrime como agravios el recurrente no han sido ignorados en la sentencia en crisis, es decir, no han sido desconocidos u omitidos por la sentenciante en su resolución como para que ellos constituyan sólidos agravios que fundamenten el recurso concedido.

La misma sentencia se ocupa de aclarar qué ocurre cuando, no obstante los derechos que tienen y le son reconocidos a los menores, se generan situaciones que ponen en peligro, vulneran o amenazan seriamente los mismos. Ninguna de las terminantes conclusiones del fallo son rebatidas por el recurrente y de allí la inconsistencia de sus quejas.

"…El niño es sujeto de derechos, no objeto de posesión de sus padres. Conforme la Doctrina de la Protección Integral y la normativa que en su consecuencia se ha dictado, sus derechos esenciales se satisfacen naturalmente en el seno familiar, pero cuando sus padres defeccionan en su rol de formación, crianza y educación, vulnerando o amenazando seriamente tales derechos, dada su situación de indefensión, el Estado no puede permanecer indiferente. La Patria Potestad es una institución jurídica que ha recibido el reconocimiento del derecho en función del desarrollo, cuidado, formación y educación que debe brindarse al niño. Por ello hoy tiende a denominársela función parental. Cuando esta autoridad se ejerce en detrimento de la integridad del niño --cuyo interés superior debe primar (art. 3 CDN, art. 3 ley 26061, art. 6 ley 4347)--, por acción, omisión o negligencia, en forma extendida temporalmente, la ley impone la intervención estatal. Así lo han expresado: "La potestad jurisdiccional del Estado para sustituir a los padres en el ejercicio de los derechos que le son inherentes solo se justifica cuando hay elementos que manifiestamente se revelan como peligrosos para los menores y que la intervención del Estado se debe limitar a aquellos casos en que la conducta de los padres exige su actuación para preservar el orden público y proteger a los menores" (Cámara de Familia de 2da. Nominación A.N.S. s/ prevención- auto interlocutorio Nro. 53 - 30/4/98). "La Convención define nítidamente la frontera entre la

autonomía de la voluntad familiar y la intervención estatal en varias de sus declaraciones normativas (arts. 9, 20, 21 de ese cuerpo normativo). De modo que cuando interviene el Estado es porque juzga inaceptable la evaluación parental, vigila y adopta medidas si considera que determinadas acciones perjudican al menor. El Estado se constituye en una instancia proteccional de los derechos del infante" (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 1 Prov. de Bs.As., FEE c/ RBS, LL Bs.As. p. 1075)" (de la sentencia del Juzg. de Flia. N° 2 de esta Circ. Jud. in re: *"A.F.I. s/ Declaración de Estado de Adoptabilidad (de C.Y.M.)"*, confirmada por esta Alzada, sent. del 28/06/2012, Reg. N° 03/12).

Del mismo texto de la sentencia apelada surge en qué casos debe intervenir el Estado y ello en modo alguno implica desconocer o violar los derechos a los cuales he hecho referencia sino que es imprescindible la intervención oficial cuando los padres defeccionan en su rol de formación, crianza y educación, vulnerando o amenazando seriamente esos derechos, dada la situación de indefensión en la que los niños se encuentran; y ante ello el Estado no puede asumir una actitud de indiferencia.

Es evidente también que de lo precedentemente expuesto surge la explicación del porqué de la intervención de la justicia. Precisamente porque hubo elementos que se revelaron como peligrosos para la niña y era imprescindible su protección. Si interviene el Estado es porque juzga inaceptable la evaluación parental y es por ello que vigila y adopta medidas cuando considera que hay determinado accionar que causa perjuicio al menor, constituyéndose en una instancia proteccional de sus derechos.

He de concluir el punto dejando sentado que en ningún momento demuestra el recurrente dónde radica el grave error cometido por la sentencia al disponer y resolver como lo ha hecho. Tampoco demuestra cuál era la mejor solución para la niña en base a probanzas sólidas y fundadas producidas en la causa. A ello se agrega que no hay una demostración de las razones

contundentes y coherentes por las que la niña debe convivir con su padre biológico, porqué ello sería beneficioso para ella y cómo se habría respetado su interés superior, en contraposición con lo que resolviera la sentencia.
Considerando haber dado respuesta a todo el planteo del apelante y ante la insuficiencia del mismo, procede su rechazo. Es mi conclusión y así lo voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Se imponen las costas de la Alzada al recurrente que resulta vencido en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), correspondiendo regular los honorarios de la letrada de la Defensa Pública interviniente, M. E. M., en el porcentaje propuesto en su voto que antecede por el Dr. Julián Emil Jalil, en razón de ajustarse a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA **SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo cuanto haya sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas a la apelante perdidosa (conf. art 69 del CPCC).

3. **FIJAR** los honorarios profesionales de la letrada de la Defensa Pública, M. E. M., en un 25 % de la cantidad prevista en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Guillermo D. HANSEN no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Febrero de 2023.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo cuanto haya sido materia de agravios.
2. **IMPONER** las costas a la apelante perdidosa (conf. art 69 del CPCC).
3. **FIJAR** los honorarios profesionales de la letrada de la Defensa Pública, M. E. M., en un 25 % de la cantidad prevista en la Instancia anterior, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en

su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4. **REGISTRESE, NOTIFIQUESE** y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Registrada bajo N° /2023 SDF.