

L. C. A. B. s/adoptabilidad

Mendoza, 6 de Noviembre de 2.019.

Y VISTOS:

Los autos arriba caratulados llamados a resolver a fs.473, habiéndose fijado el orden de votos a fs. 474 y

CONSIDERANDO:

I- Que llegan los autos a esta alzada en virtud del recurso de apelación incoado a fs. 330 por la Sra. E. I. L. en contra de la resolución dictada a fs.323/326vta., por la que se declara la situación de adoptabilidad de A. B. C., hija del Sr. M. H. C. y de la apelante y se ordena que, firme el decisorio, se requieran al RUA los primeros legajos correspondientes a aspirantes con fines de adopción, de acuerdo a las características personales de la niña y que tengan condiciones para permitir y fomentar el contacto de la misma con su madre de origen, en las formas y condiciones que en el futuro se fijen conforme a su interés superior y en los términos del art. 609 del CCyC.

Para así decidir el juez a-quo, luego de detallar las constancias de la causa y las actuaciones realizadas por el órgano administrativo que realizó el abordaje de la situación de A., señala que:

1- La causa se originó en abril de 2.015 cuando el órgano administrativo, con sede en Valle de Uco, solicitó el control de legalidad de la medida excepcional adoptada respecto a A., fundada en que se encontraba sin cuidados por parte de su madre y sin ningún otro adulto responsable, por encontrarse la progenitora avocada exclusivamente al cuidado de su cónyuge convaleciente.

2- La situación de A., luego de dos años de abordaje por el órgano administrativo, con múltiples actores e instancias, deja entrever que la niña no puede retornar al cuidado de su madre ya que implicaría poner en riesgo su integridad psicofísica atendiendo a las características personales y limitaciones de la progenitora; la Sra. L., si bien tiene una vinculación sentimental positiva con su hija, no puede ejercer en forma autónoma los roles necesarios para su crianza, teniendo necesidad ella misma de contar con una persona de apoyo y asistencia para recibir tales orientaciones.

3-La niña necesita de un ámbito familiar alternativo que pueda brindarle los recursos personales para llegar a su etapa adulta de la mejor y más íntegra forma posible.

4- La progenitora se manifiesta en forma coincidente y compatible con la solución dada, solicitando continuar con el contacto con su hija, en donde ella vive y expresando que le gustaría que su hija quede bajo la guarda de la Sra. M. Z. que ha sido designada como su apoyo y ejerce el cuidado de la niña.

5-El mantenimiento de la situación de A. no puede continuar, porque no es lo mejor para su superior interés, debiendo buscarse un ámbito familiar alternativo para ella, que no sea el de origen.

Mantenerla al cuidado de la Sra. M. Z. implicará para la niña la imposibilidad de contar con figuras paternas-maternas que ejerzan tales roles en forma plena y sin restricciones, así como mantener indefinidamente la situación familiar que vive actualmente.

6- No se configura en el caso el supuesto del art. 607, antepenúltimo párrafo del CCyC -referente afectivo que ofrece asumir la guarda de la niña- por cuanto: si bien la Sra. Z. demostró un compromiso y solidaridad excepcional en el caso, por cuanto asumió el cuidado de A., consiguiendo avances en su desarrollo mental y físico y fomentando los contactos con su madre -aún con resistencia de las instituciones intervinientes-, no puede decirse que se configure en cabeza de ella el rol de referente afectivo en los términos de la norma; la vinculación de la Sra. Z. con la Sra. L. comenzó y permanece siendo de naturaleza profesional -ya que ha sido designada como persona de apoyo provisorio - y su vinculación con la niña tuvo origen en el rol de familia cuidadora temporaria conforme al acta compromiso firmada con el órgano administrativo; la relación eminentemente profesional nació en el ámbito de sus funciones, sin que las partes o sus familiares directos se conocieran con anterioridad o mantuvieran relaciones de amistad, afinidad o parentesco; la propia Sra. Z. no solicitó la guarda de la niña y expresó, en oportunidad de la audiencia celebrada a fs. 307, su acuerdo con una eventual y gradual vinculación de la niña con una familia adoptiva.

7- La adopción abierta al contacto con la madre de origen es lo más adecuado al interés superior de A..

II- A fs. 389/397 expresa agravios la apelante. Comparece en esa oportunidad la Sra. E. L. por sí -con patrocinio oficial- y la Sra. M. Z. por sí, en el carácter de guardadora provisoria de A. y en representación de la Sra. L., quien posee capacidad restringida -con patrocinio particular-.

Denuncian como hecho nuevo que la Sra. Z. ha sido nombrada apoyo de la Sra. L. y que, a su vez, aquélla reviste la calidad de guardadora de A..

Solicitan que se revoque la resolución dictada, se rechace el pedido de declaración de la situación de adoptabilidad de A., alegando que actualmente conforman un grupo familiar integrado y solicitan que, oportunamente, se otorgue la guarda de la niña a la Sra. Z..

Relatan, en síntesis, que la Sra. L. convivía con su hija en el hogar donde se encuentra alojada y que desde los seis meses de vida de la niña, esta última comenzó a vincularse con la Sra. Z., forjando un vínculo que se ha mantenido hasta la actualidad; que la Sra. Z. se ha constituido en un referente afectivo tanto de la Sra. L. como de su hija, ha realizado un esfuerzo para que la

progenitora pueda ejercer su rol materno en función de su situación actual, ha garantizado el crecimiento pleno y desarrollo de A. de acuerdo a su edad, manteniendo el vínculo con su madre.

Se quejan, en concreto, que no se haya considerado a la Sra. Z. como referente afectivo en los términos del art. 607 infine del CCyC, siendo que la Sra. L., como madre con discapacidad, no puede ejercer su rol sin un apoyo y la Sra. Z. ha sido designada como persona de apoyo, por lo que se trataría de un grupo familiar de acuerdo a los nuevos modos de familia que admite el CCyC y que, entender lo contrario violaría la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de las Personas con Discapacidad.

Insisten que la Sra. Z. ha demostrado mantener los últimos tres años un vínculo afectivo con la Sra. L. y con la niña, en un primer momento como profesional del Hogar ``Casita de Medio Camino donde reside la Sra. L. y luego como guardadora a cargo de A., por lo que lo mejor para esta última y su superior interés es que permanezca con ella, quien ofrece asumir su guarda como referente afectivo y garantiza el mantenimiento del vínculo con su madre.

Señalan que AVOME no ha permitido a la actual cuidadora de A., la Sra. Z., presentarse como referente afectivo de la niña alegando con apreciación errónea que la intención de ella fue asumir su cuidado y por eso se propuso como el apoyo de la Sra. L.- y que tampoco se aceptó a la misma como parte en el proceso, desglosándose su presentación, todo lo cual denotó que no se agotaron las instancias necesarias de evaluación a quien se comporta como referente afectivo de la niña.

Expresan que, si bien estas relaciones familiares no son las más comunes, es necesario tener una mirada judicial amplia y flexible a las nuevas conformaciones familiares que se fueron construyendo a partir del amor y cuidado.

Aluden que, en suma, se configura el supuesto previsto por el art. 607 penúltima parte del CCyC, en el sentido de que la declaración judicial de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo de la niña ofrece asumir su guarda y tal pedido es considerado adecuado a su interés superior. Entienden que A. se encuentra plenamente integrada en la realidad familiar y afectiva que le ha facilitado la Sra. Z. -quien ha forjado con ella un vínculo estable y ha garantizado el permanente contacto con su madre- y que la separación de dicho grupo familiar implicaría un evento traumático considerable para la niña.

Ponen énfasis en la situación actual de A. que se encuentra con su familia guardadora/cuidadora y con su madre biológica que está siendo asistida por el apoyo de la Sra. Z., ya que colabora en sus actividades cotidianas, en el mantenimiento del contacto con su hija y se ha constituido en un referente afectivo para ambas de vital importancia, en la construcción de una identidad familiar.

Detallan la vida cotidiana de la niña junto a la Sra. Z. y su relación con su madre, Sra. L..

En tal sentido cuentan que esta última comparte tiempo con su hija los fines de semana en casa de la Sra. Z., salen a jugar, a comprar, a la plaza, la baña, ordenan la habitación, entre otras actividades que realizan juntas; A. concurre a la escuela donde va su madre y esta última asiste a los actos del jardín de la niña; durante la semana almuerzan juntas algunos días en la Casa de Medio Camino, se mandan audios y mensajes de texto; desde el Hospital Pereyra se evalúa un hogar de puertas abiertas para la residencia permanente de la Sra. L. por su situación mental, a fin de contar con la vinculación de A., su asistencia al Centro de Día y a la capacitación laboral; la niña concurre a un jardín cercano al Hospital donde trabaja la Sra. Z. y donde se encuentra su madre y ambas son atendidas por el mismo médico de familia; desde junio del 2.018 no se mantienen encuentros en AVOME pues manifestaron desde esa institución que no era necesario por tener conocimiento de la vinculación que existe en la actualidad entre A. y su madre, propiciados por la Sra. Z.; el 4 de setiembre de 2.018 se citó a la Sra. Z. en el carácter de apoyo de la Sra. L. y se le comunicó que no era necesario seguir evaluando la vinculación entre madre e hija, pues se encontraba todo en manos del juzgado, lo que les generó un gran desconcierto.

III.- A fs. 402/406 contesta la Dirección de Cuidados Alternativos de la DINAf, solicitando que se rechace el recurso de apelación y se confirme la resolución dictada en primera instancia, por los motivos que expresa a los que remitimos en honor a la brevedad.

IV- A fs. 408 toma intervención en esta alzada la titular de la Sexta Asesoría del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, por la Sra. E. L., de acuerdo a la participación en el proceso por su determinación de capacidad. Adhiere a la presentación efectuada por la parte apelante a fs. 389/397.

V.- A fs. 457/458vta. se acepta el hecho nuevo alegado por la apelante y se admiten parcialmente las pruebas ofrecidas por esa parte. Asimismo se fija audiencia para ser oída A..

VI.-A fs. 460 obra acta de la audiencia con la niña.

VII.- A fs. 462/463vta. dictamina el Ministerio Pupilar, por A., solicitando que se admita el recurso de apelación impetrado. Adhiere a la presentación de la recurrente de fs. 389/397.

En síntesis argumenta que la resolución de grado omitió considerar que el mantenimiento de la niña bajo el cuidado de la Sra. Z. era lo más conveniente a su superior interés; que debió otorgarse oportunidad a la actual cuidadora para acreditar si reunía las aptitudes para sumir el cuidado de la niña y que la resolución se dictó sin darse esa posibilidad en violación a lo dispuesto por el art. 607 del CCyC; que la Sra. Z. configura un referente afectivo en los términos

previstos por dicha norma, que ofrece asumir el cuidado de la niña, siendo que también constituye el apoyo de su progenitora, por lo que, sin lugar a dudas, garantiza el mantenimiento del vínculo entre ambas; que, por el tiempo transcurrido, se ha consolidado el vínculo entre la niña y la Sra. Z., que se presenta como indisoluble y muy cercano, lo que surge palmario de la audiencia mantenida con la niña en esta alzada.

VIII- Adelantamos que el recurso de apelación debe prosperar y que, por ende, debe revocarse la decisión que declara la situación de adoptabilidad de la niña A. B. C., quien actualmente cuenta con cuatro años y 10 meses (nacida el 3 de enero de 2.015), próxima a cumplir los cinco años (cfr. fs. 74).

Apreciamos que la situación de la niña fue abordada por el OAL de Tunuyán, cuando contaba con pocos meses de edad, en abril de 2.015, por la falta de cuidados en la que se encontraba residiendo junto a su progenitora; a lo largo de la intervención se constata la inexistencia de familiares que puedan brindarle cuidados acordes a su edad; su madre, la Sra. L., fue internada en el Hospital Pereyra por una descompensación, cuando la niña le fue retirada al encontrarse en situación de calle y al haber advertido la falta de cuidados; se adoptó una medida de excepción consistente en que A. ingresara al Hogar Claveles Mendocinos de Luján de Cuyo.

Tras diversas acciones del órgano administrativo y actuaciones procesales obrantes en esta causa -control de legalidad de la medida, prórroga de la medida de excepción, etc- , se observa que, en junio de 2.016, el órgano administrativo solicita la declaración de legalidad de una nueva medida de excepción adoptada en beneficio de A., consistente en que quede bajo el cuidado de la Sra. M. Z., enfermera del Hospital Pereyra, con la modalidad de familia temporaria (fs. 153/158).

En agosto de 2.016 el órgano administrativo solicita la declaración de la situación de adoptabilidad de A., alegando la inexistencia de familiares que puedan hacerse cargo de ella, la imposibilidad de la progenitora de asumir su cuidado, la necesidad de que pueda contar con un lugar estable y la posibilidad de evaluar el mantenimiento de los lazos afectivos con su progenitora, a través del tipo de adopción que se estime pertinente adoptar.

Luego de otras actuaciones, a las que remitimos en honor a la brevedad, se agregan actas de las audiencias realizadas, en octubre de 2.017 por el juez de grado, con la progenitora de A., Sra. L. y con la Sra. Z., quien la tiene bajo su cuidado. La progenitora solicita que su hija no sea dada en adopción y que sea criada por la Sra. Z., por considerarla como referente afectiva de la niña (fs. 306). Por su parte, la Sra. Z. cuenta sobre el comienzo de su relación con A. en el año 2.015, a partir del ingreso de la Sra. L. al Hospital Pereyra, donde se desempeña como enfermera, relata su relación con la progenitora y manifiesta su conformidad con favorecer la eventual vinculación de A. con una familia adoptiva, siempre que sea gradual y paulatina (fs. 307).

Luego del dictamen del Ministerio Pupilar de fs. 309/312 a favor de la declaración de la situación de adoptabilidad de la niña, se dicta la resolución apelada el 27 de Noviembre de 2.017.

IX.- Atento a los agravios esgrimidos por la apelante, corresponde analizar entonces si en el caso, y a la fecha de la presente resolución, se dan las condiciones necesarias que autorizan a adoptar una decisión tan extrema como lo es la declaración de la situación de adoptabilidad de A., debiendo tenerse presente que, como lo ha dicho nuestra Suprema Corte Provincial en seguimiento de la Corte Federal, las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes (CSN 7/7/1992, ED 148-633; 27/12/1996, ``Chocobar, Sixto c/ Caja Nacional de Previsión JA 1997-II-550. Conf. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, decisiones del 1/12/1998, ``Dolce, María, LS 284-236 publicado en La Ley Gran Cuyo 1999 n° 1 pág. 79, y del 8/6/1999, ``Isaac Cohen y Cía. SRL c/Municipalidad de la Capital, LS 288-411).

Consideramos que se configura el supuesto previsto por el art. 607 del CCyC anteúltimo párrafo, que impide el dictado de una declaración de ese tenor cuando, como en el sublite, existe un referente afectivo de la niña que ofrecer asumir su guarda y ese pedido es considerado adecuado a su interés.

En efecto, el art. 607 del CCyC, en su anteúltimo párrafo, dispone que "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este".

No se soslaya que en el fallo de primera instancia, dictado en noviembre de 2.017, el juez de grado analizó esta cuestión y consideró, entre los argumentos ya detallados, que no se podía considerar a la Sra. Z. como referente afectivo de la niña, por el inicio de su relación con esta última y con su progenitora, de carácter profesional y por haber asumido el cuidado de A. bajo la modalidad de familia temporaria de la DINAF, con la consiguiente suscripción de los compromisos que dicho rol implicaba asumir.

No obstante ello, no puede desconocerse en la actualidad y transcurridos dos años desde el dictado de esa resolución, que la Sra. Z. se constituye como la referente afectiva de la niña quien se encuentra próxima a cumplir los cinco años, siendo que la tiene bajo su cuidado desde temprana edad (antes del año).

Como lo ha manifestado el Ministerio Pupilar, existe entre la niña y su actual cuidadora, un indiscutible y arraigado vínculo afectivo, el que se ha podido visualizar en la audiencia que se realizó en esta Alzada, conforme surge del acta de fs. 460, donde se aprecia claramente el apego y el cariño que A. tiene hacia la Sra. Z..

Las constancias de la causa, la prueba rendida en la alzada (fs. 363/372; 382/384; 386/388) e incluso la que ha acompañado la Dirección de Cuidados

Alternativos de la DINAF al contestar los agravios (fs. 400/401), dan cuenta de la integración familiar y afectiva de la niña junto a la Sra. Z., quien ha promovido y ha facilitado los encuentros y el fortalecimiento del vínculo entre A. y su progenitora, la Sra. L..

Es menester recordar que cualquier decisión de modificación del estado o situación de los niños, niñas y adolescentes, debe adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que dicha medida podría provocar en su desarrollo integral.

En este caso, la declaración de la situación de adoptabilidad de A. y la consiguiente búsqueda de pretensos adoptantes para iniciar el proceso de guarda preadoptiva y consiguiente adopción, no aparece como la decisión más favorable para ella, pues la sometería a una nueva situación de vulnerabilidad, al tener que padecer una desvinculación y otro desarraigo que podría afectar su integridad, identidad y estabilidad emocional.

Como bien lo hace notar el Ministerio Pupilar en su dictamen de fs. 462/463, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior de la niña. De allí surge la exigencia de que ese interés sea analizado en concreto y se decida lo más conveniente, teniendo en cuenta la realidad socio afectiva en la que se encuentra inmersa la niña. Esta última muestra, sin lugar a dudas, que existe un genuino vínculo entre ella y su actual cuidadora, que no puede ignorarse por quienes debemos bregar por la satisfacción y goce efectivo de sus derechos.

En suma, frente al pedido de la declaración de adoptabilidad se cuenta con la oposición de quien ejerce actualmente el cuidado de la niña, que se presenta como su referente afectivo y la anuencia de la progenitora quien reconoce su imposibilidad de cuidar a su hija.

El interés superior de la niña se satisface hoy en día con su preservación en el ámbito familiar donde se encuentra inserta, conformado por su actual guardadora quien, además de ser la figura de apoyo de su progenitora -cfr. autos N°873/17/6F-, ha propiciado el mantenimiento y fortalecimiento del vínculo de la niña con su madre, procurando espacios de encuentro entre ambas (cfr. instrumentales de fs. 400/401).

Conforme al art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño: "Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Se trata del reconocimiento de la familia en su función directriz y orientadora apropiada para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos. Debe

reconocerse el derecho del niño a su familia, teniendo en cuenta la necesidad integradora de mantener la solidaridad familiar y proteger los legítimos afectos que derivan de las relaciones de parentesco.

El art. 7-1 del mismo cuerpo normativo señala: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, continuando el Art. 8-1 como complemento inescindible del anterior que: Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas , para rematar el Art. 9: "Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

El art. 18 coloca en cabeza de los padres o, en su caso, de los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

Por su parte, el art. 3 de la ley 26.061 consagra expresamente el respecto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; el art. 10 el derecho a la vida privada e intimidad en la vida familiar; el art. 11 el derecho a la identidad en tanto que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares y a preservar su identidad e idiosincrasia y "...tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres...salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.... Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional, tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Concluimos, por tanto, que la declaración de adoptabilidad de A. no resulta la decisión que, a la fecha, condice con su superior interés, por cuanto se encuentra bajo el cuidado de una persona que se enmarca en el concepto de ``referente afectivo previsto por el art. 607 anteúltimo párrafo del CCyC, quien ha solicitado asumir su guarda y, además, ha garantizado el mantenimiento y fortalecimiento del vínculo de la niña con su progenitora.

Finalmente, no corresponde pronunciarse en esta causa sobre la guarda judicial solicitada por la Sra. Z., atento a lo que surge de la instrumental acompañada a fs. 373/375 -la que si bien no ha sido admitida formalmente como

prueba, sirve a los fines informativos- y también resulta de la Base del Fuero de Familia que tramita en los autos N°798/18/9F caratulados "Z. M. p/Guarda Judicial en el Noveno Juzgado de Familia", cuestión que deberá analizarse en el proceso civil correspondiente.

Sin perjuicio de ello, dispondremos que el órgano administrativo, a través de las reparticiones correspondientes, continúe con el abordaje de la niña quien seguirá bajo el cuidado de la Sra. M. Z., realizando los controles pertinentes, hasta tanto se resuelva la pretensión de guarda judicial promovida por esta última y/o se decida en forma definitiva su situación familiar.

Por todo cuanto venimos exponiendo concluimos que la resolución apelada en cuanto declara el estado de adoptabilidad de A. debe ser revocada.

X- Por el modo en que se resuelve la cuestión corresponde que las costas de alzada se impongan en el orden causado (arts. 3 inc i) y 35 CPFyVF y arts. 35 y 36 ap. V del CPCCyT).

Por todo lo expuesto la Cámara,

RESUELVE:

I) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 330 contra la resolución de fs. 323/326vta., la que se revoca en los dispositivos I y V, quedando redactados como siguen: "I.- Desestimar el pedido de declaración de la situación de adoptabilidad de A. B. C.; V.- Disponer que el órgano administrativo, a través de las reparticiones correspondientes, continúe con el abordaje de A. quien seguirá bajo el cuidado de la Sra. M. Z., realizando los controles pertinentes, hasta tanto se resuelva la pretensión de guarda judicial promovida por esta última y/o se decida en forma definitiva la situación familiar de la niña.

II) Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y BAJEN.

Dr. Germán Ferrer

Juez de Cámara

Dra. E. Inés Politino

Juez de Cámara