

Y VISTOS

Los presentes caratulados “BRAVO, H. D. CONTRA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA SOBRE REINTEGRO DE MENORES”, Expediente N° 2159/09 y su acumulado “DIRECCIÓN PROVINCIAL DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA SOBRE MEDIDA EXCEPCIONAL. LEY 12967. B., A., B. R., B. A.”, Expediente N° 2188/09, de los que resulta:

La Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia en su carácter de autoridad de aplicación de la ley 12.967 - en adelante “la Dirección Provincial” o la “autoridad de aplicación”- ha propiciado la declaración en estado de adoptabilidad de los niños A., R. y A. B. y el progenitor de los mismos Sr. H. D. Bravo se ha opuesto a tal declaración.

El 24 de mayo de 2011 la Dirección Provincial solicitó el control de legalidad de la Resolución Administrativa N° 30 del 3 de mayo de 2011 por la que resolviera definitivamente la medida excepcional oportunamente adoptada respecto de los niños mencionados por la que fueran separados temporariamente de su progenitor Sr. H. D. Bravo y colocados con una familia sustituta de la localidad de Bigand. En tal decisorio propuso dicha autoridad administrativa que los niños fuesen declarados en estado de adoptabilidad a los fines de acceder a una guarda preadoptiva, sugiriendo que en el ínterin continúen viviendo con la familia sustituta (fs. 320/321).

Mediante Auto N° 3548 del 6 de octubre de 2011 se resolvió aprobar el control de legalidad del mencionado decisorio administrativo y otorgar al progenitor un plazo de quince días a efectos de formular su demanda de oposición a la propuesta efectuada por la autoridad de aplicación, conforme con lo establecido en el Fallo Pleno de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario del 29 de marzo de 2011 (Sentencia N° 776 del Protocolo de este Tribunal, punto 1 apartado

“e” de la parte resolutive¹). Asimismo se dispuso convocar a la entonces titular de la Dirección Provincial, al progenitor y a la Sra. Defensora General Civil (art. 59 CC) a audiencia para el día 24 de octubre de 2011 a las 8:15 horas a efectos de la designación de tutor especial para los niños. Se ordenó también la continuidad de la intervención de la Dirección Provincial en relación a los niños hasta tanto se resolviese en definitiva su situación. Se dispuso además oficiar al Sr. Juez Comunal de Bigand a los fines de cumplimentar con informe ambiental en el domicilio de la familia sustituta y se reiteró a la autoridad de aplicación la necesidad de observar estrictamente los plazos establecidos en la ley 12967 y su decreto reglamentario relacionados con la adopción de medidas excepcionales, sus prórrogas y lapso máximo de vigencia de las mismas.

El Sr. Bravo y su patrocinante la Sra. Defensora General Civil N° 5 Dra. Liliana D’Anna se notificaron personalmente del auto referido (fs. 347), mientras que la autoridad de aplicación fue notificada mediante Oficio N° 5470 recibido el 12 de octubre de 2011 (fs. 348), encontrándose firme.

El 24 de octubre de 2011 se celebra la audiencia antes referida, habiendo concurrido a la misma la Sra. Defensora General Civil N° 1 Dra. Alejandra Verdondoni en representación promiscua de los niños, el Sr. H. D. Bravo y su patrocinante, la entonces Directora Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia Psicóloga Mónica Varetto y la Coordinadora Legal de la Dirección Dra. Mónica Barroso Bonvicini. La autoridad de aplicación propuso que la designación recayera en un abogado elegido mediante la colaboración del Colegio de Abogados de Rosario mientras que el progenitor solicitó que sea su hermano J. C. B., con domicilio en la Ciudad de Funes, mas luego con fecha 27 de octubre de 2011 aceptó que se designe tutor especial por sorteo de una terna

¹ “Declarada la finalización de la medida excepcional por la autoridad de aplicación y para el caso en que se proponga la declaración de estado de adoptabilidad, una vez recibida tal sugerencia el Juez -si entendiere efectivamente finalizada la medida excepcional- constatará la situación del niño y, con citación de los padres, intervención del Defensor General promiscuo y evacuadas las medidas que considere pertinentes, así lo declarará. En caso de oposición de los padres, imprimirá al trámite proceso ordinario y se designará tutor especial para el niño. Hasta tanto se cuente con resolución judicial definitiva de la declaración de estado de adoptabilidad y eventualmente designación de guardador, la autoridad de aplicación continuará en su intervención y efectuará los contactos necesarios con el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción. Firme que estuviere la declaración de estado de adoptabilidad se procederá conforme lo normado en la ley 13093. Una vez determinado el postulante a la guarda preadoptiva se le otorgará una guarda provisoria y se continuarán las actuaciones de adopción”

propuesta por el Colegio de Abogados (fs. 350). En esa misma fecha, el progenitor solicitó se requiriese a la autoridad de aplicación la remisión de la totalidad de las actuaciones administrativas así como todos los informes técnicos y evaluaciones profesionales realizadas e hizo saber que desde que se suspendieran las visitas con sus hijos dejó de percibir la asignación universal por hijo por lo que se encontraban acumuladas en Anses. Por decreto de fs. 352 se ordenó a la autoridad de aplicación remitir la totalidad de las actuaciones en el término de tres días y oficiar a Anses a los fines peticionados debiendo depositar los fondos en el Banco Municipal de Rosario a la orden de este Tribunal y para estos actuados. La autoridad de aplicación fue notificada el 27 de octubre de 2011 (fs. 354) dejándose constancia el 1 de noviembre de 2011 que presentó copia certificada de las actuaciones administrativas conformándose un cuaderno de prueba unido por cuerda (fs. 365)

Con fecha 28 de octubre de 2011 la Dirección Provincial acompañó copia de una presentación efectuada el 4 de marzo de 2011 ante el Fiscal de Turno respecto de un hecho con apariencia de delito contra la integridad sexual de la niña A. B. cuyo autor sería su padre (fs. 355 a 363). De dicho hecho ya se había tomado debido conocimiento al disponerse la suspensión de las visitas entre el padre y las niñas en los conexos caratulados “Bravo, A. (representada por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia. Dras. Varetto y Barroso Bonvicini) contra Bravo D. H. sobre Violencia Familiar”, Expte. 658/11.

La Dra. Beatriz Luisa Jannicelli comparece a fs. 375 en representación de los Sres. J. J. M. y C. T. M. en su carácter de familia sustituta a cargo de los niñas. Señala que el progenitor se hallaría alojado a disposición del Sr. Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción de la 15a Nominación en la Seccional Décima de Policía de Rosario. Asimismo, expone la pretensión de sus representados de obtener la guarda con fines de adopción de los niños. Se ordenó a fs. 377 tenerla por presentada y otorgársele la participación que por derecho corresponda, como así también oficiar al Juez en lo Penal para que remita copia del Sumario N° 177/2011 si procesalmente correspondiere. La Comisaría referida informó a fs. 390 que el Sr. Bravo fue trasladado a la Cárcel de Piñero

A fs. 383 se agrega informe ambiental efectuado por el Sr. Juez Comunal de Bigand en el domicilio del matrimonio M.-G.

El Colegio de Abogados de Rosario elevó una terna para la designación de tutor especial el 5 de diciembre de 2011 (fs. 371).

El Sr. Bravo formuló demanda de oposición a la declaración de estado de adoptabilidad el 20 de diciembre de 2011 y ofreció prueba documental (fotografías que muestran su relación con sus hijos antes de quedar en el Hogar Juan Pablo II, historia clínica de R. y A. del Hospital Provincial, del de Niños e Historia Clínica de A. del Hospital Centenario, controles médicos de sus hijos J. y N. B. y publicación de la revista “El Ángel de Lata” referida a la situación de autos), testimonial de C. D. B. y de la maestra del Jardín de Infantes “La Casa Mágica” llamada K., el informe psicológico de Mauricio Pereyra, psicodiagnóstico familiar a realizarse por la Cátedra de Psiquiatría de Niños de la Facultad de Medicina acerca de su capacidad de ejercer la función paterna, estado de situación de los niños y, mantenimiento de vínculo de origen (fs. 398 a 400).

Por decreto del 20 de diciembre de 2011 se tuvo por formulada demanda de oposición a la que se imprimió trámite ordinario siguiendo los lineamientos establecidos en el Fallo Pleno antes mencionado conocido como “Pleno Bravo II”. Se dispuso también correr traslado al tutor especial –designado que fuere el mismo y aceptado el cargo- y vista de la demanda a la autoridad de aplicación y dar intervención a la Defensora General Civil en representación promiscua (fs. 402). El decreto fue notificado a la autoridad de aplicación el 21 de diciembre de 2011 (fs. 403), mas la vista no fue evacuada.

El 29 de diciembre de 2011 se celebró audiencia para el sorteo de tutor especial haciéndose saber que se designarían dos suplentes para el caso de falta de aceptación o renuncia, resultando nombrada la Dra. Silvina Ileana García y suplentes las Dras. Inés Alicia Belluccia y María José Diana (fs. 405). La Dra. García aceptó el cargo ese mismo día y retiró la totalidad de las actuaciones para su compulsión (fs. 406) compareciendo luego a estar a derecho el 6 de febrero de 2012 (fs. 407).

La tutora especial solicitó el día 22 de febrero de 2012 se

suspendiesen los términos que estuvieren corriendo a efectos de tomar contacto personal con los niños (fs. 409), haciéndose lugar a lo solicitado fijándose audiencia para el 26 de marzo de 2012 a las 9 horas.

La demanda de oposición fue contestada por la tutora especial el 28 de marzo de 2012 (fs. 431) y peticionó que oportunamente se resuelva en favor de declarar en estado de adoptabilidad a los niños A., R. y A. B.. Ofreció prueba instrumental (constancias de autos), audiencia personal del suscripto con los niños y documental (informes médicos de la condición actual de los niños, constancias escolares, fotografías de los niños en su condición actual). Solicitó también se adecuen las actuaciones a la modificación introducida a la ley 12.967 por ley 13.237 la que incorpora el artículo 66 ter².

Por decreto del 28 de marzo de 2012 se tuvo por contestada la demandada de oposición, por ofrecida prueba y se ordenó adecuar las actuaciones del modo peticionado, proveyéndose la prueba ofrecida y convocándose a audiencia de vista de causa para el 2 de mayo de 2012 a las 10 horas mediante Auto N° 772 del 29 de marzo de 2012 (fs. 437). Tanto el decreto como el auto referidos fueron notificados a la autoridad de aplicación el día 30 de marzo de 2012, librándose oficio a la Cárcel de Piñero para que el Sr Bravo fuera notificado (Oficio N° 1338 del 30 de marzo de 2012, fs. 438). El Sr. Bravo, con fecha 19 de abril de 2012, peticionó se postergara la audiencia de vista de causa dada la necesidad de llevar adelante la prueba psicodiagnóstica por él ofrecida, manifestando no haber sido notificado por la Dirección de la Unidad Penitenciaria. Sin perjuicio de requerirse información a la Cárcel de Piñero, se rechazó el pedido dado que de conformidad con su propia actuación el Sr. Bravo se notificó del Auto N° 772/12.

² “En caso de oposición de los padres, tutores, guardadores o responsables de los niños a las medidas propuestas por la autoridad administrativa, el Juez nombrará un tutor especial para el o los niños y, previa aceptación del cargo, le correrá traslado tanto de la medida propuesta como de la oposición formulada, quien deberá evacuarlo y ofrecer prueba en el término de diez días. Si no hubiere oferta probatoria se dictará sentencia en el plazo de cinco días, caso contrario se proveerá la prueba ofrecida y designará audiencia de vista de causa en un plazo no mayor de treinta días, conforme lo establecido en el artículo 413 del Código Procesal Civil y Comercial. / Evacuado el traslado o producida la audiencia de vista de causa el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días, debiendo previamente haber tomado contacto personal con los niños y oírlos conforme a su edad. / Durante la tramitación del juicio de oposición se considerarán prorrogadas las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad administrativa quien deberá continuar interviniendo hasta tanto se dicte sentencia definitiva o el Juez atribuya cautelarmente la guarda de los niños”.

El 2 de mayo de 2012 se celebró la audiencia de vista de causa (fs. 443), habiendo concurrido a la misma la representante promiscua, la tutora especial y la patrocinante del Sr. H. D. Bravo quien manifestó haber solicitado el traslado de su cliente desde el lugar de detención mas que no había arribado al Tribunal. En la audiencia, luego de un prudencial lapso de espera, se abrió el acto llamándose por el Actuario a viva voz tanto al Sr. Bravo como a los testigos propuestos por él, sin que se presente nadie a tal requisitoria, con lo que no existiendo otra prueba que rendir se dejó constancia que los niños serían escuchados por el suscripto y por la Sra. Defensora General en representación promiscua, habiendo solicitado tanto la Dra. D´Anna como la Dra. García se les otorgara plazo de cinco días consecutivos a los fines de presentar minuta de alegatos. Atento a ello, se resolvió otorgar el plazo peticionado y luego correr vista a la Sra. Defensora General para luego pasar a resolución, extremo que fuera consentido por los intervinientes.

Los niños R. J., A. A. y A. L. B. fueron escuchados por el suscripto y por la Sra. Defensora General el 2 de mayo de 2012 conforme consta en acta de fs. 444.

Recibidos los alegatos del Sr. Bravo y de la tutora especial (agregados respectivamente a fs. 446 y 451), evacuada la vista corrida a la autoridad de aplicación (fs. 455) como así también la dispuesta a la representante promiscua (fs. 457), se está en condiciones de resolver, habiéndose ordenado para mejor proveer la remisión de copias de las actuaciones penales más arriba referidas (fs. 458), las que se agregan a fs. 460 a 518.

Y CONSIDERANDO

La autoridad de aplicación de la ley 12.967 tuvo por resuelta definitivamente una medida excepcional y propuso que los niños comprendidos en la misma fuesen declarados en estado de adoptabilidad a los fines de acceder a una guarda preadoptiva, hallándose firme el auto que aprobara el control de legalidad de la finalización y brindara al progenitor de los niños plazo para formular su demanda de oposición, la que efectivamente fue incoada. Habiendo sido sustanciado el juicio de oposición debo expedirme acerca de la situación definitiva de los niños conforme lo establece la ley 12.967 modificada por ley 13.237.

Se ha acreditado en autos que A. A. B., nacida en Rosario el 22 de agosto de 2005 (Acta N° xxxx, Tomo x, Año 2005, Registro Civil Rosario Sección xxxxx, fs. 9), R. J. B., nacida en Rosario el 22 de agosto de 2005 (Acta N° xxxx, Tomo x, Año 2005, Registro Civil Rosario Sección xxxxx, fs. 10) y A. L. B., nacido en Rosario el día 13 de junio de 2007 (Acta N° xxx, Tomo x, Año 2007, Registro Civil Rosario Sección xxxxx fs. 11), son hijos de H. D. Bravo y de S. J. C., como así también que S. J. C. falleció en Rosario el 6 de abril de 2009 (Acta de Defunción N° xxxx, Tomo xxx, Año 2009, Registro Civil Rosario Subsección Defunciones)

Como consecuencia de lo expuesto, el Sr. Bravo es el titular de la patria potestad sobre los niños (artículo 264 inciso 3° del Código Civil) y la Dirección Provincial es la autoridad administrativa facultada para adoptar medidas de protección excepcional conforme lo establecido en la ley 12967, gozando ambos de legitimación suficiente para estar en los presentes actuados. Por otra parte, y conforme lo dispuesto en la ley 13.237, se ha designado tutora especial a los niños a los fines del juicio de oposición incoado.

Tanto en las presentes actuaciones como en las labradas ante la autoridad administrativa, el progenitor ha visto garantizado su derecho de defensa, habiendo articulado los recursos que interpretara necesarios y recibido el patrocinio de la Defensora General Civil N° 5 de Rosario Dra. Liliana D'Anna. Específicamente en el proceso judicial se ha asegurado la participación del progenitor y de los niños de modo activo y con asistencia letrada, cumplimentándose con las garantías establecidas en el apartado 2 del artículo 9° de la CIDN; artículo 27 de la ley 26.061 y art. 25 de la ley 12.967. Así, los niños han sido representados en el juicio de oposición por la tutora especial mencionada, y de modo promiscuo por la Sra. Defensora General Civil N° 1 (art. 59 CC), debiéndose puntualizar que, conforme con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 26 de junio de 2012 dictado en "Recurso de hecho. M., G. c/P., C. A" (M 394 XLIV), no correspondía la designación de abogado del niño.

Los niños fueron oídos tanto por la tutora especial como por la representante promiscua, y previo a la presente también lo fueron por el suscripto (art. 12 CIDN; art. 25 ley 26.061, art. 21 ley 12.967). Para la emisión de este fallo se tendrán en cuenta las opiniones vertidas por los mismos desde la perspectiva de sus

respectivas edades.

Si bien la decisión a adoptarse se acota a la resolución de la situación definitiva de los niños a partir de la propuesta formulada por la autoridad de aplicación y la demanda de oposición incoada por el progenitor, necesariamente debemos ponderar previamente los antecedentes vinculados al desarrollo de la medida excepcional.

1) **La demanda de reintegro y el control de legalidad inicial**

El 20 de agosto de 2009 el Sr. H. D. Bravo, patrocinado por la Sra. Defensora General Civil N° 5 Dra. Liliana D´Anna, solicitó el reintegro de sus hijos menores A. A., R. A. y A. L., quienes, conforme afirmara, habían sido entregados por la autoridad de aplicación de la ley 12.967 a una familia sustituta de la localidad de Bigand (fs. 12 del expediente n° 2159/09).

El Sr. Bravo relató que había conformado una familia junto a S. J. C. y los hijos de ambos, habiendo sido desalojados en febrero de 2008 de la casa que habitaban. En esa circunstancia, la madre y los hijos se alojaron en el Hogar Juan Pablo II como consecuencia de una gestión de la Dirección Provincial. Sostuvo haber estado detenido por tres meses y que su pareja –que padecía de SIDA como así también una de sus hijas- pensó que la había abandonado. Expuso que cuando se encontraron ella le dijo que no quería saber nada más con él. Indicó que la Sra. C. había autorizado a la Dirección Provincial para que en caso de fallecer se ocuparan de sus hijos una pareja que ella había conocido en Bigand en el Hogar “Sol Naciente”, donde habían sido llevados dado que ella no los podía cuidar por su dolencia. De acuerdo a su libelo tardó en enterarse que los niños estaban en Bigand porque en la Dirección Provincial no le daban información y su esposa se la negaba o no le podía contestar por su enfermedad. Aseveró haber ido a Bigand a ver a sus hijos y que fue muy mal recibido por la Directora del Hogar. Solicitó contactarse con los niños y en diciembre de 2008 comenzó a petitionar el reintegro de los niños. Según su parecer la decisión de la madre de dar los niños a una familia sustituta fue adoptada a consecuencia de haberse enterado que él estaba con una nueva pareja de quien esperaba un niño. La madre de los niños falleció el 7 de mayo de 2009 (sic).

Agregó que el 27 de julio de 2009 envió un pedido de informe a la

Dirección Provincial el que le fue respondido el 12 de agosto de 2009 sin que del texto surja que se hubiese adoptado una medida excepcional fundada y comunicada al Tribunal competente respecto de sus hijos, los que, de hecho no estaban con él, quien es titular de la patria potestad de la que no fuera privado. Afirmó que no existía razón alguna para no estar con los niños fundando así su pedido de reintegro.

Al día siguiente, es decir el 21 de agosto de 2009, la Dirección Provincial solicitó el control de legalidad de la medida adoptada en el marco del artículo 65 de la Ley 12967, conformándose inicialmente el expediente N° 2188/09. Relató que la familia Bravo vivió en una pensión céntrica mudándose posteriormente a una casa que subalquilaron en Jujuy y Corrientes de la que fueron desalojados. En abril de 2008 se realizó, por tal motivo, el ingreso de la Sra. C. junto a sus tres hijos al Hogar Juan Pablo II por el lapso de un mes dado que la madre tenía una pensión por discapacidad y habrían estado en condiciones de alquilar. Afirmó la autoridad de aplicación que ello no se concretó dado que el Sr. Bravo tras acompañar a su pareja a cobrar se retiró con el dinero por lo que la madre y los tres hijos debieron ser alojados por un tiempo mayor al previsto. Durante los meses posteriores se desconoció el paradero del Sr. Bravo y la salud de la madre se agravó, dado que era portadora de HIV al igual su hija R.. En julio de 2008 personal del Área de Niñez de la Municipalidad de Rosario localizaron al Sr. Bravo y lo pusieron en conocimiento de la situación de los niños y de la madre, habiéndoles relatado Bravo que había estado detenido pero sin proponer alternativa alguna a la situación planteada. Debido al estado de salud de la Sra. C. comenzaron a buscar una institución para los tres niños, respondiendo también a un pedido expreso de la mamá dado que debía ser operada. El 14 de julio de 2008 los niños ingresaron al Hogar OSMAC de Bigand, con el consentimiento de la madre, no así del padre quien, si bien lo había acordado dos días antes, no se presentó para formalizar la autorización. En esa fecha, la Sra. C. ingresó al Hospital Provincial sin que se concretara una operación dada su situación de salud. Aseveró la Dirección Provincial que el Sr. Bravo vio a sus hijos solo dos veces en seis meses, presentándose luego ante esa repartición pero por nuevas problemáticas con su nueva pareja. Volvió luego en abril de 2009 tras el fallecimiento de la Sra. C..

Los niños, conforme a la presentación de la Dirección Provincial,

fueron afianzando su relación con un matrimonio de Bigand a quienes la Sra. C. conoció en una visita que ella efectuara, autorizando para que salieran por algunas horas con los mismos los fines de semana, creciendo también ulteriormente la relación con la propia Sra. C. quien posteriormente decidió que, hasta tanto ella pudiera recuperarse, sus hijos egresaran del Hogar y conviviesen con el matrimonio mencionado. Así, los niños ingresaron en el Programa “Familia Sustituta” con la familia compuesta por C. M. y J. M., adaptándose bien a tal situación. En abril de 2009 la Sra. C. falleció quedando los niños al cuidado de la familia M.-M. “en virtud de que el equipo técnico consideró necesario plantear como estrategia, ante el pedido de recuperar a sus hijos, el seguimiento y evaluación de la situación a fin de que el Sr. H. D. Bravo pudiese garantizar lo que en vida de la Sra. S. J. C. no había podido darle a sus hijos, pensando en un progresivo retorno de los niños a su familia de origen de modo tal que conlleve el menor costo posible a la subjetividad de los mismos”.

Finalmente la autoridad relató que el 10 de agosto de 2009 se llevó a cabo una visita supervisada entre Bravo -patrocinado por la Dra. D’Anna- y sus hijos en esa repartición pública, desarrollándose con normalidad, mas al finalizar el Sr. Bravo exigió abruptamente que sus hijos le sean restituidos no respetando lo dialogado primeramente con el equipo.

Por Auto N° 2486 del 24 de agosto de 2009 la Jueza Susana Gueiler, actuando en suplencia del suscripto, dispuso la realización de amplios y detallados informe ambientales por la Trabajadora Social del Tribunal en el domicilio de la familia sustituta y que el Defensor General escuchara a los niños (fs. 29). El 31 de agosto de 2009 la Directora Provincial reiteró la solicitud de control de legalidad y, en relación al decisorio antes mencionado, adjuntó informe ambiental de la familia sustituta de esa repartición. Mediante decreto de esa fecha (fs. 39) resolví que, previo a todo trámite y de acuerdo al artículo 63 de la Ley 12967, se remitieran al Tribunal la totalidad de las actuaciones administrativas, haciéndose saber a la Dirección Provincial que en caso de interponer recursos contra las decisiones jurisdiccionales adoptadas por el Tribunal debía estar a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la Provincia, ley 11875 y concordantes.

En el Expediente N° 2159/09 se agregó con fecha 31 de agosto de

2009 un informe ambiental efectuado por la Trabajadora Social del Tribunal en el domicilio del progenitor (fs. 15 y 16). Dicho informe, practicado el 28 de agosto de 2009 en el edificio de pensión donde vivía el Sr. Bravo, dio cuenta que el mismo cohabitaba en una habitación -de un total de 60- con la Sra. N. D. y el hijo común de ambos J. B. B., para entonces de 5 meses, observándose regular estado de conservación y deficientes condiciones de orden y de higiene. En esos mismos actuados y con fecha 4 de setiembre de 2009 la Dirección Provincial hizo saber que las actuaciones administrativas fueron puestas a disposición del Tribunal en los autos sobre control de legalidad (fs. 19), mientras que Bravo el 9 de setiembre de 2009 solicitó un régimen de visita con sus hijos (fs. 21). Como consecuencia de estos dos últimos libelos, se ordenó el 9 de setiembre de 2009 que debía cumplimentarse con lo dispuesto con fecha 31 de agosto de 2009 en los autos conexos N° 2188/09 haciéndose saber a la Dirección Provincial que debía presentar la totalidad de las actuaciones administrativas referidas al día siguiente de recibido el oficio respectivo, el que debía diligenciarse en esa fecha. Se ordenó también al Sr. Bravo que acreditara la interposición del recurso administrativo previsto en el art. 62 de la Ley 12967 y, con carácter cautelar y urgente se le otorgó un régimen de visitas provisorio para con sus hijos el que debía desarrollarse en la Sala de Trabajadoras Sociales del Tribunal los días martes y viernes entre las 10 y las 12 horas, disponiéndose oficiar con carácter urgente al domicilio donde se encontraban los menores por medio de la Policía de la Provincia, haciéndose saber a la familia sustituta referida en los autos conexos que debía cumplimentar lo ordenado en forma estricta.

La Directora Provincial presentó con fecha 14 de setiembre de 2009 (fs. 40) copia certificada de las actuaciones administrativas (fs. 41 a 92). En esa fecha se resuelve acumular ambos expedientes judiciales conforme lo dispuesto en el artículo 340 y ss del CPCCSF, requiriéndose a la autoridad de aplicación la remisión de la resolución por la que adoptara la medida excepcional y su notificación al Sr. Bravo. La Dirección Provincial se notifica de lo resuelto el día 16 de setiembre de 2009, conforme consta a fs. 102.

El Sr. Bravo solicitó a fs. 103 se resolviera el pedido de reintegro dado que la autoridad de aplicación no había adoptado formalmente una medida

excepcional en los términos del artículo 51 de la Ley 12967, sin que existiera resolución ni certeza de las medidas de protección integral que se hubiesen tomado para que los niños permanecieran junto a su progenitor luego del fallecimiento de la madre. Con fecha 8 de octubre de 2009 (fs. 104) se ordenó hacer saber a la Dirección Provincial que debía presentar ante este Tribunal la documentación requerida mediante Oficio N° 3817 del 16 de setiembre de 2009 (resolución por la que adoptara la medida excepcional y su notificación a Sr. Bravo) al día hábil siguiente a la recepción del presente bajo apercibimiento de resolver sin más su petición de control de legalidad y el pedido de reintegro formulado por el progenitor. La Dirección Provincial fue notificada de dicho proveído con fecha 9 de octubre de 2009, conforme consta a fs. 105.

El 16 de octubre de 2009 y atento la no contestación de la Dirección Provincial al requerimiento cursado, Bravo petitionó se resolviese, ordenándose correr vista al Defensor General, la que fue evacuada a fs. 106. La representante promiscua puso de manifiesto que no surgía de las actuaciones el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 12967 solicitando se resuelva a través de un fallo del Tribunal Pleno (art. 63 de la Ley 10160).

El 17 de noviembre de 2009 (fs. 108) se presentaron espontáneamente el Sr. Bravo y su patrocinante y la familia sustituta manifestando haber acordado modificar las visitas transitorias establecidas pautando que el Sr. Bravo vería a los niños los días domingo entre las 10 hasta las 18 horas en la localidad de Bigand, debiendo retirar el progenitor a los niños y reintegrarlos al domicilio de la familia sustituta, conviniéndose la revisión el 7 de diciembre de 2009 a las 12:00 en audiencia fijada al efecto.

1.1. El fallo pleno de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario del 18 de noviembre de 2009 (Pleno Bravo I) y el ordenamiento de las presentes actuaciones

Mediante Auto N° 3763 del 18 de noviembre de 2009 (fs. 109) los Tribunales Colegiados de Familia del Distrito Judicial N° 2 resolvieron establecer - con fuerza vinculante de Tribunal Pleno, referenciado luego como “Pleno Bravo I”- que las pretensiones formuladas por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia en orden a obtener el control de

legalidad de las medidas excepcionales que adopte en uso de las facultades dadas por la Ley 12967 deben presentarse ante los Tribunales Colegiados de Familia acompañándose copia certificada de la totalidad de las actuaciones administrativas incluyéndose la resolución administrativa fundada emitida por esa Dirección Provincial, numerada y fechada, y de la constancia de la notificación administrativa prevista en el artículo 61 de la Ley 12967 de conformidad a la normativa vigente en materia de notificaciones, como así también que las nuevas presentaciones no serían admitidas hasta tanto se cumplimentare con el requisito legal referido y las que se encontraran en curso serían devueltas a la autoridad de aplicación para su regularización en el plazo de tres días hábiles o el que establezca el Juez de Trámite bajo apercibimientos de ley³.

Como consecuencia de dicho fallo se resolvió otorgar a la autoridad de aplicación un plazo de tres días a los fines de presentar copia certificada de las actuaciones administrativas vinculadas a los niños A., R. y A. B. posteriores al 25 de agosto de 2009, incluyéndose copia certificada de la resolución por la que esa Dirección Provincial adoptara la medida excepcional cuyo control de legalidad pretendía, fundada, numerada y fechada, y de la constancia de la notificación administrativa prevista en el artículo 61 de la Ley 12967 de conformidad a la normativa vigente en materia de notificaciones, todo ello bajo apercibimiento de resolver sin más la pretensión articulada (fs. 114), de lo que fue notificada la Dirección Provincial el día 19 de noviembre de 2009 conforme consta a fs. 124. Ante la falta de respuesta, el Sr. Bravo petitionó que se dispusiese el reintegro de sus hijos, y comunicó que el régimen de visitas modificado no pudo cumplirse los dos domingos anteriores porque llovió (fs. 127)

La Subsecretaria Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia Sra. Marcela D'Angelo adjuntó el 7 de diciembre de 2009 copia certificada de una resolución del 2 de diciembre de 2009 emitida por la Dirección Provincial de adopción de una medida excepcional respecto de los niños B., copia de la

³ Las principales aristas de este Pleno fueron luego receptadas, en su parte respectiva, por el Decreto N° 619 del 30 de abril de 2010 reglamentario de la ley 12.967, donde se pauta con claridad que la resolución administrativa por la que se adopta una medida excepcional es un acto administrativo emanado de la autoridad competente, el que debe cumplir los requisitos formales de un acto administrativo (reglamentación artículo 60).

notificación administrativa prevista en el artículo 61 de la Ley 12967 y copia de las actuaciones administrativas posteriores al 25 de agosto de 2009, lo que se agrega a fs. 133 a 146.

El 7 de diciembre de 2009 se celebró la audiencia oportunamente convocada con la presencia del Sr. Bravo y su patrocinante, la Sra. Directora Provincial y el equipo interdisciplinario de esa repartición compuesto por la Dra. Noelia Dieguez, la Psicóloga Mariela Marquet y el Trabajador Social Gabriel Di Leo, y la familia sustituta conformada por los Sres. C. T. M. y C. T. M., en la que se acordó brindar al Sr. Bravo plazo para interponer recurso administrativo de reconsideración contra la resolución adoptada por la Dirección Provincial y la continuación del régimen de visitas provisorio en la Sala de Trabajadores Sociales del Tribunal, resolviéndose que firme que estuviere la resolución administrativa y previa vista a la Defensora General en representación promiscua, pasarían los autos a resolución (fs. 147).

La Dirección Provincial acompañó el 17 de diciembre de 2009 copia de la audiencia mantenida el día anterior en la que se recibiera el recurso de revocatoria administrativo presentado por el Sr. Bravo (fs. 150), copia de dicho recurso (fs 151) y de la resolución administrativa por la que se ratificara la medida excepcional oportunamente dispuesta (fs. 153/154), y solicitó se resolviera el control de legalidad pretendido.

Por Auto N° 4555 del 30 de diciembre de 2009 se resolvió no hacer lugar al pedido de reintegro de los niños y ratificar la medida excepcional con ciertas observaciones formuladas en los “considerandos” del decisorio.

1.2. Rechazo de la demanda de reintegro

Para el rechazo del pedido de reintegro formulado por el padre se tuvo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad no tiene carácter absoluto y se encuentra sujeto a limitaciones o restricciones conforme las circunstancias específicas de cada caso, siendo una de dichas limitaciones la pauta tanto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁴ y receptada tanto por la ley

⁴ “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

nacional 26.061 como por la provincial 12.967 al prever la posibilidad que la autoridad administrativa adopte medidas excepcionales sujetas a control de legalidad del Poder Judicial⁵. En tanto la facultad dada al Poder Judicial respecto del control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad de aplicación es la de ratificarlas o rechazarlas (art. 65) y, para el caso de rechazo, es la autoridad administrativa quien debe proceder al reintegro de los niños (art. 66), correspondía así el rechazo de la pretensión de reintegro.

1.3. Control de legalidad inicial

La aprobación del control de legalidad de la medida excepcional encontró sustento en la interpretación amplia que del mismo se efectuara, entendiéndolo como comprensivo tanto del cumplimiento de los requisitos formales previstos en la normativa como así también como control de razonabilidad, tal como luego fuera receptado por la ley 13.237. En el caso, el sustento excluyente que permitiera dicha aprobación radicó en considerar razonable la decisión administrativa, dado que en lo que hace al cumplimiento de los requisitos formales las actuaciones administrativas observaban marcados errores posteriormente subsanados. Dichas deficiencias ya habían sido puntualizadas en el Pleno Bravo I, remarcadas por la representante promiscua en su opinión de fs. 106 y detalladas en el Auto 4555/09 que aquí se describe. Se puso de relieve la necesidad de emisión de una resolución administrativa fundada, numerada y fechada, y de su notificación, como así también que en el caso particular la autoridad de aplicación acompañó la resolución administrativa diez meses después que la Sra. C. autorizara el ingreso de los niños al Programa de Familia Sustituta (fs. 75) y ocho meses después del fallecimiento de la madre agregándose que “Es tal la indeterminación de las actuaciones administrativas por la falta de emisión de la resolución que no puede establecerse cuándo fue adoptada la medida excepcional de separación temporal de los niños respecto de su progenitor”.

necesaria en el interés superior del niño (inciso 1º del artículo 9º)”

⁵ Debemos recordar aquí que las medidas excepcionales (artículo 51 de la ley 12.967) son aquellas subsidiarias y temporales que importan la privación de la niña, niño o adolescente del medio familiar o de su centro de vida en el que se encuentra cuando el interés superior de éstos así lo requiera, teniendo por objeto la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y sólo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular.

1.3.1 **Control de legalidad formal**

La medida excepcional, cuya resolución reitero data del 2 de diciembre de 2009, consistió en la separación temporal de la convivencia de los niños con su padre, continuando incluidos en el Programa Familia Sustituta, estableciéndola por un plazo de noventa días durante el que debían coordinarse estrategias de seguimiento entre el Equipo Interdisciplinario, Equipo Técnico Área Programa Alternativo Familia Sustituta dependiente de esa Dirección y equipo técnico Área de Niñez de la Municipalidad de Rosario (fs. 133/135). En el auto de aprobación se puso de relieve que el decisorio administrativo había establecido un plazo de noventa días como si nunca antes en los hechos se hubiere adoptado medida alguna, “estando así en franca contradicción con lo afirmado en autos por la propia Dirección Provincial quien al inicio de las actuaciones hizo referencia a la existencia de una medida excepcional ya dispuesta”. Ello fue resaltado por el Sr. Bravo en su recurso administrativo (fs. 151), habiéndose remarcado en la resolución 4555/09 que ello no fue analizado por la autoridad de aplicación al rechazar el recurso administrativo de reconsideración, señalándose que en un sistema republicano tanto la autoridad administrativa como la judicial deben adoptar medidas debidamente fundadas, explícitas y demostrativas de las ponderaciones efectuadas, debiendo ser lo resuelto una consecuencia lógica de los argumentos vertidos por dicha autoridad. Luego se subrayó que “Aún cuando la medida adoptada responda, como más abajo se analizará, al mejor interés de los niños, la actuación del Estado Provincial debe velar por el cumplimiento de la totalidad del sistema normativo vigente, asegurando los derechos de todos los involucrados en el procedimiento administrativo, sin que la urgencia, la necesidad o los requerimientos propios del caso sean suficientes para justificar la falta de cumplimiento de ciertas normas administrativas, más aún cuando ellas se relacionan con garantías constitucionales”.

1.3.2. **Control de razonabilidad**

La razonabilidad de la medida fue la que viabilizó la aprobación judicial de la misma.

Es conveniente reiterar en qué consiste el control de razonabilidad: en el Auto N° 836 del 4 de abril de 2012 dictado en autos “Fernández, V. B.

DPPDNAF sobre Medida de Protección Excepcional de Derechos”, Expte. 706/12, me he referido al alcance del control de legalidad, conforme actualmente lo prevé el artículo 65 de la ley 12.967, modificado por ley 13.237. Señalé que el control de legalidad previsto se enmarca dentro de las facultades que la ley asigna al Poder Judicial vinculadas con el control de los actos de la administración pública el que es asignado en algunos casos a la Corte Suprema de Justicia o a las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo por la vía contencioso administrativa, en otros a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial por medio del recurso de amparo, y en este a los jueces de familia respecto de los actos administrativos dispuestos en el marco de la ley 12.967, su modificatoria y decreto reglamentario. En tanto el control de legalidad formal refiere a la observancia por la administración pública de los requisitos y formas establecidos por la ley 12.967 y su reglamentación. En dicho decisorio, y sin pretensión de ser taxativo, enuncié que las medidas excepcionales deben responder satisfactoriamente al menos a veinticinco preguntas vinculadas a la legalidad formal, sin perjuicio de remarcar que la falta de cumplimiento de algunos de tales extremos no importa por sí mismo el rechazo de la medida, sino que ello debe ser ponderado en función del peso específico de la anomalía detectada, su impacto en una eventual vulneración de garantías constitucionales y, por sobre todo, a la luz del control de razonabilidad.

En el caso “Fernández” se dejó sentado que el control de razonabilidad de las medidas excepcionales forma parte constitutiva del control de legalidad, tal como sostuviera en el ya mencionado Auto N° 4555/09 y fuera así entendido en el acuerdo alcanzado ante la Presidencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario y la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia y la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2a Circunscripción el 9 de diciembre de 2010 que luego se viera reflejado en el Pleno “Bravo II” y receptado por la ley 13.237 al modificar el artículo 65 de la ley 12.967.

Sin embargo, el fondo pasa por determinar el alcance del “control de razonabilidad”. Luego de analizar opiniones doctrinarias de reconocidos administrativistas y constitucionalistas como así también fallos de nuestro más Alto Tribunal, señalé que “el control de razonabilidad, en esta materia que nos ocupa,

debe ser efectuado desde la perspectiva de los derechos y garantías tutelados por la Constitución Nacional y por la Convención Internacional de los Derechos del Niño - siendo siempre oportuno remarcar su jerarquía constitucional- amén de los principios y normas propias del derecho administrativo. Es en dicho juego de normas constitucionales, tanto las que hacen a la división de poderes como a las que protegen el interés superior del niño como sujeto de derecho, en que debe conceptualizarse el control de razonabilidad”. En ese orden, conforme lo puntualizado en el decisorio referido, el control de razonabilidad es una facultad propia del Poder Judicial sin que de modo alguno pueda concebirse como una vulneración del paradigma de la protección integral conforme lo reflejara la ley 26.061 o como un renacimiento de las normas del Patronato en tanto si el Poder Judicial no pudiese controlar las decisiones discrecionales de la Administración Pública correríamos el riesgo de caer en una suerte de “Patronato de la Administración Pública” y allí sí se vulnerarían los principios emergentes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y receptados por la ley 26.061.

Es la propia Convención la que da una pauta nítida en el sentido más arriba indicado en tanto su artículo 9º expresa que *“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”*. Así, el rol asignado al Poder Judicial es de una “revisión” de lo actuado por la autoridad administrativa y no de una mera compulsión de cumplimiento de requisitos formales.

Sin embargo, ese control no importa sustituir las facultades propias de la Administración habiendo establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los tribunales no están habilitados para sustituir la decisión administrativa con base en la distinta opinión que el tribunal pudiera sustentar⁶. De ese modo, el juez que ejerce el control de legalidad no está facultado para reiterar en sede judicial las actividades que la ley le asigna al Poder Ejecutivo, o para suplir su omisión. Sí, en cambio, puede solicitar a la autoridad de aplicación la realización de ciertas medidas o diligencias que considere faltantes o necesarias. Ello no importa que ante una

⁶ Fallos 304:721, 27/05/1982, El Panamericano, S. A. c. Gobierno nacional

eventual inacción absoluta de la autoridad de aplicación o ante situaciones de urgencia o emergencia que se le presenten, no pueda adoptar medidas provisorias y transitorias en pos de asegurar el superior interés del niño.

A efectos de establecer pautas en cuanto al control de razonabilidad, se toman en “Fernández” conceptos desarrollados desde el derecho constitucional en cuanto al **control de razonabilidad** o proporcionalidad de las normas: “hay acuerdo en definir a la proporcionalidad en sentido amplio como una prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: **a) idónea, b) indispensable, y finalmente, c) proporcionada**. Cada uno de los tres principios que integran la máxima (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis distinto en su aplicación: el medio ha de ser adecuado en relación con el fin; necesario -el más moderado- respecto de todos los medios igualmente eficaces y proporcionado, en la ecuación costo-beneficios y en el respeto del contenido de los derechos involucrados”, conforme expresa Cianciardo⁷. Se agregó que dicho autor expresa que, siguiendo la nomenclatura corriente en el derecho europeo continental, componen la máxima de razonabilidad tres subprincipios o juicios: el juicio de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad *strictu sensu*. Conforme al juicio de adecuación se requiere que toda medida tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. Por el juicio de necesidad se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces, debiéndose adoptar la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos. Finalmente, el juicio de proporcionalidad *strictu sensu* consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, entendiéndose por “relación razonable” un juicio de balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida”⁸.

⁷ Cianciardo, Juan “El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad”, página 25, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004

⁸ Cianciardo, op. Cit., págs.. 62 y ss. Fueron citados también dos fallos de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo (“Edelmann, Wilfredo c. Ministerio de Defensa, 11/04/1997, La Ley 1997-F-713, Doctrina Judicial 1198-3-468 y “Marengo, Guillermo J. c. Ministerio de Acción Social y Salud Pública, 16/04/1998”, La Ley Online AR/JUR/5180/1998), en los que se estableciera que “toda la actividad de la Administración Pública es controlable o revisable por el Poder Judicial, pero, cuando se trata del ejercicio de actividades discrecionales, varía el alcance o extensión de tal control” (Coviello, Pedro J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en “Control de la Administración Pública”, pág. 717, Ediciones

El control de razonabilidad de la medida excepcional originaria, en las presentes actuaciones, fue efectuado en consonancia con los criterios que luego fueran descriptos en “Fernández”. Así, se pautó que la medida excepcional lucía razonable no solo a partir de la propia decisión de la progenitora sino por la conducta del padre la que, conforme a lo informado por distintos organismos públicos, no fuera consecuente con las obligaciones propias de quien ejerce la patria potestad.

Amén de evaluar las constancias de las actuaciones administrativas, se tuvo en cuenta el expreso consentimiento brindado por la Sra. C. para que sus hijos sean ubicados en el Programa Familia Sustituta, conforme consta a fs. 75, obrando a fs. 76 copia del acta que suscribiera la Sra. M. y el Sr. M. asumiendo la responsabilidad que en el marco de dicho Programa se le estableciera respecto de los niños y el informe ambiental practicado en la vivienda de la familia sustituta ampliamente favorable a dicho grupo familiar, desprendiéndose que se encontraba debidamente conformado, gozando de muy buen concepto en la comunidad en la que habitan (fs. 70).

Se evaluó entonces como razonable a la medida adoptada y se aprobó, aún con las anomalías administrativas referidas, habiendo adquirido firmeza el auto aprobatorio en tanto luego se rechazara un recurso de aclaratoria interpuesto por el Sr. Bravo a fs. 169 (Auto N° 227 del 19 de febrero de 2010, fs. 171).

2. Desarrollo de las visitas y prórroga de la medida excepcional

El 23 de marzo de 2010 la Trabajadora Social del Tribunal efectúa un informe acerca de las visitas pautadas entre el padre y los niños (fs. 177). Señaló que los encuentros se iniciaron el 15 de setiembre de 2009, los días martes y viernes de 10 a 12 horas, modificándose luego por un breve período en diciembre de 2009 en función de un acuerdo para que se realicen en Bigand, sistema que no prosperó. La Trabajadora Social observó en el progenitor una actitud parca, introvertida, con escasa predisposición a aceptar las sugerencias o indicaciones dadas y por momentos denotando cierta incomodidad y /o disconformidad de permanecer en ese ámbito. En la relación con sus hijos el diálogo era escaso, se mostraba tolerante,

permisivo, con dificultad para su contención ante caprichos o llanto, para atender sus demandas, organizar actividades lúdicas, solicitando la colaboración de la Sra. Celia M. para ir al baño; los niños se dispersaban y se relacionaban con otros niños de la Sala y con las Trabajadoras Sociales, mostrándose inquietos y recurriendo a Celia y a Juan M. quienes los contenían e incentivaban para que continuaran junto al padre.

Al respecto, refiere que la presencia de la familia sustituta no obstaculizó ni interfirió en el acercamiento de los niños al padre, motivándolos e incentivando a que se acerquen, lo saluden, jueguen y permanezcan en la Sala con el mismo; la relación entre ambos y el padre fue calificada de cordial y afectuosa. Señaló que el Sr. Bravo a partir de que comenzó a percibir la asignación universal por hijo entregó a los niños prendas de vestir, zapatillas y juguetes que los mismos recibieron con entusiasmo y se los vio utilizarlos en visitas posteriores. La pareja del Sr. Bravo con el pequeño hijo de ambos participó de algunos encuentros, apareciendo el niño como el centro de atención de sus hermanos lo que dio lugar a que por momentos disfrutaran de las actividades que organizaban los adultos. Describe a A. como expresiva, sociable, demandante, reconocedora de su progenitor a quien se acercaba, se sentaba en su falda, compartía algún juego, dialogaba y solía recordar algunas situaciones vividas en la familia, buscaba la compañía de otros niños de la Sala y ante algunas necesidades recurría a la Trabajadora Social o salía al pasillo al encuentro de Celia y Juan a quienes identificaba como “mi mamá Celia y mi papá Juan, agregando que en algunas oportunidades necesitó la intervención de la Trabajadora para ingresar a la Sala notándose angustiado y aferrado a Juan y Celia. Respecto de R., melliza de A., señala que es de contextura física menor a la de su hermana, presentando dificultad en el lenguaje habiendo dejado para la época de usar pañales; reconoce a su papá como tal, se acerca y por momentos muy acotados juega con el mismo, entreteniéndose generalmente sola; con Juan y Celia se desenvuelve con mayor naturalidad, confiada, se la escucha conversar y ser demandante con ambos. En cuanto a A. refiere que se interesaba por la actividad lúdica propuesta, mantenía distancia de su padre, se mostraba caprichoso, enojándose con su papá si lo quería tener en brazos o le llamaba la atención; organizaba su juego, deambulaba por la sala y buscaba mayormente la compañía de Celia y Juan con quienes se mostraba muy vinculado afectivamente y los identificaba como mamá y papá. Los niños asistían muy prolijos y aseados,

provistos de galletitas, gaseosas, pañales y otros elementos de uso, solían hacer referencias a situaciones dadas en el domicilio del matrimonio M., evidenciando un sentido de pertenencia a ese contexto hogareño y vinculación afectiva al mismo.

El 3 de junio de 2010 el Sr. Bravo solicitó una ampliación del régimen de visitas. Afirmó que las visitas pautadas en diciembre de 2009 para realizarse en Bigand no pudieron continuarse dado que debía estar con los niños deambulando por la plaza, calles o bares sin tener lugar donde alojarse, implicándole ello también gastos extraordinarios de dinero que no podía afrontar, incomodidad para los niños sumándose a ello el mal tiempo. Entendía también que la Sala de Trabajo Social no era el lugar ideal y que luego de nueve meses la relación afectiva debía afianzarse compartiendo otras actividades. Pretendía retirar las niñas cada quince días los días y viernes y reintegrarlas a Bigand el día domingo siguiente. Por decreto del 3 de junio de 2010 se ordenó hacer saber lo solicitado a la autoridad de aplicación de la ley 12.967 en tanto la implementación de lo peticionado podría afectar la medida excepcional dispuesta (fs. 187)

Por Auto N° 2280 del 11 de agosto de 2010 fue aprobada la prórroga de la medida excepcional adoptada por la autoridad de aplicación mediante Resolución Administrativa N° 29 del 17 de mayo de 2010 nuevamente con observaciones formuladas en los considerandos y señalándose a la Dirección Provincial que debía acompañar al Tribunal en el término de diez días copia certificada de la totalidad de las actuaciones administrativas efectuadas desde la foja 130 en adelante e informar si se había emitido una nueva resolución de prórroga o situación actual de la problemática familiar (fs. 243 a 246).

La prórroga tenía por objeto que los niños continuaran incluidos temporalmente en el Programa Familia Sustituta con seguimiento de la situación a partir de la coordinación de estrategias entre los equipos intervinientes. La resolución administrativa fue recurrida por el Sr. Bravo y rechazado el recurso por Resolución N° 35 del 1 de junio de 2010 fundándose principalmente en un informe del equipo interdisciplinario actuante suscripto por la Psicóloga Mariela Marquet, la Abogada Sofía Araujo y el Licenciado en Trabajo Social Gabriel Dileo (obrante a fs. 207, fs. 113 del expte. administrativo). En dicho informe se afirma que “el Sr. Bravo no ha sido consecuente con las obligaciones emergentes que le competen en el

ejercicio de la patria potestad, atento a que no ha mostrado conducta apropiada respecto de sus hijos”. Se puso de relieve también allí la existencia de un informe del Hospital Víctor J. Vilela que subrayaba el progreso que desarrollaron los niños conviviendo con la familia sustituta, revirtiéndose fundamentalmente la enfermedad de R. quien requiere cuidados especiales en lo referente a la ingesta de alimentos e higiene. Se señaló que “fue en virtud de dar concreción a las estrategias formuladas con el objetivo de afianzar el vínculo entre el Sr. Bravo y sus hijos, como una primera instancia que posibilite el futuro reintegro de los mismos a su familia de origen, que se realizaron infructuosas tareas que si bien, en su mayor medida fueron propuestas por el Sr. Bravo, no pudieron ser sostenidas ni garantizadas (como por ejemplo la propuesta de inicio de tratamiento psicológico y gestión de turnos desde esta Dirección a su vez, se sucedieron entrevistas en las cuales el Sr. H. D. Bravo se manifestó siempre de manera agresiva, imponiendo sus ideas, rechazando toda posibilidad o propuestas pensada por el equipo manteniendo una actitud defensiva, inaccesible y amenazante)”. Destacó el equipo el marco que les brindaba a los niños la familia sustituta, y el progreso demostrado por ellos, entendiendo que “tales progresos, junto a la imposibilidad del Sr. Bravo de asumir y efectivizar sus obligaciones básicas en relación a lo que implica el ser padre, dan sustento a la convicción de dar continuidad en la convivencia temporal de los niños en el ámbito familiar donde se encuentran”. Agregaron que: “Entendemos que, es menester preservar el contacto de los niños con su padre, mediando visitas pautadas, conforme el interés superior de los niños lo indique, como asimismo la continuación del tratamiento psicológico que se encuentra realizando el Sr. Bravo, según refiere, para poder en lo inmediato evaluar el retorno definitivo o no de los niños a su familia de origen”.

En el auto aprobatorio de la prórroga se volvió a remarcar ciertas deficiencias en las actuaciones administrativas las que debían dar cuenta del accionar desplegado por la administración pública en la situación de los niños B. y de su progenitor en pos de garantizar el derecho de los niños a ser cuidados por sus padres (artículo 7 CIDN). Así, se señaló que “Es un tanto trabajoso desentrañar cuál ha sido la ponderación que de las actuaciones producidas entre la medida excepcional y su prórroga efectuara la autoridad de aplicación cuando los

“considerandos” de la decisión administrativa son expuestos como una práctica relaboración de los distintos párrafos que integran el informe del equipo interdisciplinario”. Se recordó también que la ratificación de la medida excepcional fue dada con ciertas observaciones efectuadas en los considerandos de la misma y se puso de relieve lo dictaminado por la representante promiscua a fs. 225 en cuanto a que “si bien el estado de los niños justifica la prórroga de la medida excepcional, sin perjuicio de ello la Dirección deberá informar en el término de tres días respecto de las acciones producidas sobre el grupo familiar originario para facilitar y propiciar el cese de aquellas, ya que no se pueden mantener sin proponer las conductas a seguir” (fs. 225)

También en el mencionado decisorio se destacó que la prórroga de la medida excepcional ya se encontraba vencida aún tomando como punto de partida la resolución administrativa originaria y no el momento mismo en que los niños fueron ingresados al Programa Familia Sustituta como así también si se tomara erróneamente como fecha para el cómputo del plazo el rechazo de la revocatoria intentada. Se remarcó que “Sin perjuicio de lo expuesto y atento la información brindada por las Trabajadoras Sociales del Tribunal y aún con la más que deficitaria documentación administrativa arrimada, coincido con la Sra. Defensora General respecto de la necesidad de confirmar la prórroga dispuesta, ordenándose a la autoridad de aplicación acompañe al Tribunal en el término de diez días copia certificada de la totalidad de las actuaciones administrativas efectuadas desde la foja 130 en adelante e informe si se ha emitido una nueva resolución de prórroga o situación actual de la problemática familiar”, resaltándose que “La Dirección Provincial debe cumplimentar acabadamente con las observaciones efectuadas por el Poder Judicial a la hora de realizar el control de legalidad de las medidas que adopta, extremo que debe ser observado específicamente al momento de ponderar las solicitudes de control de legalidad de las prórrogas de medidas excepcionales, siendo el accionar del Poder Judicial, como ya quedara establecido en los presentes, no una mera confrontación de normas sino, por sobre todo, un análisis de la razonabilidad de las medidas dispuestas por la administración pública”.

El 28 de junio de 2010 el Sr. Bravo informa que la autoridad de aplicación no efectuó contestación alguna respecto de su pedido de modificación del

régimen de visitas pese a estar debidamente notificada (fs. 231). Al día siguiente la Trabajadora Social comunicó que en esa fecha el Sr. Bravo no concurriría a las visitas dado que se hallaba internado en el Hospital Clemente Álvarez (fs., 232). El 23 de julio de 2010 la Trabajadora Social informa que la Sra. M. había comunicado la imposibilidad de concurrir a las visitas del 20 de ese mes en función de encontrarse enfermo su marido, reiterándolo respecto de las visitas del día 23, aceptando una propuesta de concretarlas en Bigand lo que le fuera comunicado a la patrocinante del Sr. Bravo (fs., 234).

El 19 de agosto de 2010 la Trabajadora Social efectúa un nuevo informe sobre las visitas (fs. 247). Señala que se registraron incumplimientos ocasionales de parte del matrimonio M. en función de diversas razones, fallecimiento del padre del Sr. M., motivos laborales y de salud, habiéndose compensado uno de los días mediante una visita realizada el 24 de julio de 2010 en Bigand; como así también una ausencia del Sr. Bravo por haberse encontrado internado. Relata que “se ha observado en el transcurso de estos meses una actitud más participativa del progenitor en el juego, ante las demanda de sus hijos, sobre todo con los niños R. y A. que durante los primeros meses se mantuvieron distante, dando lugar a una mayor comunicación entre los mismos, mas familiaridad en el trato y a que comenzaran a resgitarlo como su “otro papá”, por cuanto aparece muy incorporado en los niños la figura de familia junto al matrimonio M.. El Sr. Bravo comenzó a prescindir del acompañamiento de Celia en lo que respecta a llevar a los niños al kiosco donde habitualmente le comprar golosinas, llevarlos al baño, cambiarlos y en la atención de lo que surja en el momento, dándose situaciones que suelen superar su capacidad de atención y contención sobre todo cuando los niños se agreden entre ellos o pierden el interés por el juego a lo que se suma cierto abatimiento, cansancio dado que se levantan alrededor de las seis de la mañana y deben viajar aproximadamente de 100 km para visitar al progenitor”. Continúa exponiendo que “la esposa del Sr. Bravo durante su embarazo concurrió en reiteradas oportunidades a la Sala, advirtiéndose un marcado distanciamiento entre ambos que incluso llamó la atención de la niña A. que les preguntó “por qué estaban enojados”, la señora siempre se mostró afectuosa con los niños y atenta al desenvolvimiento de los mismos; a partir del nacimiento de N. B., el progenitor trae

consigo a Jeremías de un año y medio de edad, que es muy tranquilo, se entretiene y sus hermanitos tienen momento junto al niño”. Informa que en su presencia **no ha surgido de parte del progenitor interés o necesidad de conversar con los cuidadores de sus hijos sobre cuestiones de salud, escolaridad, comportamiento de los mismos,** siendo su actitud reservada y a diferencia de otros momentos evita el diálogo y relacionarse con los mismos.

Sobre la situación particular de cada niño: “A. desde hace unos meses manifiesta que no quiere quedarse en la sala, que no quiere ver a su papá y que él es malo, los abandonó, debiendo Celia convencerla para que ingrese, contenerla y asegurarle fundamentalmente que volverá a buscarlos. Su comportamiento difiere totalmente de los primeros encuentros, deambula por la sala, juega sola, y a cada una de las T.S. le ha manifestado sus deseos de no quedarse y haciendo especialmente hincapié “que a este papá no lo quiere”. **Respecto de las actitudes de A., Celia refirió que la niña le cuenta que el papá le comenta sobre su historia familiar, sobre sus deseos de llevarlos a vivir con él lo cual le provoca angustia, miedo, pesadillas,** su resistencia a quedarse y además las descomposturas del viaje que la motivó a que nuevamente concurriera a la psicóloga que ella consulta para brindarles una adecuada atención a los niños. **En la niña R. se observa un notable desarrollo físico y de su lenguaje, mostrándose más comunicativa y sociable. R. si bien tiene una actitud de acercamiento al papá –juega, permite al papá un abrazo, un beso- en uno de los encuentros dado últimamente expresa que no desea ingresar debiendo nuevamente intervenir Celia, quien la tranquiliza diciéndolo lo mismo que a A. en cada visita, como también se la escucha decirle al padre “vos sos malo”, “no te quiero”, comenzando nuevamente a no controlar esfínteres.** A. durante los encuentros por momentos se muestra tranquilo, entusiasmado con el juego, compartiendo alguna tarea con su papá, con las hermanas y en su desconsuelo cuando llora llama a la madre refiriéndose a Celia”.

Agrega la Trabajadora Social que la familia sustituta informó que los niños concurren a un Jardín de Infantes, excepto los días que viajan a Rosario dado que llegan muy cansados; R. recibe atención fonoaudiológica y continúa con su tratamiento en el Hospital de Niños Víctor J. Vilela logrando una buena evolución que se advierte en su crecimiento físico e intelectual. Se informa que los niños

continúan concurriendo muy aseados, prolijos, denotando estar muy cuidados, protegidos y recibir en el contexto de la familia sustituta una adecuada atención de sus necesidades afectivas y materiales. Refiere que “el tiempo transcurrido de permanencia de los niños en el hogar del matrimonio M. ha dado lugar a un fuerte vínculo afectivo y de relación de permanencia para con ese hogar, sumándose la familia extensa a quienes los niños mencionan como sus abuelos, tíos, primos, vivenciando cotidianamente una realidad familiar de la cual se sienten integrados, contenidos y afianzados a ese contexto. De los tres niños, A. es tal vez quien mejor comprensión tenga de su realidad familiar, expresando a través de su comportamiento y sus dichos sus temores a cambios y nuevas pérdidas; en R. aparece su incontinencia como síntoma o modo de expresar lo que siente y para A., la situación dada por su edad aún puede ser confusa, incomprensible, por cuanto sus papás son sin duda Juan y Celia, quienes se hacen cargo del niño desde que contaba con apenas un año de vida”. **Concluye expresando que “los niños están atravesando una situación de suma vulnerabilidad que amerita en este proceso de vinculación con el papá, del abordaje psicológico del progenitor y de los niños a efectos de que se evalúen las condiciones subjetivas de los mismos en función a propender medidas tendientes a preservar su salud psicológica y el mejor interés del menor”**

El Sr. Bravo presentó un recurso de revocatoria ante el Pleno respecto de la Resolución N° 2280/10 aprobatoria de la prórroga administrativa de la medida excepcional, evaluándola de incongruente y contradictoria, solicitando el rechazo de la prórroga y el reintegro de sus hijos, como así también disponiéndose visitas más amplias poniendo de relieve que la autoridad de aplicación no dispone de sitios para la reunificación familiar y cuando se tendieron lazos para que las visitas se realicen en forma más amable para todos en el Centro de Acción Familiar N° 20 la Dirección Provincial no hizo nada para que se concretaran. Propuso también la intervención de la Cátedra de Psiquiatría de Niños de la Facultad de Medicina y comunicó que se encontraba concurriendo al consultorio del psicólogo Mauricio Martín Pereyra del Centro de Salud N° 26 adjuntando un informe del mismo (fs. 252). De lo solicitado se corrió vista a la Sra. Defensora General quien puntualizó que “entiendo que corresponde revocar la resolución n° 2280/10 en cuanto mantiene la medida de excepción habiéndose vencido todos los términos de ley sin que se

hayan producido de parte de la Dirección Provincial ninguna medida de las previstas en la normativa y reiteradamente solicitadas por esta representación promiscua. Las medidas excepcionales se justifican en tanto se trabaja con el grupo familiar originario para salvar los obstáculos que fundaron el procedimiento precautorio, pero no es el espíritu de la norma mantener la desintegración familiar sine die. Por ello, y habiendo transcurrido otro plazo igual desde mi último dictamen, entiendo que la prórroga de la medida para los niños B. no aporta por ella misma beneficios para los menores, si no se acompañan el informe de los resultados de los procedimientos y conductas seguidas respecto de facilitar el reintegro de los niños a su padre, o si no fuere posible el pedido de privación de patria potestad para él, y definir legalmente la situación de tenencia y/o guarda de los niños, que hace más de un año se encuentran fuera de la custodia de su representante legal y sin haber sido asignados judicialmente a nadie”

El Sr. Bravo solicita que se indique a la Trabajadora Social la posibilidad de que martes y viernes se le permita salir con los niños a “La Gallega” y al parque para disponer de un marco más amplio para jugar y estar con ellos (fs. 255) y luego reitera el pedido de reintegro de los niños señalando que vive en forma humilde pero que puede hacerse cargo perfectamente de ellos, verificándose en autos el incumplimiento de la ley por parte de la autoridad de aplicación, incumpliendo la Provincia en brindar los elementos para que hijos y padres vivan juntos sin que se haya esforzado en garantizar el vínculo. “Se ha cumplido más de un año y medio desde la adopción de la medida excepcional y no persisten las causas que le dieron origen. Estoy vivo, sano, presente y me puedo hacer cargo de ellos”, agregó. Se pregunta qué mecanismos ágiles se pusieron en juego, cuál fue el plan de acción previsto por el art. 58 del decreto 619/10, qué políticas o programas se implementaron para el fortalecimiento familiar, principal lineamiento a seguir por las políticas públicas a que obliga la ley 26.061, qué ayuda hubo para que el padre tenga un trabajo estable o pueda tener un hábitat mejor, se prestó asistencia psicológica al padre e hijos, se facilitó un lugar para las visitas, se permitió que los servicios locales contribuyeran al fortalecimiento familiar. Continúa expresando que “fueron muchas las veces que me acerqué a pedir apoyo al ente administrativo y siempre, sin éxito. En relación a las visitas, hubo llamadas telefónicas de mi

patrocinante y notas reclamando poder ampliar el contacto con mis hijos. El Centro de Acción Familiar de Derqui y Donado prestaba su colaboración para que pudiera estar con los chicos en un ámbito de vinculación más amplio y grato que la Sala de Trabajadoras Sociales del Tribunal. Su Directora Silvia... lo había aceptado (En ese Centro mi hijo Jeremías está yendo a Jardín de Infantes y yo y Natalia estamos realizando un curso de Nutrición). Necesitábamos compartir actividades de todos los días, que pudiera darles la comida, mirar una película juntos, jugar con sus hermanos, tantas actividades que en el tribunal no son posibles. Me dirigí numerosas veces a la Dirección, personalmente he conversado y a través de escritos –adjunto algunos- solicitando se organice un nuevo régimen de visitas.... Tampoco respondieron a mi pedido de “chapas” para construir en el terreno de calle Ocampo y Lima. El PAI de la Municipalidad de Rosario también me negó ayuda para construir una casa “porque los chicos no estaban conmigo.... El único argumento que subyace es la idea clásica de que los niños están mejor con una familia rica que con una familia pobre, que así tendrán mejores oportunidades y la familia que cuida a los niños no está actuando como una familia sustituta”.

El 9 de diciembre de 2010, reintegrados los autos, se resolvió rechazar el recurso de revocatoria ante el Pleno por manifiestamente improcedente (art. 66 ley 10160) como así también, en materia de visitas, ordenar que ocurriera ante la autoridad de aplicación. Se dispuso también emplazar a dicha autoridad para que en el plazo de cinco días informara sobre la vigencia de la medida excepcional adoptada y en su caso impulsara el procedimiento previsto en el artículo 51 de la ley 12.967 y su decreto reglamentario (fs. 259). De dicho decreto se notificó personalmente el Sr. Bravo (fs. 259), habiendo sido notificada la autoridad de aplicación el 17 de diciembre de 2010 (fs. 260).

Respecto del decreto del 9 de diciembre de 2010 el Sr. Bravo interpuso un recurso de revocatoria únicamente en lo que respecta a lo resuelto en materia de visitas señalando que desde el momento en que el Juez asume el control de legalidad de la medida excepcional y su prórroga también debe intervenir en la protección del vínculo ante la pasividad e inacción de la autoridad de aplicación (fs. 261). La representante promiscua evacua a fs. 279 la vista que se le corriera y se expide en favor de fijar régimen de visitas.

2.1. El fallo pleno de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario del 29 de marzo de 2011 (Plano Bravo II)

El 30 de diciembre de 2010 los actuales integrantes de este Tribunal resolvimos convocar a un Tribunal Pleno a fines de emitir pronunciamiento por la totalidad de los Sres. Jueces de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario a efectos de expedirse sobre los siguientes puntos: 1º) Presentación de las medidas excepcionales, necesidad o no de patrocinio letrado de la autoridad de aplicación, 2º) Alcance del control de legalidad que los Tribunales Colegiados de Familia deben efectuar de las medidas excepcionales que adopta la autoridad de aplicación de la Ley 12967, 3º) Cómputo de los plazos establecidos por la ley 12967 de vigencia de las medidas excepcionales, 4º) Participación de los progenitores, grupo familiar originario o familias sustitutas en el proceso judicial mientras tiene vigencia la medida excepcional, 5º) Etapa jurisdiccional posterior a la finalización de las medidas excepcionales, éste Tribunal convoca a Tribunal Pleno. Dicho Fallo Pleno – conocido luego como Pleno Bravo II- se formalizó mediante Sentencia N° 776 del 29 de marzo de 2011 (fs. 277) siendo su parte resolutive la siguiente: “1º) Declarar con fuerza vinculante de Tribunal Pleno que: a) La autoridad de aplicación de la ley 12967 actúa sin patrocinio letrado en las solicitudes de control de legalidad de las medidas excepcionales que adopta en el marco de su competencia; b) En los pedidos de control de legalidad de medidas excepcionales formulados por la autoridad de aplicación de la ley 12067, el juez ponderará la situación concreta tanto desde el punto de vista formal como desde la razonabilidad de la medida adoptada sobre la base del respeto de las garantías constitucionales y debido proceso, debiendo luego aprobarla o rechazarla conforme lo prevé la ley 12967; c) A efectos de establecer el plazo de vigencia de las medidas excepcionales, se tomará como inicio de las mismas la fecha en que quede firme el acto administrativo que así las disponga, lo que deberá ser informado por la autoridad de aplicación al momento de solicitar el control de legalidad de la medida. El Juez, sobre la base del parámetro indicado, establecerá la fecha de inicio de la medida, de sus prórrogas y de la finalización en la resolución aprobatoria de la medida excepcional. En casos donde excepcionalmente no se observe un lapso prudencial entre el acto administrativo y la efectiva separación del niño de su grupo familiar lo ponderará con criterios de

razonabilidad; d) Los progenitores, grupo familiar, familias sustitutas u otros terceros interesados deben, mientras esté en vigencia la medida excepcional, canalizar sus pretensiones exclusivamente ante la autoridad de aplicación, sin perjuicio de la facultad recursiva prevista en el artículo 66 de la ley 12967; e) Declarada la finalización de la medida excepcional por la autoridad de aplicación y para el caso en que se proponga la declaración de estado de adoptabilidad, una vez recibida tal sugerencia el Juez -si entendiere efectivamente finalizada la medida excepcional- constatará la situación del niño y, con citación de los padres, intervención del Defensor General promíscuo y evacuadas las medidas que considere pertinentes, así lo declarará. En caso de oposición de los padres, imprimirá al trámite proceso ordinario y se designará tutor especial para el niño. Hasta tanto se cuente con resolución judicial definitiva de la declaración de estado de adoptabilidad y eventualmente designación de guardador, la autoridad de aplicación continuará en su intervención y efectuará los contactos necesarios con el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción. Firme que estuviere la declaración de estado de adoptabilidad se procederá conforme lo normado en la ley 13093. Una vez determinado el postulante a la guarda preadoptiva se le otorgará una guarda provisoria y se continuarán las actuaciones de adopción...”

En lo que hace al pedido de visitas que se pretendiera en autos, el Pleno Bravo II indica con claridad que las mismas deben ser canalizadas exclusivamente ante la autoridad de aplicación.

El 3 de febrero de 2011 la entonces Directora Provincial comunicó que la medida excepcional continuaba vigente y que habiendo transcurrido el plazo previsto por la ley 12.967 se procedería a la resolución definitiva de la misma de acuerdo a lo informado por el equipo interdisciplinario (fs. 296)

2.2. La suspensión de las visitas

En los caratulados “Bravo A. (representada por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia. Dras. Varetto y Barroso Bonvicini) contra Bravo D. H. sobre Violencia Familiar”, Expediente N° 658/11, la Directora Provincial Mónica Varetto y la coordinadora legal de la repartición Dra. Mónica Beatriz Barroso Bonvicini hicieron saber que habían anoticiado a la Fiscalía de **Denuncias con fecha 9 de marzo de 2011 un**

hecho con apariencia de delito contra la integridad sexual de la niña A. B., de cinco años de edad, cuyo autor material prima facie aparentaba ser su progenitor Sr. D. H. Bravo. Solicitaron aquí la adopción de medidas en el marco de la ley 11529 en orden a prohibir al progenitor el acercamiento al lugar donde habitan sus hijos R. J., A. A. y A. L. B. como así también la suspensión del régimen de visitas vigente. Relataron que el 3 de febrero de 2011, el Sr. Bravo fue citado junto a su patrocinante la Sra. Defensora General Civil N° 5 Dra. Liliana D'Anna a una entrevista en la que Bravo expresó con molestia que A. le había dicho a la Trabajadora Social, a la familia sustituta y a él mismo que “su otro papá... ha abusado de ella sexualmente”. El 9 de febrero de 2011 reciben un informe de la Psicóloga Dollis Hure de Bigand donde se refiere que la niña le relató que el padre biológico abusó sexualmente de ella, que le hacía tomar cerveza y que su madre se enojaba mucho y que el mismo la trataba mal. En función de ello, refieren haber citado a la familia sustituta para una entrevista con los niños. Agregaron que al momento de sostener la entrevista con A. estaban presentes la Directora Varetto y la Dra. Barroso Bonvicini y que la niña se mostró predispuesta a dibujar y hablar, primero en sentido amplio de la colonia de vacaciones donde concurre, del juego que sostiene con los niños compañeros de ese lugar de recreación, de la idea de cómo piensa festejar su cumpleaños con la presencia de niñas compañeras de colegio, de que le gusta vivir en Bigand y que no quiere volver más con su papá porque es malo: “hizo que J. -su madre biológica- se vaya al cielo porque la trataba mal y le pegaba”. Conforme exponen las funcionarias públicas, la niña les expresó que quería decirles algo pero que le daba mucha vergüenza, relatándoles que el padre le hizo cosas feas, que la tiraba al suelo y le pegaba con los patines y que además le bajaba la bombacha, la tocaba ahí abajo y le pasaba la lengua. Los niños fueron escuchados el 29 de marzo de 2011 por la Sra. Defensora General Dra. Verdondoni quien consignara que se presentaron “demostrando la buena atención que reciben” y manifestando su “voluntad de permanecer en la familia con la que viven a quienes tratan como padres” (fs. 18). El pedido de suspensión y restricción fue receptado positivamente mediante Auto N° 511 del 10 de marzo de 2011 ordenándose la suspensión del régimen de visitas establecido en los presentes hasta tanto se contara con mayor información acerca de la denuncia presentada como así también disponer la prohibición de acceso del Sr. Bravo al domicilio de la familia M.-M., extendida a 200 metros de la misma y de los

lugares donde concurren los niños R. J., A. A. y A. L. B..

3. Control de legalidad de la resolución administrativa definitiva de la medida excepcional

Recién el 24 de mayo de 2011 –y sin que existiera presentación alguna en los presentes por ninguna de las partes desde febrero de 2011- la autoridad de aplicación solicitó el control de legalidad de la resolución definitiva de la medida excepcional y elevó propuesta de declaración de estado de adoptabilidad tal como se reseñara en los vistos. En esa fecha debieron suspenderse los plazos del artículo 65 de la ley 12967 dado que no se encontraba acreditado por la autoridad de aplicación el carácter firme de la resolución administrativa (fs. 322).

El 28 de junio de 2011 se recibió un pedido de copias de estas actuaciones por parte del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de Instrucción de la 15 Nominación para la Causa N° 177/11 caratulada “Denuncia de Varetto, Mónica Celeste” (fs. 323)

Con fecha 30 de junio de 2011 la autoridad de aplicación cumplimentó con los requisitos exigidos y se tuvo por formulado pedido de control de legalidad de la resolución administrativa 30/11 y por formulada propuesta de declaración de estado de adoptabilidad de los mismos. Se ordenó dar intervención a la representante promiscua, practicar informe ambiental en el domicilio donde se encontraban los niños como así también citar y emplazar al progenitor para que en el término de tres días compareciese con patrocinio letrado y manifestare expresamente si consentía o no la declaración de estado de adoptabilidad (fs. 334).

Por Auto N° 3548 del 6 de octubre de 2011 se resolvió aprobar el control de legalidad de la Resolución Administrativa N° 30 del 3 de mayo de 2011 en cuanto resolvía definitivamente la medida de protección excepcional dispuesta en relación a los niños A. B., A. B. y R. B. (fs. 344). A tal fin se tuvo en cuenta que tal como fuera reconocido por la autoridad de aplicación las eventuales prórrogas a la medida excepcional adoptada se hallaban vencidas en diciembre de 2010, con lo que era claro que había sido sobrepasado el plazo de un año y seis meses máximo previsto en la ley 12967 para la vigencia de las medidas excepcionales. Por otra parte, la resolución adoptada por la autoridad administrativa se encontraba firme en

función de lo expuesto por el Sr. Bravo, sin perjuicio de la oposición planteada por el mismo respecto de la propuesta efectuada por la autoridad de aplicación.

4. El juicio de oposición

4.1 La demanda de oposición

El Sr. Bravo formula demanda de oposición a la declaración de estado de adoptabilidad el 20 de diciembre de 2011 (fs. 398 a 400). Expone que a su juicio la declaración en estado de adoptabilidad de sus hijos vulneraría los derechos de padres e hijos. Afirma que en ningún momento demostró desinterés en sus hijos sino que intentó por todos los medios restablecer el vínculo paterno filial cumpliendo con las exigencias que en este largo trámite le fueron indicando. Refiere a que el principio general de las leyes de infancia es el fortalecimiento familiar. Indica que desde el principio su relación con la autoridad administrativa no fue fácil, no lo ayudaron a conseguir trabajo, no lo ayudaron a mejorar su condición de vivienda, sus hijos fueron alojados muy lejos de su domicilio, no le facilitaron datos al inicio de dónde se encontraban viviendo, no se promovió ni facilitó el mantenimiento del vínculo ni las visitas, y fundamentalmente le sacaron los chicos sin haber tomado la medida de protección excepcional. Afirma que ese ocultamiento y la demora en tomar la medida que fuera adoptada luego que él solicitara el reintegro de los niños le permiten inferir que la autoridad de aplicación especuló con que el transcurso del tiempo con los niños alejados de la familia biológica jugaría en favor de intensificar los nuevos vínculos. Arguye que las leyes parten de la familia de cada cual, con sus defectos y singularidades como el ámbito propio y natural que debe ser privilegiado por la intervención estatal y, sobre todo, respetado en su diversidad. Agrega que hay un derecho constitucional a la vida familiar (artículos 5, 9, 18, 27 de la CIDN) que la ley 26.061 aclara como derecho de los niños a preservar su identidad, incluso las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 11) y que los límites que debe poner el estado a la autoridad parental deben ser claramente determinados por la ley.

Continúa el progenitor en su demanda señalando que ese rol subsidiario del Estado no implica abstención, porque la ley concibe una obligación expresa de asistencia para que los padres ejerzan estos derechos dentro de sus posibilidades económicas (art. 27) de lo que se desprende que nunca deberá

apartarse a los niños de su ámbito familiar por motivo económico/social. En ese orden, a su juicio, la autoridad de aplicación no dispuso de un lugar para que se celebren visitas entre los tres niños, sus padres biológico y sus hermanitos, de manera que hubo que pedir que se realicen en Tribunales como así también que la única cita en todos estos años con el equipo de revinculación se llevó a cabo en el CAF N° 20 en marzo de 2011. Aduce que la ley habla de abandono y/o maltrato para la pérdida de la patria potestad entendiéndolo que él nunca abandonó ni maltrató a sus hijos y sin embargo durante los encuentros en la sala de Trabajadoras Sociales del Tribunal fue difícil relacionarse con ellos “quienes venían con algunas ideas”. Continúa diciendo que en tales encuentros sus hijos le reprochaban cosas que no parecían haber sido pensadas por ellos: “que yo maté a su madre” “que yo he maltratado a R.” en relación a un episodio en que la niña se había quemado en la guardería de San Juan y Dorrego estando a cargo de la señorita Karina, momento en que hubo que correr al infectólogo del Hospital de Niños antes de colocarle cualquier medicación, “que yo tuve un abuso con A.”.

Agrega el progenitor que las niñas nacieron en el Hospital Provincial y A. en el Hospital Centenario, una vecina se quedó con las nenas porque antes de los siete meses la madre rompió la bolsa y perdía mucha sangre. Se trasladaron en taxi al HECA y sostiene que “desde la puerta nos dicen que teniendo J. HIV no la podían atender, ella estaba perdiendo sangre, a los 20 minutos un patrullero y una ambulancia nos llevan al H. Roque Sáenz Peña, la asisten a ella pero nos dicen que la trasladan al H. Centenario para que puedan hacerle la cesárea” informándoles que el niño quedaría en el Centenario pero que la madre volvería al Sáenz Peña. El niño quedó en incubadora y él permaneció al cuidado habiendo escuchado que se le decía “para qué te metiste con una sidosa, pibe”. Manifiesta que su deseo fue siempre armar una familia, algo que tanto él como J. nunca tuvieron y luego agrega que han cuidado de los niños y acudido al Hospital Provincial cuantas veces fue necesario por la enfermedad de R. quien fuera atendida en un principio por el Dr. Luis Flynnn hasta que escuchó hablar del servicio del Hospital del Niños y el Dr. Papucci Herrera y comenzaron a llevarla allí.

Continúa el libelo de oposición expresando que el 6 de abril de 2008 fueron demorados toda la familia en la Guardia de la Comisaría Tercera: “sacamos

las cosas de la calle Jujuy adonde vivíamos y fuimos a la Dirección Municipal de Niñez (Rosana y Patricia Valdés); de allí nos derivan a la Dirección Provincial. J. y los chicos van por tres meses a un hogar. Voluntariamente nos presentamos en “Mendoza y Sarmiento” para pedir alojamiento en Juan Pablo II, estando pendiente el proceso de desalojo de calle Jujuy. Siendo lo primero que requerimos un alojamiento del grupo familiar, el trabajador social Di Leo me dijo que eso no existía en “ningún lugar del mundo”. Entonces acordamos que J. y los tres niños quedaran en ese hogar, mientras yo buscaba dónde vivir todos. Yo volví a calle Jujuy en 23 de junio de 2008 y saqué cosas, pero cayó la policía y estuve detenido (Además de una Probation y suma de \$ 200.-, debo pagar una vez terminada la probation consistente en tareas de mantenimiento del Centro Cultural “Raúl Domínguez”). Hasta esa fecha, iba de visita con dificultades, a veces no me dejaban entrar –una noche dormí afuera del Hogar- Yo estaba obligado a sacar a mi familia en tres meses”.

En su relato el progenitor indica que “J. autorizó a que los niños estuvieran en un hogar en Bigand, lo que me fue escondido, tanto por ella como por la Dirección Provincial. Cuando me enteré fui a Bigand a verlos cuando podía, los domingos, hasta el 20 de diciembre de 2008, más o menos. Comencé a solicitar el reintegro de mis hijos, sin éxito. J., ya muy enferma, decidió que fueran “entregados” a la familia M., estos “padrinos” de los niños que habían empezado a visitarlos en el hogar. Al enterarse que yo estaba con otra pareja, y ésta se hallaba embarazada, por bronca y resentimiento hacia mí, creo, “decidió” que ellos estuvieran con la familia mencionada. J. falleció el 7 de mayo de 2009 (sic). En julio de 2009 vine al Tribunal y la defensora que me patrocina envió nota a la Dirección Provincial y luego promoví esta demanda, y a que se me negaban los hijos sin siquiera haber tomado una medida de “protección excepcional”. En agosto de 2009, un encuentro con mis hijos después de varios meses y con el nuevo papá que me dijo varias cosas ofensivas y me ofreció plata para que yo no molestara más”.

Concluye diciendo que ha acudido regularmente al Centro de Salud N° 26 para ser atendido por el psicólogo Mauricio M. Pereyra quien (fs. 251 de autos) ha informado de esta manera: “que puede ejercer su rol paterno queda demostrado por el hecho que vive con sus hijos que sí están con él (producto del actual matrimonio” habiendo dicho con anterioridad (fs. 122 del cuaderno de

pruebas) acerca de él que “es una persona con resiliencia positiva que ha superado una infancia en institutos y que desea que no se repita esa historia con sus hijos”.

Por todo lo señalado se opone a la declaración de estado de adoptabilidad formulando su deseo que sus hijos vivan con sus otros hermanos.

4.2 La contestación de la demanda de oposición

La tutora especial contestó la demanda de oposición a fs. 431. Niega y rechaza las cuestiones de hecho y de derecho expuestas por el Sr. Bravo. Refiere a que el progenitor entiende que el decisorio vulneraría los derechos de padre e hijos y a la vez agrega que nunca demostró desinterés en sus hijos intentando por todos los medios restablecer el vínculo paterno filial. A su juicio, el padre parece aludir con sus dichos a su capacidad para el ejercicio de la patria potestad, siendo dicho ejercicio, en cuestiones como la presente, una consideración a la aptitud paterna cuya valoración corresponde en definitiva al Juzgador que discernirá el mejor modo de proteger los derechos de los niños a través de los institutos idóneos para tal fin. Señala la tutora que “Ante una vulneración de derechos observada y comprobada, los órganos del Estado proveerán los mecanismos y estrategias necesarias para la protección de los niños procurando primero no separarlos del entorno familiar y/o propiciando la reinserción del niño en la familia. Adoptada una medida excepcional, cuyo control de legalidad ha sido superado, la autoridad administrativa... deberá constatar esa aptitud del padre para el ejercicio de sus derechos-deberes”. **Considera que en los hechos no constan acciones positivas y efectivas del Sr. Bravo que demuestren a la administración primero y al Tribunal que su aptitud para ser padre, con todo lo que ello implica, se ha concretado. “El Sr. Bravo manifiesta deseos, intenciones pero no acciones** para el logro de los fines que importa el ejercicio de la patria potestad”. Respecto de la vulneración al derecho de visitas remarca que el mismo es un derecho de doble vía que atañe tanto a padres como a hijos, siendo para los padres un derecho y un deber porque su ejercicio compromete también los deberes de asistencia tanto económica como espiritual, de educación y formación integral del niño que en los hechos el Sr. Bravo no ha cumplido, a su entender. Agrega que los titulares del derecho a vincularse con su padre son los niños pero es el padre quien debe poner el mayor esfuerzo en la concreción del contacto, lo que no se ve reflejado aquí en acciones

paternas específicas sino en permanentes reclamos. Así, considera que “de las constancias de autos no surge claramente que el Sr. Bravo haya puesto el empeño necesario para restablecer el vínculo con sus hijos, para recomponer su relación, más aún teniendo presente el sufrimiento que los niños vivieron previa y con posterioridad al fallecimiento de su madre”. Evalúa que el Sr. Bravo no es capaz, conforme surge de autos, de respetar los distintos esquemas de visitas y/o comunicación propuestos apareciendo los encuentros más bien sostenidos por la autoridad administrativa y por el propio Tribunal que aceptó repetidos cambios en el régimen originario. Señala que “no corresponde a esta parte interpretar si el Sr. Bravo actúa a conciencia o inconscientemente, o si su falta de constancia en la construcción del vínculo paterno filial, que traduzco en una suerte de abandono afectivo y efectivo, resultan de un aprendizaje que se explica en su historia personal, pero dicha actitud resulta evidente primero con relación a la madre de los niños a los que represento y luego con relación a ellos mismos. El abandono paterno no debe entenderse solo en relación a la ausencia física del mismo sino en su inconstancia en la producción del contacto. Resulta también considerable la falta de contención que unos niños tan pequeños necesitaban cuando su madre estaba enferma, así como la falta de aporte económico (mínimo al menos) para cubrir sus necesidades básicas”.

Puntualiza la tutora especial que la falta de sostén paterno, las deficiencias en el ejercicio de sus derechos-deberes derivados de la patria potestad se observan en autos y resuenan en el sentir de los hijos. Afirma que los niños le han manifestado a ella –especialmente A.- **un recuerdo doloroso con respecto a su padre: “mi papá era un señor muy malo, se compraba cosas para él y no para nosotros...”**. Reconoce que el esquema de protección integral del niño piensa al mismo en el marco de su familia y que existe un derecho constitucional a la vida familiar vinculado al derecho a la identidad y que debe entenderse regido por el principio rector de la no discriminación, mas niega que en el presente caso se hayan privilegiado motivos económico sociales para apartar a los niños de su familia, sin que se refleje discriminación alguna. Remarca que no es cierto que el Sr. Bravo haya sostenido y ejercido ese derecho a la familia en tiempos de vivir junto a J. como después cuando la vida familiar se complicó con las deficiencias de salud de madre e hija, habiendo expresado la progenitora ante el infectólogo López Papucci que

Bravo había abandonado a la familia con la consecuente afectación en el derecho a la salud de su hija R. (cuaderno de pruebas, fs. 84).

Resalta también la tutora especial que los principales obligados a la asistencia y cuidado de los niños son los padres y que si bien el Estado se ha comprometido convencionalmente a ayudar a los padres o responsables a proveer las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de los niños, ello no significa que el progenitor deba recostarse en la responsabilidad subsidiaria de la autoridad estatal sin esforzarse en subvenir a las necesidades de su familia con su esfuerzo personal. “Parece que esa ha sido la idea del Sr. Bravo porque no consta esfuerzo personal para el trabajo, ni para la búsqueda de un espacio donde puedan habitar los niños no en condiciones de lujo sino de razonable bienestar”.

En cuanto a la labor de la autoridad de aplicación, la tutora especial considera evidente que la Dirección Provincial ha trabajado este caso, se ha preocupado por los niños y no resulta de las constancias e informes glosados que haya pretendido especulación alguna con el transcurso del tiempo, ni tampoco que a Bravo se le “hayan sacado a los chicos” porque de hecho él no estaba con ellos, argumentando detenciones o ausencias sin justificación. Por el contrario, continúa, el padre sí abandonó y maltrató a sus hijos y también a su esposa enferma quien tomó las riendas del destino de los niños y actuó en protección de ellos.

Subraya que los niños, ejerciendo su derecho a ser escuchados, su derecho a participar y a que sus decisiones sean tenidas en cuenta en los asuntos que les conciernen, no quieren ver al padre, al menos por estos tiempos, refiriendo malos recuerdos y prefiriendo vivir con quienes hasta ahora los cuidan. Los niños, quienes se encuentran informados de sus derechos, se observan felices, contenidos, respetados en sus individualidades, habiendo mejorado notoriamente en su problemática de salud y de relación.

Concluye la tutora especial coincidiendo con la propuesta dada por la autoridad de aplicación y solicita la declaración de estado de adoptabilidad de los niños proveyendo a su guarda con fines de adopción para lo que entiende debe considerarse la situación y contención que les brindan sus actuales guardadores, teniéndose especialmente en cuenta que quien o quienes resulten en definitiva adoptantes de los niños deberán respetar en el futuro su derecho e identidad en tanto

posibilidad de conocer su historia y relacionarse incluso con sus hermanos de sangre.

4.3. Opinión de la representante promiscua

La Sra. Defensora General Civil N° 1, actuando en virtud del artículo 59 del Código Civil, emite su opinión final propiciando se declare la adoptabilidad de los niños “por cuanto ha quedado probado que ellos no mantienen ningún vínculo con su progenitor que haya podido sostenerse durante todo el proceso”. Agrega: “este caso que aplica la ley de promoción y protección d elos derechos del niño ha permitido establecer las reglas del nuevo procedimiento que pretende dar mayores garantía a la defensa del niño, sin embargo también pone de manifiesto que el objetivo innovador de la ley que es el fortalecimiento del rol de la familia en la protección de los derechos del niño, no se ha podido alcanzar” (fs. 497)

5. Evaluación y fundamentos

La descripción efectuada en los puntos anteriores permite observar en un único texto las particularidades dadas en el desarrollo de esta medida excepcional e invita a reflexionar a quienes tenemos responsabilidades en materia de niñez.

Las obligaciones asumidas por nuestro país al adherir a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la posterior promulgación de la ley 26.061 en el orden nacional y ley 12.967 en el provincial, importan un claro compromiso del Estado con la niñez, en sus tres poderes y en sus tres niveles, especialmente con aquellos niños que sufren vulneración en sus derechos.

El mayor beneficiario de tales obligaciones es la Administración Pública a través, en el caso de nuestra Ciudad, de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2a Circunscripción como autoridad de aplicación de la ley 12.967.

La complejidad signa a la enorme tarea encomendada a dicha autoridad e incluye la exigencia de celeridad, más aún cuando, como veremos, se da una marcada indeterminación de la situación jurídica del niño amparado por una medida excepcional, sumado a que, desde una puntuación dada desde el niño como tal, el paso de los días consolida lazos, vínculos, historias, estructuras y, del mismo

modo que permite abrir ciertas oportunidades clausura a otras definitivamente ⁹.

Las exigencias normativas que pesan sobre la autoridad de aplicación van más allá del denodado esfuerzo personal tanto sea de los funcionarios a cargo como de los empleados y trabajadores que día a día desarrollan los planes de acción trazados. Desde la perspectiva de los derechos, tales exigencias imponen no sólo un eficiente uso de los recursos sino también la eficacia de los planes de acción referidos; todo ello en un marco de respeto por los derechos de todos los involucrados: los niños, claro está, pero también los adultos tanto sean padres, parientes, guardadores, familias sustitutas.

En los puntos siguientes expondré los motivos que fundan la decisión que considero asegura el respeto por el superior interés de estos tres niños en particular, mas ello va unido también a las consideraciones que pueden inferirse en general a partir de la situación individual del caso.

5.1. El superior interés del niño como “la” consideración primordial en el presente caso. Derechos humanos. El principio de inocencia

Una verdad sobreentendida es afirmar que las disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) son de prioritaria aplicación para la resolución de este caso. Sin embargo, y tal como lo hace el artículo 2º de la ley 26.061, no es impropio recordar que la Convención es de aplicación obligatoria respecto de todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de los niños, como así también que las disposiciones de la ley 26.061 y por ende de la ley local de adhesión, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Esta reiteración, que en el caso del artículo mencionado puede ser entendida como superflua e innecesaria en función de la jerarquía constitucional de la Convención, se vincula con las dificultades que aún hoy en día pueden observarse en el estricto respeto del cambio paradigmático que en materia de niñez ha

⁹ Esta exigencia, ha sido remarcada por la Corte IDH: “... la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto” (Asunto L.M., .Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 18, citado en “Fornerón e Hija vs Argentina”, n° 52).

conllevado la adhesión de nuestro país a sus términos en 1990 y su posterior constitucionalización en 1994.

Los derechos aquí en juego se encuentran amparados por los tratados internacionales de derechos humanos, en especial por el Pacto de San José de Costa Rica, con lo que debe estarse a los criterios trazados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha Corte, en su Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002, ha establecido que “En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” (párrafo 65)¹⁰.

La premisa dada por el apartado 1° del artículo 3° de la CIDN, en cuanto a que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, debe ser aplicada “... estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten...”¹¹. Sin embargo, en tanto la propuesta remitida por la autoridad de aplicación respecto de los niños A., R. y A. Bravo es de “declaración de estado de adoptabilidad” y posterior otorgamiento en guarda preadoptiva, el superior interés de ellos debe ser aplicado como “la consideración primordial” de acuerdo al primer párrafo del artículo 21 de la CIDN¹² y no como “una consideración primordial” como ordena el artículo 3° apartado 1°, tal como ha sido subrayado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 7 (2005) “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” párr. 36 b¹³, y resaltado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁴

¹⁰ http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

¹¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003) “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement>, –citado por nuestra Corte nacional en fallo del 16/09/2009, “Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni, Defensora Pública de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G.”, Fallos 331:2047

¹² “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”

¹³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

¹⁴ “Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni.....” ya citado.

El interés superior del niño debe ser puesto en acto a partir de las circunstancias particulares de cada niño y de su situación individual, conforme a los criterios ya dados en ese sentido tanto por la Corte IDH como por nuestro más Alto Tribunal¹⁵.

En nuestro ordenamiento nacional y provincial, las leyes 26.061 (art. 3°) y 12.967 (art. 4°) definen al superior interés del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos a los niños y los que en el futuro pudieren reconocérsele.

Corresponde también aclarar que el respeto por los derechos, principios y garantías establecidos en nuestra Constitución abarcan también al Sr. Bravo, aunque también esta sea una verdad de Perogrullo. **En el proceso penal no existe aún resolución, debiéndose recordar el principio constitucional de inocencia por el que nadie puede ser considerado responsable de un delito** o ser tratado como tal hasta tanto sea condenado por sentencia firme, como se infiere del artículo 18 de la Constitución Nacional. En el presente caso, en tanto los fundamentos de este decisorio, como se verá, no se basan en los hechos imputados al Sr. Bravo, no son de aplicación las previsiones de los artículos 1101, 1102 y 1103 del Código Civil dado que no se configura ninguna situación de prejudicialidad¹⁶.

¹⁵ La Corte IDH, particularmente respecto de las adopciones, ha señalado que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”(Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109, citada por la Corte en Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha sostenido que el interés superior del niño debe ser entendido a partir de las circunstancias particulares de cada caso y que la consideración primordial de dicho superior interés “apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. **El principio pues, proporciona un parámetro objetivo** que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño” (Fallos 328:2870, S., C s/adopción, agosto 2 de 2005).

¹⁶ Conforme las constancias de la causa penal requeridas al Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de la 8va Nominación de Rosario donde actualmente tramita, por Resolución N° 80, Tomo XI, Folio 243/251 del 7 de marzo de 2012 el Juez de Instrucción de la 15 Nominación de Rosario Dr. Alejandro María Negroni resolvió procesar a H. D. Bravo por considerarlo probable autor del delito de abuso sexual agravado por resultar de acuerdo a las circunstancias de su realización, un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima y por el

A partir, entonces, del esquema normativo descrito y del marco interpretativo expuesto, trataré seguidamente la propuesta de declaración en estado de adoptabilidad y colocación en guarda preadoptiva de los niños por la Dirección Provincial, y la resistencia a la misma del progenitor.

5.2. Oposición del padre y pedido de reintegro

Comenzaré subrayando que todo niño tiene derecho a vivir y ser criado por su familia biológica constituida por sus progenitores, tal como surge del primer apartado del artículo 7° de la CIDN¹⁷

La Corte IDH en la Opinión Consultiva 17/2002 ya citada remarca que “El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia” (párrafo 71), concluyendo que “... el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”(párrafo 77).

Nuestro más Alto Tribunal también lo ha señalado con nitidez al sostener que todo niño tiene derecho a vivir, de ser posible, con su familia biológica

vínculo entre el imputado y la víctima (art. 325 CPP; arts. 119 2° y 4° párrafo inc. b del CPA), convirtiendo su estado de detención en prisión preventiva (fs. 496 a 504). Bravo se notificó de dicha resolución el 8 de marzo de 2012 y posteriormente desistió del recurso de apelación que contra la misma interpusiera (fs. 507). El Fiscal Dr. Donato Trotta formuló la requisitoria de elevación a juicio calificando la conducta de Bravo en lo previsto en los artículos 119 2° y 4° párrafo inciso b) y 45 del Código Penal. La Defensora General N° 8 Dra. Beatriz Antelo efectuó la defensa del Sr. Bravo el 2 de agosto de 2012 habiéndose ordenado en esa fecha la apertura de la causa a prueba.

¹⁷ “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”

constituida por sus progenitores. **Agrega que “es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación”, mas señalando también que la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño¹⁸**

La labor de la administración pública como autoridad de aplicación de la ley de protección de los derechos del niño tiene como premisa ineludible la de cumplimentar con los derechos y criterios jurisprudenciales más arriba señalados, tal como emerge del artículo 11 de la ley 26.061. En ese sentido, la implementación de medidas de protección integral tienen como finalidad la preservación del niño en su grupo familiar originario, y en el caso de las medidas excepcionales la tarea a desarrollar tiene en miras lograr la revinculación del niño con su familia y sólo en caso de una manifiesta imposibilidad e inconveniencia proponer una alternativa entre las que puede estar una eventual adopción.

¿Podemos evaluar que en las presentes actuaciones el Gobierno de la Provincia, a través de la Dirección Provincial, desplegó en tiempo y forma un accionar que posibilitara a los niños a revincularse con su progenitor?

A. A. y R. J. son mellizas y en el corriente mes cumplirán siete años; su hermano menor A. L. tiene cinco años. La mamá de los niños, S. J. C., murió el 6 de abril de 2009, cuando las mellizas tenían tres años y siete meses y A. apenas un año y diez meses.

El Sr. Bravo ha afirmado que en febrero de 2008 tanto él como su pareja y sus hijos fueron desalojados del lugar donde vivían y que la madre con los niños fueron recibidos en el Hogar Juan Pablo II, como así también que él estuvo detenido tres meses sin especificar dónde y a disposición de quién. En concreto, el

¹⁸ “... el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8º, 1) y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9º, 1)” **(Fallos 328:2870 S., C s/adopción,02/08/2005)**

progenitor no convive con los niños desde hace ya más de cuatro años.

El ingreso de la Sra. C. y sus hijos al Hogar Juan Pablo II el 10 de abril de 2008 se encuentra acreditado en las actuaciones administrativas (fs. 2, 3 y 4 del cuaderno de pruebas), donde se indica que ambos progenitores se acercaron al Área de Niñez de la Municipalidad de Rosario planteando la posibilidad de que la madre y los niños recibiesen transitoriamente un lugar de alojamiento. La Dirección Provincial gestiona la permanencia en el Hogar por un mes teniéndose en cuenta que la Sra. C. percibiría en esos días su pensión por discapacidad. En un informe del Área de Niñez municipal suscripto por su Coordinadora Ps. Andrea Travaini, la Lic. en Trabajo Social Patricia Valdez y la Tec. Sup. en Familia y Minoridad Roxama Gómez de fecha 30 de junio de 2008, se confirma la situación vivida por la familia y se refiere a que acordaron con el Sr. Bravo esperar a que S. J. cobrara la pensión por discapacidad y luego alquilar con ese dinero una vivienda. Agrega: “Esta propuesta hecha por él no se concreta ya que llegada la fecha acompaña a J. a cobrar el día 05/05/08, y habiendo pasado el horario ella regresa al Hogar, pero el Sr. Bravo se retira con el dinero, hasta el día de la fecha no se conoce el paradero”.

El equipo municipal del primer nivel de intervención refiere que la madre se encontró en el Hogar sola con sus tres hijos, angustiada y sin dinero. Se continuó en la búsqueda del progenitor y tomaron contacto tanto con la madre adoptiva de la Sra. C., radicada en Buenos Aires, y con la madre adoptiva del Sr. Bravo, habiendo referido ambas la imposibilidad de ayudarla, y manifestado la primera no estar dispuesta a hacerlo (fs. 18 del cuaderno de pruebas¹⁹). En ese informe se deja expresa constancia del deterioro en la salud de la Sra. C. y de la necesidad de dar una respuesta urgente a la situación de los niños.

El Área de Niñez informa el 14 de julio de 2008 que el Sr. Bravo fue encontrado en la calle y adujo haber estado detenido durante todo ese tiempo y que dormía en la calle en la zona del Parque España. Puesto en conocimiento de la situación de los niños y de S. J., con especial referencia al estado de salud, el equipo entiende que Bravo “no propone ninguna alternativa posible a la situación ya

¹⁹ Posteriormente, al hacerse saber el fallecimiento de S. J. C. a su hermana, ésta expuso que se lo comunicaría a su padre J. C. pero que nadie vendría a Rosario a buscar el cuerpo o gestionar su entierro por imposibilidad (fs. 37)

mencionada y lo único que según dice puede garantizar son las visitas a los niños a la institución en que se encuentren” (fs. 20 del cuaderno de pruebas). El equipo municipal y el equipo provincial trabajando en conjunto con la Sra. C. acuerdan el traslado de los niños al Hogar OSMAC (Organización Santafesina Mujeres en Acción Comunitaria, Hogar de Tránsito “La casa del sol naciente”) de Bigand y la coordinación con los efectores de salud para continuar con el tratamiento de la enfermedad que afectaba a la madre y a R., autorizándolo la madre el 14 de julio de 2008 y concretándose el 17 de ese mes (fs. 22 y 23 del cuaderno de pruebas). En un informe posterior suscripto por el Trabajador Social Di Leo de la Dirección Provincial, se consigna que dicho traslado fue también acordado con el padre pero que no se presentó para formalizar la autorización (fs. 32).

El Hogar informa al Área de Niñez municipal sobre la concreción el 29 de agosto de 2008 de una visita -que calificó positivamente- realizada a los niños por su madre, quien continuaba alojada en el Hogar Juan Pablo II (fs. 27), a partir de un turno previamente acordado. Por su parte, consigna que el Sr. Bravo se presentó el domingo 31 de agosto de 2008, sin previo aviso y acompañado de su pareja y el hijo de la misma, permaneciendo por más de tres horas y alterando las actividades rutinarias de los niños, aclarando el Hogar que si bien se lo habilitaba para ver a los niños el padre debía cumplir con las reglamentaciones vigentes, entre ellas la de convenir la visita, concurrir solo y permanecer hasta dos horas. En un informe posterior comunican que Bravo se presentó el 7 de setiembre de 2008 para plantear la posibilidad de que su pareja y demás familiares visitaran a los niños, no habiendo retornado con posterioridad (fs. 26). El T.S. Di Leo en su informe de fs. 33 también relata que Bravo se presentó ante la autoridad de aplicación con su nueva pareja en setiembre de 2008 sin que haya tenido ningún contacto con sus hijos. En ese informe se propone la inclusión de los niños en el programa “familia sustituta” a partir del vínculo que generaran con el matrimonio M.-M. quienes los visitaban en el Hogar de Bigand, conforme surge del informe ambiental de fs. 29 y 30 (todas ellas del cuaderno de prueba).

El 9 de febrero de 2009 la Sra. C. suscribe la autorización para que sus hijos sean incluidos en el programa “Familia Sustituta” (fs. 34). El Hogar sintetiza en su informe del 7 de mayo de 2009 que el Sr. Bravo había efectuado solo

dos visitas a los niños, en una de ellas acompañado de su pareja quien se encontraba embarazada y de un hijo de la misma, reiterando que no respetaban las normas de la institución. Indican que luego “no lo hemos vuelto a ver, como así tampoco recibimos ningún llamado telefónico, no envió ningún intermediario para estar en conocimiento de la situación de sus hijos, ni manifestó interés alguno en la evolución de la salud de R.” (fs. 40)

Luego del fallecimiento de la Sra. C., en un informe del Hogar Juan Pablo II se expone que el Sr. Bravo se había hecho presente allí preguntando y cuestionando sobre la situación de sus hijos y de la Sra. C. y manifestando que pasaría a retirar las pertenencias de esta última (fs. 39, 8 de abril de 2009).

A partir de las constancias documentales referenciadas puede afirmarse que, con posterioridad a los primeros meses de 2008, el Sr. Bravo observó un interés fluctuante por la situación de sus hijos y de su ex pareja, formulando recién el 27 de julio de 2009 un reclamo formal a la autoridad de aplicación respecto de sus hijos luego de tres meses de fallecida la madre de los mismos (fs. 45 patrocinado por la Sra. Defensora General Civil N° 5). Obsérvese que las reclamaciones anteriores ante la Dirección Provincial se habían concretado verbalmente en agosto de 2008 y en marzo de 2009, mediante cuestionamientos respecto del lugar donde se hallaban los niños y de las dificultades para viajar, mas sin proponer alternativas concretas que permitieran modificar esa situación.

Es cierto que de las constancias del expediente administrativo no surge qué tipo de trabajo realizó o coordinó la autoridad de aplicación con el Sr. Bravo a efectos de que éste pudiese dar una respuesta sostenible para que sus hijos volviesen a vivir con él, ni tampoco del que haya efectuado el sistema de protección en su conjunto. Pero también es cierto que las personas, especialmente los progenitores, deben interesarse activamente por sus hijos y cumplimentar con sus obligaciones, tal como lo ordena el apartado 1° del art. 18 de la CIDN y específicamente el artículo 7° de la ley 26.061, sin que en ese sentido recaiga en el Estado una obligación de tutela extrema y de guía cuasi compulsiva. La historia personal, las carencias educacionales, formativas, afectivas, económicas, imponen un distinto y comprometido acompañamiento del Estado –que responda a políticas públicas preestablecidas y efectivamente puestas en práctica- y de la sociedad en

general para posibilitar que una persona que ha sufrido y sufre las mismas pueda cumplimentar con sus obligaciones paternas o sostener un interés activo por sus hijos, mas de modo alguno importan que las mismas se disuelvan o no sean exigibles.

Aún luego de la intervención de este Tribunal el Sr. Bravo no pudo dar una respuesta satisfactoria a su pretensión de visitas a sus hijos, sin que tampoco durante la vigencia de la medida excepcional haya acercado a la autoridad de aplicación propuestas que permitiesen vislumbrar positivamente la posibilidad de que sus hijos volviesen a convivir con él. Esa posibilidad cierta y concreta no puede sustentarse en la reiteración de pretensiones de reintegro o con meras expresiones de deseo sino que deben estar compuestas con elementos que la tornen claramente realizable, al menos en términos de verosimilitud, más aún respecto de quien no ha observado desde la separación de hecho con la Sra. C. una conducta constante y activa en pos de generar un marco adecuado para contener a sus hijos y reanudar la vida en común que el mismo interrumpe, como ya señalara, en los primeros meses de 2008. Ello, reitero, más allá de la ausencia de una estrategia clara y efectiva de contención, apoyo y asistencia hacia al progenitor trazada por los equipos interdisciplinarios de la autoridad de aplicación en orden a asegurar el derecho de los niños a ser criados por sus padres, estrategia que en caso de haber existido no se ha reflejado en las constancias documentales de las actuaciones administrativas. Puede mencionarse al respecto la atención brindada al Sr. Bravo por el Psicólogo Mauricio Pereyra del Centro de Atención a la Comunidad dependiente del Hospital Centenario (fs. 251) mas no puede afirmarse que dicha atención responda a una estrategia de intervención interdisciplinaria articulada u organizada por la autoridad de aplicación o por el sistema de protección. Respecto de dicho informe, más allá de los cuestionamientos que realiza la tutora especial en cuanto a que no da cuenta de la metodología de trabajo utilizada reflejando más bien los dichos de Bravo y una “gran bronca” del profesional con lo instituido, sus conclusiones no encuentran correlato en la contundencia de las constancias objetivas de las actuaciones administrativas, de las presentes y de sus conexos.

En síntesis, entiendo que a partir de las constancias de autos y de la producción probatoria articulada por las partes y por la autoridad de aplicación, no

se han conformado condiciones objetivas y subjetivas mínimas para que los niños retornen al cuidado de su padre, con lo que hacer lugar a la pretensión del Sr. Bravo respecto del reintegro de sus hijos no se compadece con el superior interés de estos niños²⁰.

5.3. **La declaración de estado o situación de adoptabilidad**

Corresponde analizar si la situación de los niños debe resolverse atendiendo a la propuesta de la autoridad de aplicación.

Al término de una medida excepcional los niños que no han podido ser revinculados con sus padres se encuentran en una situación de indefinición o indeterminación de su situación jurídica en tanto, si bien rige aún respecto de ellos la patria potestad en cabeza de sus padres, es claro que el ejercicio de la misma continúa afectado. Dicha indeterminación no puede extenderse en el tiempo dado que de lo contrario se verían seriamente comprometidos sus derechos como niños y, directa o indirectamente, su identidad y su desarrollo como tales²¹.

La propuesta de la autoridad de aplicación, a partir de su actuación en el caso de los hermanos B., es de declaración en situación o estado de adoptabilidad de los niños y posterior otorgamiento de guarda preadoptiva.

Corresponde preguntar en primer término qué es la declaración en situación o estado de adoptabilidad:

En los “Fundamentos” del actual Proyecto de Código Civil y Comercial que se encuentra a consideración del Congreso de la Nación se reconoce como “práctica consolidada” a esta declaración, y la regula específicamente²². Es

²⁰ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto” (Fallos 328:2870, S., C s/adopción, 02/08/2005).

²¹ Se debe tener en cuenta la referencia efectuada por la Corte IDH en “Fornerón e hija vs Argentina” –ya citado- en cuanto a la razonabilidad de los plazos para la determinación de los derechos de la persona, aplicable también a la autoridad administrativa (n° 66 donde cita al Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, párr. 257 y Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77, y Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, párr. 255.)

²² www.nuevocodigocivil.com

decir, en nuestras actuales normas de fondo la declaración como tal no está específicamente contemplada -y desde esa perspectiva es una “práctica”- mas responde, como más abajo veremos, a las previsiones generales contenidas en la CIDN y en la ley 26.061.

Se debe puntualizar también que la declaración referida es contemplada por distintas leyes provinciales tanto sea de protección de la niñez o de las vinculadas al registro de adoptantes²³. En nuestro ordenamiento local, el decreto 619/10 al reglamentar el artículo 51 de la ley 12.967, dice que si se determinare que el reintegro del niño al grupo familiar originario no fuere posible, la autoridad de aplicación debe resolver definitivamente la medida proponiendo fundadamente a los jueces de familia las medidas que se sugiere sean adoptadas, siendo, una de ellas, la declaración de estado de adoptabilidad. La reforma a la ley 12.967 introducida por ley 13.237 ha clarificado el proceso relacionado con dicha declaración. En ese sentido, el artículo 66 quáter dispone que si el o los niños fueren declarados en estado de adoptabilidad se procederá conforme lo previsto en la ley 13093 de Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción a los fines del otorgamiento de guarda preadoptiva. Esta última norma establece que para tal

²³ Así, el artículo 4° del Acuerdo 2707/96 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos y el artículo 9° de la Acordada 16.404 de la Suprema Corte de Mendoza, ambas reglamentarias de los respectivos registros de adoptantes. En Córdoba, la ley 8922 prevé un título específico para esta temática, como así también en Chubut la ley III-27, antes Ley 5641, cuyo Capítulo III se denomina “De los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se hubiere declarado su estado de adoptabilidad”. En esta ley se contempla expresamente la declaración de estado de adoptabilidad por parte de los Juzgados de Familia, estableciendo la obligación de comunicar tal circunstancia a la delegación del Registro de su jurisdicción, accediendo en consulta en forma directa al Registro creado por la presente Ley (artículo 11). En términos similares lo establece la ley 698 de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. También en Entre Ríos lo prevé los artículos 19 a 22 de la ley 9985/10. En Formosa se contempla la declaración de situación de adoptabilidad, exigiendo tal declaración judicial para la inclusión en la nómina de niños en condiciones de adoptabilidad (artículo 15 de la ley 1449/04). En la Provincia de Jujuy, la Acordada 150/98 prevé en el artículo 19 que la sentencia de declaración de abandono es dictada por el Tribunal de Familia. En Neuquén, la Ley 2651 de “Régimen de Adopción” autoriza al Juez a iniciar de oficio el procedimiento establecido para la declaración de estado de adoptabilidad en aquellos casos de niños de padres desconocidos, vencidos que fueren los plazos que establece para localizar a los padres biológicos o miembros de la familia extensa (artículo 24). En la Rioja, la ley de creación del fuero de familia, niñez y adolescencia prevé en el artículo 152 como una de las medidas protectorias del niño que el juez puede decretar la de declararlo en estado de abandono y adoptabilidad (artículo 52 inciso 4°). En San Luis, ley 5566 lo contempla en los artículos 9° y 10°. La Provincia de Misiones cuenta con una ley que establece los requisitos previos para el otorgamiento de guardas con fines de adopción (ley 4523, sancionada el 29/10/2009, promulgada el 16/11/2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20/11/2009, ADLA 2010 - A, 1005). Esta norma coloca a la declaración de estado de adoptabilidad como requisito previo a la entrega de un menor en guarda con fines de adopción (artículo 1°).

declaración el magistrado debe requerir los antecedentes e informes de los órganos e instituciones relacionados con la niñez y adolescencia que hayan intervenido en el caso concreto, debiendo ser fundada la resolución (artículo 13), para luego habilitar al magistrado a tener acceso en forma directa al Registro perteneciente a su Delegación o a, en caso de que no hubiere inscriptos, requerirlos a los Registros de otras Delegaciones (art. 15).

Para la integración de la norma que avala la declaración partiremos de los principios generales emergentes de las normas constitucionales que rigen al derecho de familia, siguiendo desde allí el derrotero trazado por el artículo 16 del Código Civil.

La declaración en situación de adoptabilidad, en tanto status previo al proceso de guarda preadoptiva, integra el derecho de fondo. De acuerdo al análisis propuesto, su falta de identificación específica en el Código Civil –dado que la previsión del inciso c) del artículo 325 es parcialmente aplicable a los niños abarcados por medidas excepcionales²⁴- y en la ley 26.061, no importa de modo alguno su inexistencia ni coloca a las normas provinciales en una situación de dudosa constitucionalidad o a las decisiones judiciales en arbitrariedad. Muy por el contrario, son la puesta en práctica del principio de efectividad receptado por el artículo 29 de la ley 26.061 y 8° de la ley 12.967.

El Proyecto de Código Civil y Comercial citado introduce a la “declaración judicial de situación de adoptabilidad” como la primera de las tres etapas en que se propone configurar el proceso de adopción (seguidas luego de la guarda preadoptiva y del juicio de adopción). El artículo 607 prevé tres supuestos que habilitan la declaración: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de

²⁴ “Art. 325. Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores: a) Huérfanos de padre y madre; b) Que no tengan fijación acreditada; c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial; d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. En todos los casos deberán cumplirse los requisitos previstos en los artículos 316 y 317.”

treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) 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. Vencido dicho plazo sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y comunicar al juez dicho dictamen dentro de las veinticuatro horas. La norma prevé 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 este²⁵.

El artículo 20 de la CIDN regula la situación de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El apartado 2º contiene el compromiso de los Estados Parte de garantizar de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños, previendo entre los mismos la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores (apartado 3º).

El último párrafo del artículo 11 de la ley 26.061, si bien vinculado a situaciones donde los padres se hallen institucionalizados y en los que el contacto directo y permanente con ellos no fuere posible, consagra el derecho de los niños a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva. En la ley 12.967, el artículo 12 titulado “derecho a la convivencia familiar y comunitaria”, se reconoce el derecho del niño a vivir, ser criado y desarrollarse en un grupo familiar alternativo –comprendiendo entre ellos a la familia en todas sus modalidades, la adopción, las familias de la comunidad donde la niña, niño y adolescente reside habitualmente u otras familias- cuando no sea posible vivir, ser criado y desarrollarse dentro de su grupo familiar de origen y con sus vínculos afectivos y comunitarios.

Es decir, ante la imposibilidad de revinculación del niño con su

²⁵ www.nuevocodigocivil.com

familia de origen, la normativa vigente obliga al juez a determinar la situación jurídica del niño recurriendo a las posibilidades que se indican, entre las que se contempla la adopción. A tal fin el juez debe efectuar una ponderación de los hechos para determinar si es esa la mejor alternativa desde el prisma del superior interés del niño y si así lo considerare declararlo²⁶.

En el caso que nos ocupa, la imposibilidad de revinculación de los niños respecto de su familia materna ha sido determinada: la madre ha muerto, sus familiares residentes en Buenos Aires se han desinteresado (aún de los restos de la madre). Los familiares del padre (en autos se ha dado cuenta de la existencia de un tío) no se han presentado en las actuaciones administrativas ni en las judiciales. Todo ello, sin perjuicio de reiterar las deficientes constancias documentales de las actuaciones administrativas relacionadas con el trabajo de revinculación con las familias respectivas.

He analizado ut supra la situación del padre en cuanto al pedido de reintegro de los niños. Corresponde aquí sopesar cuál es la alternativa más conveniente para los mismos.

Entre los extremos que deben ser respetados en orden a concretar el interés superior del niño, la ley 26.061 incluye al “centro de vida” entendiéndose por tal “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (art. 3º inc. f). La ley agrega que “Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse”. Nuestra ley provincial brinda un concepto de “centro de vida” sutilmente diferente: “...lugar asimilable a su residencia habitual donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (inciso f) de artículo 4º ley 12.967) .

²⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto al superior interés del niño, indica a los jueces que “Los Tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción” (Fallos 331:2691 y causa V.24.XLVII “V., D.L. s/restitución de menores – ejecución de sentencia”, pronunciamiento del 16 de agosto de 2011).

En el caso de los hermanos B., la mayor parte de su existencia ha transcurrido fuera de la órbita de relación con su padre, quien con posterioridad al cese de la convivencia con la Sra. C. conformó una nueva familia teniendo hijos con su nueva pareja. Los niños, si bien conocedores de la existencia de su padre biológico, no han tenido lugar en esta nueva familia, señalándose ello como dato objetivo más allá de las razones que lo motivaron, ya sea las propias dificultades observadas por el padre, ya sean las decisiones compulsivas adoptadas por el Estado en uso de sus facultades.

Hace ya tres años que los niños conviven en el seno de la familia M.-M., han estrechado vínculos con ellos, se encuentran instalados en la comunidad de Bigand, allí se están escolarizando y consolidando. En la entrevista que mantuve con los niños junto a su representante promiscua, expusieron que viven “con papá J. y mamá C. en Bigand, que están bien allí y que quieren seguir viviendo con ellos, que tienen primos y uno chiquito llamado J.; van a la escuela primaria en Bigand y A. al Jardín en preescolar. A. dice llamarse M., que tenía otro apellido y que recuerda a su mamá J. que era muy buena” (fs. 444).

Se desprende también de autos una marcada mejoría de la situación de salud de R., habiendo asegurado la familia sustituta la atención médica de los tres niños, como así también, reitero, han intentado no sin dificultades preservar la relación de los niños con su padre.

En el caso particular se ha procurado conservar el vínculo existente entre los niños y su padre, habiéndose dado las distintas circunstancias que más arriba he descripto. Se ha trabajado en pos de garantizar el derecho a la identidad de los niños, siguiendo la pauta dada en el artículo 8.1 de la CIDN y la indicación de la Corte IDH en cuanto conceptualiza el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso²⁷. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada,

²⁷ Caso Gelman Vs. Uruguay, *Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122, y Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 113, citado en el fallo “Fornerón e Hija vs Argentina”.

sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez²⁸.

En la actualidad, la preservación del derecho a la identidad de los niños incluye su actual situación, más allá de la definición que ulteriormente se haga en caso que la familia sustituta sostuviere su intención ya declarada de adoptar a las niñas. Es decir, la identidad de estos niños se ha estructurado con esta familia del mismo modo que en su primera etapa lo hizo con su madre y con su padre. Desconocer esta realidad en nada contribuiría a concretar el superior interés de los hermanos B.. Es decir, la consolidación de los lazos existentes entre los niños y sus guardadores no puede ser soslayada.

¿Qué instituto jurídico del derecho de fondo es el adecuado para sustentar y concretar los derechos de los hermanos B.?

En nuestro derecho positivo los niños, desde el punto de vista de la capacidad, se encuentran subsumidos en el concepto de menores, es decir, una persona menor de dieciocho años (art. 126 CC). En el caso de los hermanos B. son menores impúberes dado que aún no tienen la edad de catorce años cumplidos (art. 127 CC). Los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho (art. inciso 2° CC) siendo sus representantes sus padres o tutores (art. 57 inciso 2° CC). Debe puntualizarse también la especial situación jurídica de los niños que se encuentran en el período de guarda preadoptiva, mas desde el punto de vista del derecho positivo nos encontramos con dos esquemas jurídicos principales: las normas de la patria potestad y las normas de la tutela. Las guardas –creadas pretorianamente- si bien llenan el vacío normativo existente en aquellos casos que no encuadran en las normas de la patria potestad o de la tutela, no encuentra un correlato en el derecho positivo ocasionando ello múltiples inconvenientes en la vida cotidiana.

La adopción brindará a los niños un sistema normativo definido e indubitable para el resto de la sociedad. Lamentablemente, respecto de los hermanos B., el vínculo prioritario con la familia biológica, especialmente con el padre, se

²⁸ Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232 párr. 113, citado en el fallo “Fornerón e Hija vs Argentina”.

encuentra deteriorado. Así, entiendo que debe hacerse lugar a la propuesta efectuada por la autoridad de aplicación.

5.4. Situación actual de los niños frente al proceso de guarda preadoptiva

El carácter de simple o plena de la futura adopción no puede ser definido en esta instancia. El proceso penal que involucra al progenitor en el delito que más arriba se refiriera se alzaría como un factor prácticamente determinante a la hora de evaluar el otorgamiento de una adopción simple y la subsistencia de los derechos y deberes que surgen del vínculo biológico, excepción hecha de la patria potestad (art. 331 CC).

De conformidad a lo establecido en el artículo 66 quáter de la ley 12.967 y artículo 15 de la ley 13.093 corresponde comunicar la resolución al Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos de la Provincia a efectos de que la misma informe los inscriptos en el mismo teniendo en cuenta el presente caso particular. El número de legajos a consignar no podrá ser inferior a cinco.

A los fines de la iniciación del proceso de guarda preadoptiva se oficiará a la Mesa de Entradas Única de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario sirviendo copia certificada de la presente sentencia de escrito originario de la misma, dándose intervención a la Sra. Defensora General Civil N° 1 para el impulso procesal de dichas actuaciones. El informe del Registro Único de Aspirantes a Guardas Preadoptivas se insertará en dichas actuaciones.

En tanto la medida excepcional ha finalizado, la inclusión de los niños en el marco del Programa Familia Sustituta (actualmente “familias solidarias”) debe cesar. En ese sentido, y teniendo en cuenta la situación de hecho en que se encuentran los niños, su declaración ante el suscripto y las constancias de autos, se los colocará bajo la guarda provisoria y cautelar del matrimonio M.-M., hasta tanto se resuelva en definitiva el proceso de guarda preadoptiva.

En virtud de lo expuesto y normativa citada, **RESUELVO**: 1º) No hacer lugar a la demanda de oposición del Sr. H. D. Bravo a la propuesta elevada por la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y

Familia respecto de sus hijos A. A., R. J. y A. L. B.. 2º) Declarar a los niños A. A. B., DNI N° xx.xxx.xxx, R. J. B., DNI N° xx.xxx.xxx y A. L. B., DNI N° xx.xxx.xxx, en estado de adoptabilidad. 2º) Disponer la guarda provisoria y cautelar de los niños A. A., R. J. y A. L. B. hasta tanto se resuelva en definitiva el proceso de guarda preadoptiva, la que será ejercida por el matrimonio integrado por C. T. M., DNI N° xx.xxx.xxx y C. T. M., DNI N° xx.xxx.xxx, con domicilio en calle xxxxxxxx de la localidad de Bigand, quienes deberán aceptar el cargo ante el Actuario. 3º) Ordenar el inicio del proceso de guarda preadoptiva de los niños A. A., R. J. y A. L. B. mediante Oficio a la Mesa de Entradas Única de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario sirviendo copia certificada de la presente sentencia de escrito originario. Dese intervención a la Sra. Defensora General Civil N° 1 a los fines del impulso procesal correspondiente. Ofíciase al Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva de la Provincia a efectos de comunicar la presente y requerir informe en el plazo de cinco días al menos cinco legajos de inscriptos a efectos de acceder a la guarda preadoptiva de los niños mencionados, debiéndose agregar el informe en el expediente de guarda preadoptiva. 4º) Reitérase a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia la necesidad de cumplimentar y observar estrictamente los plazos establecidos en la ley 12.967 para las prórrogas y vigencia máxima de las medidas excepcionales. Ofíciase a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia para notificar la presente. Ofíciase al Servicio Penitenciario de la Provincia, Cárcel de Piñero, para notificar al Sr. H. D. Bravo. Notifíquese por cédula a la tutora especial, guardadores provisorios y en su Despacho a las Sras. Defensora General Civil N° 1 y Defensora General Civil N° 5. Insértese y hágase saber. FIRMADO: DR. MARCELO JOSÉ MOLINA, JUEZ DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO. Dr. LUIS A. BITETTI, Secretario.