

**FICHA TÉCNICA EXPEDIENTE N°:** C122543 “A. C. L s/ Abrigo”

**FECHA:** 28-8-2018

**ANTECEDENTES Y CURSO DE ACCIÓN LEGAL PROPICIADO:**

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, confirmó la sentencia de primera instancia que declaró a la niña C. L.A. (12 años) en situación de adoptabilidad. Asimismo dispuso que se tuviera en cuenta en la instancia de grado la posibilidad de establecer un régimen de comunicación con sus hermanos.

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de la niña, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Procuración General entendió que si bien el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo, la sentencia, al no pronunciarse sobre sobre dos cuestiones centrales, carecía de fundamentación suficiente. De tal suerte propició hacer lugar al recurso extraordinario planteado y devolver la causa a la instancia de origen a fin de que proceda a dictar nuevo pronunciamiento de conformidad con las consideraciones volcadas en el dictamen.

**SUMARIOS:**

**Recurso de inaplicabilidad de ley. Cuestiones de hecho. Revisión. Absurdo.** “...el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo” (SCBA, C101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108474, sent. del 6-10-2010).

**Omisión de tratamiento de cuestiones centrales. Ausencia de fundamentación.** Al no examinar la sentencia cuestiones centrales, el decisorio resulta descalificado por carecer de fundamentación.

**Conocimiento y valoración de la opinión del menor.** Si la protagonista del proceso es una niña que en pocos meses se convierte en adolescente, resulta esencial conocer y valorar su opinión (arts. 3, 5 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General nro. 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea

una consideración primordial; Ley N° 26.061; art. 4 y ccs.; Ley N° 13298 y artículos 26, 595 inc f.), 608, 707 y ccs. del C.C.y C.).

**Derecho del niño de participar en todo procedimiento que lo afecte. Alcance.** El mandato convencional que establece el derecho del niño a participar en todo procedimiento que lo afecte no se agota con la “simple escucha” sino que exige que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 C.D.N.,y arts. 24, 26, 595 inc. f), 608, 677, 707 y ccs. C.C.y C.)....“escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C 91622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

**Paradigma de protección integral de derechos.** Uno de los principales retos que propone el paradigma de la protección integral de derechos emergente de la CDN es la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento del derecho de NNyA a participar en las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales y la asunción de las responsabilidades para las cuales tienen competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. La conjunción de estos aspectos permite afirmar que a mayor competencia de NNyA, menor será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores (o demás responsables) en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y mucho menor será la intervención del Estado, cuando se verifique la voluntad coincidente entre el niño y su familia, pues debe presumirse que las personas más allegadas a aquél respetarán su propia historia vital y actuarán conforme su interés. De lo expuesto se desprende que el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto máximo posible en función de la evolución de sus facultades, de modo que como regla, verificada su madurez para decidir en el caso concreto, podrá adoptar una resolución en forma autónoma. De no alcanzar

esa madurez, deberá al menos respetarse su derecho a participar en la toma de decisiones con la asistencia o apoyo de sus progenitores y demás actores relevantes. El nuevo Código procura encontrar ese delicado equilibrio a través de un juego de reglas que deben interpretarse de manera integral y armónica no sólo con el entramado del propio cuerpo legal, sino también con las disposiciones de legislaciones especiales y, por supuesto, a la luz del mandato convencional, para que NNyA puedan ejercer plenamente sus derechos en un marco de autonomía referencial respetuoso de la dignidad humana (v. Famá María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/3698/2015).

**Principios aplicables a la adopción. Capacidad progresiva.** El propio Código Civil y Comercial establece una pauta rígida e inflexible: la obligatoriedad del consentimiento del niño a partir de los diez años (art. 595, inc f) C.C.yC.; Ameal Oscar (Director); Hernández L. y Ugarte L. (Codirectores), *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial*; Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, Tomo 2, p. 639).

En el rol del adoptado en su propia adopción, el art. 595, inc. f), CCy C exige el consentimiento del niño mayor de 10 años, cuestión que es lógica si se advierte la escasa posibilidad de éxito de una adopción no deseada ni aceptada por un niño de esa edad.

**Restricción de la institucionalización. Política legislativa.** Si bien en una adecuada política legislativa que tiene por objeto que los niños no permanezcan injustificadamente institucionalizados por largo tiempo en virtud de la desidia judicial, y por ello el art. 609 del Código Civil y Comercial indica que la sentencia de situación de adoptabilidad ‘debe disponer se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor de diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción’, ello no puede convertirse en un imperativo categórico de aplicación indiscriminada que pueda atentar contra las necesidades y particularidades del caso concreto. Si bien el art. 617, inc. d, del Código Civil y Comercial establece como requisito el consentimiento del niño para ser adoptado a partir de los 10 años, siempre debe explorarse —aún por debajo de esta edad— si el niño se encuentra en estado subjetivo de ser adoptado, debe ser escuchado adecuadamente.

**Interés superior del niño.** El principio del interés superior del niño “...ha sido definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. C. 102.719, ‘R., D. I.; R., M.A.’, sent. de 30-III-2010; C. 120.229, ‘R. P. F. L. F. V. F. T. F. R. R.’, resol. de 14-X-2015). En resguardo del interés superior del niño y de la protección y defensa de sus derechos quedan relegados en una medida razonable los de los mayores y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta (arts. 3, CDN y 75 inc. 22, Const. nac.)” (SCBA, C121343, 3 de mayo de 2018, entre muchas otras).

El Máximo Tribunal de la Nación tiene dicho que el principio del interés superior del niño “no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso..” y que resulta “un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros)” (Fallos 330:642 (2007)).

**REFERENCIA NORMATIVA:** arts. 3, 24 y 27 de la Ley N° 26.061; 26, 609 inc. b, 617 y 706 del Código Civil; 2, 3, 6, 8, 12 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño.

Arts. 3, Convención sobre los Derechos del Niño y 75 inc. 22, Const. nac..

Arts. 608 inc. ‘a’; 6 y 9 de la Ley N° 14.528 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Arts. 3, 24 y 27 de la Ley N° 26.061; 26, 609 inc. b, 617 y 706 del Código Civil; 2, 3, 6, 8, 12 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño.

Arts. 3, 5 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General N° 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General N° 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; art. 3, inc. b) 24, 27 y ccs., Ley N° 26.061; art. 4 y ccs., Ley N° 13.298 y los

artículos 26, 595, inc f.), 608, 707 y ccs. del C.C.y C.

Arts. 26, 608, 677, 707 y ccs., CCyC.

Arts. 3, 5 y 12 C.D.N.; arts. 24, 26, 595 inc. f), 608, 677, 707 y ccs. C.C.y C.

**REFERENCIA JURISPRUDENCIAL:** SCBA C101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108474, sent. del 6-10-2010.

SCBA C101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108474, sent. del 6-10-2010; C. 102.719, 'R., D. I.; R., M.A.', sent. de 30-III-2010; C. 120.229, 'R. P. F. L. F. V. F. T. F. R. R.', resol. de 14-X-2015.

Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; 330:642.

SCBA, C121343, sent. del 3 de mayo de 2018.

SCBA, C 117542, sent. del 6 de abril de 2016.

**REFERENCIA DOCTRINARIA:**

-Ameal Oscar (Director); Hernández L. y Ugarte L. (Codirectores), *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial*; Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, Tomo 2, p. 639)

-Ventura Ana y Siderio Alejandro, "Tiempos legales y tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad", *Revista Derecho Familia*, Abeledo Perrot, nro 71, 2015, p. 227).

-Obligado Clara, "El adolescente '181'. Institucionalización con plazo legal vencido. Cuando la edad de la persona humana y el tiempo definen figuras jurídicas alternativas", *Revista Derecho de Familia*, Abeledo Perrot N°81, septiembre de 2017, p.127.

**ETIQUETAS:** Recurso de inaplicabilidad de ley. Cuestiones de hecho. Revisión. Absurdo. Conocimiento y valoración de la opinión del menor. Principios aplicables a la adopción. Capacidad progresiva. Restricción de la institucionalización. Política legislativa. Interés superior del niño.

