

### Dictamen Dictamen Expte. N° C 122.925, “R. M. L. s/ abrigo. R.S.I, s/ abrigo. Legajo art. 250”

**FECHA** | 17 de mayo de 2019

**ANTECEDENTES** | La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata con fecha 20 de septiembre de 2018, confirmó las resoluciones dictadas en fecha 18 de septiembre de 2017 y 5 de marzo de 2018 por la magistrada de primera instancia en las que se dispuso el cese de las visitas hospitalarias por parte de la progenitora a sus hijos como consecuencia del dictado de la declaración de adoptabilidad de los niños M. y S. R. (de 4 y 3 años, respectivamente).  
Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, patrocinada por la defensa oficial, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley concedido en virtud del recurso de queja incoado ante esa Corte.

**CURSO LEGAL PROPUESTO** | El Procurador General propició hacer lugar al recurso impetrado en mérito a que la decisión cuestionada fue adoptada sin contar con los elementos de juicio necesarios para su prudente determinación.

**SUMARIOS** | **Determinación de la existencia de situación de adoptabilidad. Abandono de menor. Circunstancias para determinación de la custodia. Régimen de comunicación de los menores. Interés superior del niño. Cuestión de hecho. Revisión. Absurdo.** De conformidad con inveterada doctrina de esa Suprema Corte resulta sabido que tanto el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor como la apreciación de las circunstancias para determinar la custodia y el régimen de comunicación de los menores en función del interés de éstos y de la idoneidad de los padres, constituyen una cuestión de hecho que permite su revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo (SCBA, C 121.150, sentencia 11 de octubre de 2017, C 121.968, sentencia del 7 de noviembre de 2018, C 121.549, sentencia del 25 de abril de 2018, entre muchas otras).  
**Preservación del vínculo de comunicación con los progenitores.** La preservación del vínculo de comunicación de los niños con sus progenitores integra el ámbito de protección garantizado por los derechos de los niños a la vida familiar, a la identidad y a su integridad personal (v. arts. 3, 5, 8, 9 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; 8, 17, 19, 25 y ces. Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH, “LM. vs. Paraguay Medidas

provisionales” (2011); CIDH, “Gelman vs. Uruguay” (2011), párrafos 125 y 126; “Fomerón vs. Argentina” (2012), párrafos 116-24; “Atala vs Chile” (2012), párrafos 161-178 y ccs.).

Al respecto la Corte Interamericana señaló la necesidad de adoptar “las medidas que sean necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño L.M., permitiéndole mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales de aquél ( ... ), sobre la base de considerar que la circunstancia de que la situación de guarda y cuidado del niño LM permanezca indeterminada mientras que las solicitudes que buscan establecer un relacionamiento con su familia biológica continúan sin resolución, configuran una situación de extrema gravedad que podría afectar, de manera irreparable los derechos a la identidad, integridad psíquica y mental y a la familia del propuesto beneficiario. Por ello, mientras se resuelven los procedimientos judiciales tendientes a definir su situación jurídica, la Corte considera pertinente ordenar, como medida provisional para evitar que los derechos del niño L.M. se vean afectados, que el Estado adopte las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para permitirle mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales del niño (Asunto “L.M. vs. Paraguay. Medidas provisionales” Resoluciones de 1 de julio de 2011 y de 27 de abril de 2012 y Resolución del Presidente de la Corte de fecha 23 de enero de 2012).

**Condena al Estado argentino por falta de establecimiento de un régimen de visitas.** En igual sentido es preciso recordar que la CIDH condenó al Estado argentino por violación de los derechos a las garantías y a la protección judicial, a la protección de la familia y a la protección de los derechos del niño en virtud de una serie de consideraciones entre las que se destaca la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor del señor Fomerón en el marco de un proceso de guarda judicial y posterior adopción (CIDH, “Fomerón vs Argentina” (2012; ver también resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, del 28 de noviembre de 2018).

**Facultad judicial para decidir la subsistencia de vínculos.** En consonancia con ello y con las pautas desarrolladas por la jurisprudencia vernácula en la materia (v. Fallos 328:2870; 331:147; 341:1733, y SCBA C 18781 (2015); C 19647 (2016); C121150 (2017), entre muchos otros), el Código Civil y Comercial incorporó la facultad judicial para decidir, incluso con posterioridad al dictado de la declaración de situación adoptabilidad -es decir, durante el juicio de adopción en sentido estricto-, la subsistencia de los vínculos con uno o varios parientes de la familia de origen en el supuesto de la adopción plena y/o

la creación de vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en el caso de la adopción simple, de conformidad con las circunstancias fácticas y atendiendo al mejor interés del niño (arts. 595,607, 621 y ccs., C.C.y C., ley 26.061 y dec. 415/2006, ley 13.298, dec. 300/2005 y modificatorios).

**Interés superior del niño.** La función jurisdiccional en esta clase de procesos -governados por los principios de inmediación, flexibilidad probatoria y oficiosidad- se encuentra encaminada a determinar de manera actual y concreta la solución que mejor se adecúe con el principio de interés superior del niño (v. arts. 706, 707, 709, 710 y ccs., C. C. y C.). Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó: “el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de la familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales” (Fornerón, op.cit., párrs. 116, 122).

**Interés superior del niño. Evaluación de comportamientos parentales.** “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 de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son 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” (CIDH, v. “Atala Riffo,” y “Fomerón”).

**Interés superior del niño. Concepto abierto.** El superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio -eminentemente práctico- los jueces están llamados a asignarle los contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con

relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.

**Opinión profesional de los peritos.** Si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares.

**Control de mérito. Ejercicio de naturaleza interdisciplinaria.** En particular relación con el análisis de un conflicto centrado en la determinación de una guarda otorgada en contradicción con las disposiciones establecidas en la ley 26.485, la Procuración General de la Nación dictaminó: *“Esta senda de esclarecimiento previo no puede recorrerla el Tribunal en solitario, sin caer en arbitrariedad: El control de mérito ... es un ejercicio de naturaleza interdisciplinaria, que reserva a los jueces el examen global de esa producción técnica, así como la decisión final. Ubicados en ese marco conceptual, advierto que en el expediente sólo se cuenta con informes parciales efectuados por un sector del CONNAF distinto al área especializada. Casi todos ellos, están orientados al seguimiento de una guarda común, y basados mayormente en datos que proporcionaron los propios interesados. Si bien estos elementos ilustran, en principio, acerca de un desarrollo positivo de la relación, a mi entender, no se les puede atribuir el valor de una evaluación integral dentro del específico marco de la adopción... Interpreto que los jueces deben realizar sobre bases sólidas su trabajo de apreciación de qué es lo más conveniente para el niño, con visión prospectiva; labor en extremo delicada, que no podrán cumplir responsablemente sin conocer, en lo que a ellos concierne, la realidad de todas las personas implicadas. Por eso mismo, estimo que el recaudo legal atinente al abordaje exhaustivo del chiquito y la familia postulante, por parte de especialistas en la materia, resulta un modo insoslayable -imbuido por las exigencias propias del orden público-, para garantizar mínimamente la regularidad del proceso adoptivo, en pos del cuidado de su protagonista, que es el adoptando”* (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 331:2047).

Interés superior del niño. Intelección en el caso concreto. Improcedencia de su consideración en sentido en sentido abstracto. “Probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido 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 el interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso” (SCBA, C. 116.644, sentencia del 18 de abril de 2018).

**Interés superior del niño. Deber de considerar el impacto de la decisión que se adopte en su futuro.** Corresponde tener en cuenta el interés del menor, que conlleva que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de la niña y porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ella es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro (v. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y SCBA, C 119536, sentencia del 21 de octubre de 2015).

**Interés superior del niño. Evaluación interdisciplinaria y escucha del niño.** Una interpretación respetuosa del principio rector del interés superior del niño en esta materia exige, al menos, la consideración de dos cuestiones esenciales: la evaluación interdisciplinaria y la escucha del niño (v. arts. 3, 5, 12 y ccs., Convención sobre los Derechos del Niño; Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño número 12 y número 14, *sobre el derecho del niño a ser escuchado* (2009) y *sobre el derecho del niño a que su superior interés sea considerado una consideración primordial* (2013); CIDH, “Atala Riffo vs Chile” (2012), párrs. 196-208; “Fomerón vs Argentina” (2012), párrafos 48-50 y ccs.; arts. 595, 609, 706, 709, 710 y ccs., C.C.yC.).

**Interés superior del niño. Derecho a expresar libremente su opinión.** “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párr.1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párr..1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12” (v. Observación General del Comité de Derechos del Niño N° 14 (2013), párr. 45).