



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C 121. 162 “V., A. s/ medida de abrigo”

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón con fecha 27 de septiembre de 2016 confirmó la decisión de primera instancia que resolvió revocar la guarda de los hermanos A. y M.V. que se había otorgado al matrimonio M.-M.. Asimismo dispuso la realización de una evaluación al niño A. a los fines de establecer diagnóstico, pronóstico y tratamiento frente a la posible dificultad cognitiva manifestada por sus guardadores; la concurrencia del matrimonio –en la medida en que lo acepten– a programas de apoyo para aspirantes a adopción y, por último, la adopción de medidas respecto de los hermanos mayores de M. y A. –V. y B. V.– de conformidad con las observaciones realizadas por la Lic en Trabajo Social a fs 208/8 y vta (fs. 345 vta y 346).

Contra tal forma de decidir, se alzó el matrimonio guardador M.-M. a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad que a continuación paso a examinar (fs.371/384 vta.)

II. Del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Los quejosos centran sus agravios en considerar que la sentencia impugnada evidencia una errónea aplicación de los artículos 20, 21 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño; de los artículos 1, 2 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de los artículos 594, 595 y 621 del Código Civil y Comercial de la Nación; del artículo 3 de la ley 26.061 y de los artículos 1 y 2, incs. a y c de la ley provincial 14.528.

Asimismo denuncia violación de la doctrina legal de esa Corte con fundamento en dos sentencias de la Corte Federal, en un voto de un precedente de esa Corte y cita de doctrina autoral (fs.380 vta.)

Concretamente sostienen que la aplicación al caso del artículo 595 inc. d) del Código Civil y Comercial conlleva la violación de los derechos adquiridos de M. a crecer en una familia, a tener un hogar, una vivienda, buena alimentación, educación, en suma todo lo que hace a la protección integral de éstos, en contradicción con los mandatos emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 375).

Al respecto expresan que “Revocar la guarda de M. sería objetivamente violatorio e iría contra el interés superior del niño toda vez que ya ha adquirido con certeza una familia. Preponderar su reinstitucionalización, para reemprender una nueva búsqueda de pretendidos guardadores sería desandar y vulnerar los derechos adquiridos del menor, priorizando el azar y la incertidumbre por sobre su actual, seguro y beneficioso centro de vida ... Hoy M. tiene derechos adquiridos y retrotraer esta situación por una aplicación meramente subjetiva y de factibilidad incierta sería ni más ni menos que vulnerarlos, en tanto el niño es sujeto individual de derechos, nacional e internacionalmente hablando. Hoy M. se encuentra pleno en su centro de vida, formando parte de una familia que es el pilar básico para su desarrollo, a la vez que una plataforma segura del efectivo cumplimiento de su interés superior. Inobservar los preceptos fundamentales legislados sería violatorio de ellos y acarrearía un gravamen irreparable para el menor” (fs. 376 vta. y 377).

En particular se agravian por considerar que “la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II del departamento judicial de Morón sostiene, al confirmar la medida del juez *a quo*, que lo mejor para el interés del menor es la reinstitucionalización y la búsqueda de nuevos guardadores para que comiencen una vinculación con los medio hermanos, esta vez sí en conjunto, obligando a M. a desandar sus pasos, desechar lo construido, renunciar a su derechos adquiridos a tener una familia,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

un hogar, alimentación, cuidado... En síntesis, ata la suerte del menor a un futuro incierto, aferrándose a una mirada subjetiva y parcial del artículo 595 inc. d) del Código Civil y Comercial. El articulado es claro ya que dicho inciso es una opción de los principios generales que rigen el instituto de la adopción y por si esto fuera poco el legislador instruye el art. 621 que permite zanjar dicho entuerto y mantener los vínculos jurídicos entre hermanos –en este caso respecto de la filiación materna– adoptados por distintas familias”. (fs 382 vta y 383)

En particular relación con el principio receptado en el inciso d) del artículo 595 del Código Civil y Comercial –la preservación de los vínculos fraternos–, los quejosos manifiestan que “El artículo –introdutorio a todo un sistema– contiene las directrices que guiarán la interpretación jurídica, su particular importancia reposa en que, como puede verse en la jurisprudencia en temas de adopción, da cuenta de casos que comienzan, se desarrollan y se cristalizan en verdaderas tragedias humanas... Los cuatro [principios] contenidos en las letras b) a d) guardan estrecha relación, pues todos versan sobre aspectos de la identidad, sea estática o dinámica. Algunos tienen fuente legal –como el interés superior del niño consignado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26061– y otra jurisprudencial –como el que dispone mantener los vínculos entre hermanos están emparentados– con preceptos constitucionales como el derecho a la identidad o la tutela judicial efectiva –en el caso del deber de oír al niño y tener en cuenta su opinión–, y deben ser armonizados durante todo el recorrido adoptivo con los principios generales reglados en los artículos 705 a 711 Código Civil y Comercial. Los principios que rigen la adopción no son excluyentes entre sí, su aplicación siempre será concomitante y dirigida a amalgamar la decisión judicial y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro” (fs. 377 vta. y 378)

Asimismo señalan que el principio del interés superior del niño “...se trata de un principio de derecho reglado en varias

normas como la ley 26.061 (art. 3) y las leyes provinciales de infancia, pero particularmente enfatizado en la Convención sobre los Derechos del Niño para el supuesto del derecho a vivir en familia en los artículos 20 y 21, cuando conceptualiza a la adopción como deber de garantizar los cuidados al niño, contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales, dispone que los Estados que admiten este sistema cuiden que el interés superior del niño sea la consideración primordial y no una consideración más a evaluar junto con otras....Este principio constituye el fundamento reiterado de las sentencias judiciales. Sin embargo, no siempre se extrae de los textos que lo invocan, cómo se llenan de contenido a la fórmula o concepto indeterminado, observándose que hechos similares son resueltos antagónicamente con invocación del interés superior del niño, lo que particularmente se ve en las pujas judiciales, entre las familias de origen y los pretensos adoptantes. Incluso esa afirmación alcanza a un mismo caso que transita por diversas instancias. De allí la importancia de que el razonamiento jurídico se expliciten los motivos – fundados en los hechos del caso y las pruebas reunidas– que hacen que para determinado niño, en específicas circunstancias, su interés superior se puntualice conservando o restituyendo determinados derechos, debiendo justificarse el fundamento de la determinación, no fundarse en meras hipótesis, a la par que debe materializarse la concreción de los derechos en juego.... Y es aquí donde comenzamos a hablar de una aplicación subjetiva de la solución. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala II no justifico la decisión adoptada, creyendo haber procedido de acuerdo a derecho, todo esto, en tanto y en cuanto hubiere considerado exponer los fundamentos del derecho. Por lo tanto, la falta de justificación es consecuencia de un erróneo cumplimiento del deber que le impone su investidura, a partir de una incorrecta interpretación del sentido del texto expresado por el legislador. Es a todas luces una sentencia recurrida, huérfana de todo argumento, así como explicación del proceso discursivo que llevó a la mayoría a adoptar la arbitraria decisión que estamos recurriendo. De continuar con esta interpretación meramente subjetiva del artículo 595 inc. d)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

del Código Civil y Comercial sería incurrir en un error de relación entre la ley y los hechos, que se traduciría en una errónea aplicación de la ley, causando desde ya un gravamen irreparable al menor M.” (fs. 379 y vta).

Por último sostienen que “No cabe duda alguna que el artículo 621 del Código Civil y Comercial es la herramienta perfecta que permitiría que los medio hermanos, M. y A., tuvieran contacto (vínculo) de por vida. En este particularísimo caso, el antedicho artículo viene a subsanar la imposibilidad de realizar lo normado por el artículo 595 inc. d) en su primera parte, permitiendo la protección integral de los derechos adquiridos por el menor M., de jerarquía constitucional. La no aplicación de este novedoso canal de solución sería una clara inobservancia violatoria de lo preceptuado legislativamente, e ir contra el propio espíritu del instituto de la adopción del Código Civil y Comercial de la Nación y por supuesto acarrearía una agravio irreparable para M.” (fs. 380 y vta).

III. En mi opinión el remedio no debe prosperar.

Como se advierte de la lectura de los agravios traídos *–ut supra* reseñados– los recurrentes centran sus quejas en considerar que la decisión adoptada por la Cámara departamental evidencia una errónea aplicación del principio del interés superior del niño al priorizar la convivencia entre los hermanos por sobre la permanencia del niño M. junto a ellos (fs. 69/70, fs 303/4 vta., 334/46).

i. En primer lugar, entiendo preciso recordar que 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 C. 100.587, sent. del 4 de febrero de 2009; C. 101.304, sent. del 23 de diciembre 2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8 de marzo 1988; C. 108474, sent. del 6 de octubre 2010; entre muchas otras); excepcional extremo que los quejosos han omitido alegar y probar respecto de la decisión atacada que dispuso revocar la guarda de los

niños Agustín y Martín (fs. 69/70, 264, 303/4 vta., 334/46).

Al respecto, esa Corte tiene reiteradamente dicho que resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que sólo trasunta una discrepancia de criterio y no demuestra cómo se habría producido la infracción legal o el absurdo denunciado (SCBA, C. 65.618, sent. del 13 de marzo de 2002; L. 101.513, sent. del 17 de noviembre de 2010; C. 114.079, sent. del 24 de octubre de 2012, entre muchas otras).

En la especie, se advierte que la decisión impugnada de revocar la guarda del niño M. (por entonces de 9 meses de edad) luego de tres meses y medio de convivencia junto al matrimonio guardador (fs. 79 y vta) en virtud de la decisión unilateral del matrimonio M.-M. de no egresar a su hermano A. (por entonces de 4 años de edad) luego de un breve período de vinculación (20 días) sin expresar ningún motivo ajeno a las ‘dificultades’ propias y esperables de una etapa inicial de vinculación (fs. 264, 270, 272/8, 280/4 y vta. 285, 302 y 343 vta.), tuvo en miras la conveniencia de garantizar el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el ámbito de una familia – una vez acreditada la imposibilidad de poder hacerlo en el ámbito de su familia de origen (fs. 339 vta. y 340) – conjuntamente con su derecho a la identidad, procurando la preservación de los vínculos fraternos (fs. 340 vta/344 vta.).

Al respecto, cabe recordar que los principios enumerados en el artículo 595 del Código Civil y Comercial reflejan los principios reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las leyes sobre protección integral de derechos del niño adoptadas en su consecuencia, entre los que cabe destacar la regla de la inseparabilidad de los hermanos (ley nacional 26.061 y decreto reglamentario 415/06, ley provincial 13.298 modificada por ley 14537, dto. reg.300/05 y ley 14528).

Específicamente, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General nro 14/2013 *sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial* estableció que el principio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

del interés superior del niño es un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento, cuya determinación exige valorar la opinión del niño, *la identidad, la preservación del entorno familiar*, el cuidado, la protección y seguridad, la salud y la educación (Párrafos 52-79), y cuya observancia efectiva requiere del establecimiento de algunas salvaguardas procesales, tales como: el derecho del niño a expresar su opinión, la determinación de los hechos, la percepción del tiempo, los profesionales cualificados, la representación letrada, la argumentación jurídica, los mecanismos para revisar las decisiones, la evaluación del impacto (Párrafos 85-99).

Concretamente, de los elementos de juicio tenidos en cuenta por la Cámara para resolver, se desprende que: (1) al momento de la selección del matrimonio se tuvo en especial consideración la disponibilidad adoptiva expresada ante el Registro Central de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (fs. 103/5) --de donde surge, en lo que aquí concierne, la disponibilidad para recibir a grupos de hermanos (hasta tres), con edades de hasta 10 años y problemas de salud leves--; (2) que desde el momento en que han sido convocados por el juzgado el matrimonio recurrente tuvo conocimiento de que M. tenía un hermano llamado A., con quien convivió durante un mes en el Hogar. A dicha institución concurría el matrimonio a los efectos de la vinculación con M., manteniendo contacto con A. (fs. 89); (3) que la totalidad de los informes del equipo técnico --con excepción del mencionado por los apelantes en su queja (fs. 68) -- resultan contestes en concluir respecto de la conveniencia de preservar el vínculo de crianza de ambos niños mediante el otorgamiento de una guarda conjunta y, por último, que (4) a los ocho días de iniciada la vinculación con A. el matrimonio impugnante comenzó a manifestar al personal del Hogar donde se encontraba alojado el niño que requerían la selección de otro matrimonio para A., manifestando dificultades en la vinculación y preocupación por supuestas deficiencias intelectuales y físicas.

Es decir, la sentencia impugnada evidencia, en mi opinión, un desarrollo ajustado a los hechos y a las reglas –legales y convencionales– que gobiernan la labor judicial en esta materia.

Sin embargo, como lo he anticipado, ningún agravio ha planteado el recurrente con miras a intentar conmover la plataforma fáctica ni jurídica tenida en cuenta por el *ad quem* para adoptar la decisión que aquí se impugna, limitándose en su lugar a cuestionar dogmáticamente la aplicación al caso del inciso d) del artículo 595 del Código Civil y Comercial, procurando su desplazamiento y sustitución por la aplicación del artículo 621 que, en contraste con lo sostenido por los quejosos, reconoce una *facultad judicial* para un momento posterior del proceso –juicio de adopción en sentido estricto–. Una interpretación como la propuesta por los apelantes en el remedio extraordinario conduciría al yerro de confundir una facultad judicial –que exige petición de parte y motivos fundados– con el deber del juez de aplicar los principios generales sin perder de vista que el instituto de la adopción tiene por objeto brindar satisfacción a las necesidades y derechos de los niños, y no de los adultos (arts. 594, 595 C.C.yC.; AMEAL, OSCAR Director; HERNÁNDEZ LIDIA Y UGARTE LUIS, Codirectores, *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, Tomo 2, pp. 629-40, 705-8).

Aún más, de la lectura de los agravios se advierte que los quejosos alegaron la vulneración del principio del interés superior sin cuestionar los sólidos fundamentos tenidos en cuenta por los magistrados de la Alzada –apoyados en las conclusiones de los informes del equipo técnico del juzgado (fs. 211/14, 278), del servicio administrativo de protección de los niños (fs. 253) y de la actividad desplegada por el Ministerio Pupilar (fs. 57/8, 280/4)– para determinar en concreto la aplicación al caso del principio del interés superior de *ambos* niños. De ello se sigue, en mi opinión, que los argumentos sostenidos por la recurrente importan una discrepancia parcial con las conclusiones del pronunciamiento en crisis y, en consecuencia,

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

carecen de idoneidad para acreditar la grosera desinterpretación exigida para la configuración del vicio de absurdidad (conf. SCBA; L 85345, sent. del 1-11-2006 y ccs.).

En otras palabras, de los agravios traídos no surge con claridad cuáles son los derechos que la decisión cuestionada desconoce ni el modo en que su impugnación permitiría maximizar la plataforma de derechos reconocidos por la decisión impugnada.

En definitiva, considero que más allá de la insuficiencia de los agravios planteados con miras a revertir la decisión impugnada, un análisis completo del proceso en su conjunto –sin perjuicio del silencio guardado a fs. 65/8, 69/70 y 70– evidencia, en mi opinión, una actividad jurisdiccional encaminada hacia una guarda con fines adoptivos conjunta, como la que fuera decidida en primera instancia y confirmada por al alzada departamental, sin que hubiera existido, más allá de la decisión unilateral manifestada por el matrimonio guardador respecto de A., ningún otro elemento que justificara su imposibilidad o inconveniencia.

ii. Sin perjuicio de la deficiencia técnica destacada y de la improcedencia de los agravios traídos desde el punto de vista de los derechos de fondo, no resulta posible desconocer que al momento del presente dictamen, la plataforma fáctica se ha modificado debido al tiempo transcurrido –advírtase que en virtud del efecto suspensivo con que fueron concedidos el recurso ordinario de apelación como el remedio extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 329 y 387/8) se incrementó considerablemente el tiempo de convivencia del niño M. –de tres a diez meses (fs. 79 y vta.)– junto a sus actuales guardadores.

A ello cabe agregar, como lo pone de relieve la propia Cámara que, sin perjuicio del trámite por separado que se ha desplegado respecto de cada uno de los niños y de la articulación de planteos recursivos únicamente respecto del niño M., el presente conflicto involucra la vida de ambos niños (fs. 339 vta).

Por último, resulta imperioso considerar la decisión de esa Corte que, como medida para mejor proveer, ordenó la realización de nuevos informes psicológicos, psiquiátricos y ambientales que, además de actualizar la situación el niño M., permitieron incorporar al proceso elementos de juicio para conocer y valorar la situación actual de A. junto con sus actuales guardadores, hasta ese momento ajenos al presente proceso (fs. 337 vta y 401, 431/44, 442/7vta., 448/58, 459/62).

iii. Del tiempo y de las nuevas pruebas producidas.

Al respecto, cito que los conceptos de eficacia y utilidad del decisorio, también integran la garantía del debido proceso (De los Santos, Mabel A., “El debido proceso legal ante los nuevos paradigmas”, La Ley, 9 de abril de 2012, AR/DOC/1321/2012).

Así lo sostuvo el Dr de Lázzari al expresar que “... teniendo en cuenta el interés del menor, que conlleva que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño, y que obliga a considerar que en toda decisión concerniente a *él es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro* (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (conf. SCBA C. 119.702, sent. del 11 de febrero de 2016)

En virtud de ello no es posible desconocer la implicancia que al presente reviste la circunstancia de que el niño M. haya convivido junto al matrimonio guardador desde sus cinco meses de vida hasta la actualidad (conf fs. 59/61, 79 vta).

En rigor, las conclusiones de los informes producidos en esa instancia extraordinaria dan cuenta, en primer lugar, del bienestar de ambos niños dentro del ámbito familiar en el que se encuentra cada uno respectivamente (fs.431/44, 442/7vta.,448/58, 459/62); de la predisposición expresada por ambas familias guardadoras en orden con el establecimiento de un vínculo de comunicación con los referentes de la familia de origen,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

destacando, en particular, el vínculo entre M. y A. (fs. 442/7vta. y 448/58) y, por último, destacan las condiciones del matrimonio F.-L. para asumir el cuidado del niño M. y permitir la crianza conjunta de ambos hermanos (fs. 442/7 vta., 448/58, 459/62).

El resultado de estas pericias no ha merecido cuestionamientos por parte del Asesor de Incapaces ni del matrimonio impugnante, con la única excepción de la objeción formulada por éstos respecto de un fragmento del informe elaborado a fs. 459/62vta (fs. 463, 465, 469, 470/1)

Asimismo, señalo el resultado de la pericia psicológica obrante a fs.448/59 en cuanto consigna que “Podemos expresar que M. se encuentra atravesando un período constitutivo de su psiquismo en el que por su edad cronológica, esta en construcción de un apego constitutivo en pleno desarrollo de su identidad personal. En el mismo sentido es importante resaltar que *el desapego de figuras significativas en la constitución del siquismo pone en riesgo el desarrollo saludable del niño y en consecuencia la posibilidad de puntos nodales para el despliegue de futuras psicopatologías.* La pareja M.-M. ha generado un vínculo de apego con M., *Desandar este camino del psiquismo de un vínculo real por un vínculo posible con un hermano que no conoce, atentaría con el proceso tendiente a garantizar un desarrollo integral saludable del menor M.*” (fs 456 vta. destacado propio).

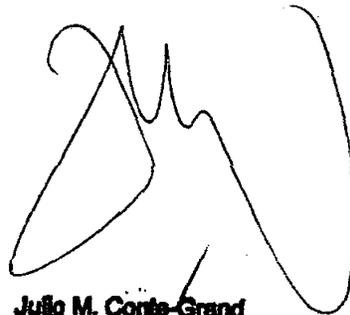
En virtud de ello, y a pesar de las consideraciones vertidas respecto de la improcedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado, estimo prudente propiciar a VE el mantenimiento de los niños bajo sus actuales guardadores y la remisión del expediente a la instancia de origen a fin de que se adopten las medidas tendientes a establecer un régimen adecuado de comunicación con su hermano Agustín y, eventualmente, con sus hermanos mayores -V. y B. V.- , de conformidad con las constancias que dan cuenta del vínculo afectivo que une a A. con sus hermanos mayores (conf. C. 119 .541, sent. del 25 de febrero de

2015, C 119.647, sent. del 16 de marzo de 2016, C 119956, sent. del 19 de octubre de 2016, entre otras)

Consecuentemente propicio a VE el rechazo del recurso que dejo examinado, con la salvedad explicitada en los apartados III.ii) y iii) del presente dictamen.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 10 de junio 2017.

A handwritten signature in black ink, consisting of several large, fluid loops and strokes, positioned above the printed name.

Julio M. Conte-Grand
Fiscal General