



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

63

C 121287 “ B. A. s/ abrigo”

Suprema Corte:

La Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la sentencia de grado que resolvió declarar al adolescente A. B. en situación de adoptabilidad. (fs. 278/285vta.).

Contra dicho resolutorio se alza la progenitora del joven a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 288/295, que a continuación paso a examinar.

II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Denuncia la quejosa que a través de este proceso se ha violado la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires relativa a la infracción de las garantías constitucionales del debido proceso –no se han valorado adecuadamente las pruebas producidas y se han omitido producir pruebas que si bien fueran ordenadas por la jurisdicción , no se han practicado, vulnerando así la garantía del debido proceso-, de defensa en juicio ; se ha trasvasado el Interés Superior de A. que debiera y pretende tutelar , como es el derecho a vivir con su familia biológica , de conformidad con lo previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño, (arts. 7, 9, 10 y 11, entre otros). (v. fs. 288).

En particular se agravia por considerar que: “ se me ha atribuido causas objetivas de Abandono inexistentes y/o infundadas; y se ha violado el derecho constitucional previsto por el art. 12 de la Convención de los Derechos del niño, produciéndose la escucha del menor incondicional a su deseo,

descontextualizada de su realidad socio-ambiental careciendo de informes psicológicos fundantes.-; incurriendo en “absurdo” en la apreciación de las pruebas, pues ha omitido la valoración o tratamiento de cuestiones esenciales, lo que le impidió tener un conocimiento cabal de la verdad material , tornando su decisorio arbitrario”. (fs. 289)

Agrega a su vez que el decisorio atacado ha vulnerado sus derechos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso y a consecuencia de ello, se ha obtenido una sentencia que ordena el estado de adoptabilidad de su hijo, la cual le causó un perjuicio tal, que no puede ser remediado de modo alguno “(v. fs. 290)

En efecto expresa que “... basta con sintetizar las instancias seguidas para concluir que el juicio no ha tenido un sistema procesal que lo encauce....esta parte no niega hechos de la realidad niega hechos de violenciaEsto se lo he dicho a todos y cada uno de los operadores que han intervenido desde el comienzo (Servicio de Niñez de CABA; Servicio Local, Hogar , etc) el Juzgado de primera instancia comienza a desgranar su sentencias , esto es Declaración de legalidad de la Medida de Abrigo (fs. 96/100) de fecha 29 de octubre de 2015, en la que se imponen entre una serie de medidas de prueba ,el inicio de Tratamiento Psicológico para ésta parte y por parte de A. esta parte se encuentra realizando el tratamiento Psicológico desde antes de esta orden, Empero, respecto de A. no hay una sola constancia que acredite el tratamiento psicológico aconsejado.” (v. fs. 290vta. / 291)

En este sentido, argumenta que está realizando tratamiento psicológico desde el 21 de julio de 2015, concurriendo regularmente y con pronóstico favorable (ver. Constancia de fs, 185) antes que se lo ordenara la jurisdicción y entiende que: “... no ha servido para nada siquiera para ordenar el pase al E. técnico de éste Juzgado actuante para la realización de una pericia psicológica en mi persona y/o pedir informe ampliatorio al psicólogo tratante y así determinar si me encuentro en condiciones o no de cumplir mi rol materno “. (fs. 291)

También, alega que la decisión de la alzada se



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

encuentra mas emparentada con la que usualmente se utiliza para decidir una causa civil y/o comercial que a los procesos de familia. En efecto, sostiene que, “sentenciar - como se ha hecho- es obtener un decisorio formal que no refleja la verdad material que ha de tenerse como norte en todas las decisiones jurisdiccionales ha tomarse máxime en este tipo de proceso “ (v. fs. 291 vta./292)

Hace principal hincapié en que: “La sentencia ha trasvasado el Interés Superior de A. que debiera tutelar , como es el derecho a vivir con su familia biológica , de conformidad con lo previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño, la que subraya en diversas disposiciones el derecho esencial del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos. (v. fs. 292).

Así, expresa que: “Ninguna de estas dos notas distintivas – descuido o abandono- se han visto configuradas a lo largo de estos actuados, pues nunca me he desentendido, descuidado y/o abandonado a A. (v. fs. 292vta.)

Específicamente, se agravia en relación a que “se ha confundido el Interés Superior de A. (el que ha configurado SOLO a partir de su escucha irrestricta) y lo ha confrontado con el Interés Superior Familiar y subrayado, como ha de decidirse en caso de colisión de intereses, supuesto en que –no cabe duda- ha de prevalecer primero... Lo cierto es que, tal como se ha sostenido a lo largo de todo este proceso, la escucha de A. se ha producido incondicional a su deseo, descontextualizada de su realidad socio- ambiental, careciendo de informes psicológicos fundantes.- (v. fs. 292vta.)

Y agrega que: “Coincido con el sentenciante en cuanto a los principios rectores que marcan el punto de análisis. No puede prescindirse de la opinión del menor Lo que debe tenerse en claro que oír al menor, no significa aceptar incondicionalmente su deseo.“ (fs. v 293).

En consonancia, con el agravio desarrollado, expresa que: “ La Jurisdicción debe resolver priorizando el interés del menor y para tomar una decisión debe tener en cuenta sus argumentos, lo que no significa que

aquella acoja plenamente sus deseos. En este sentido esgrime que: “A. nos está manejando y/o manipulando, pues pretende una familia con mejores y mayores recursos económicos, de los que ésta familia le puede brindar. Pretende mayores libertades no quiere respetar los límites que se le imponían, quiere andar suelto, en la calle, con sus amigos, ir y venir adonde se le ocurra sin permisos, sin ataduras.” (v. fs. 293).

Añade a lo mencionado que: “A. a toda costa, pretende escaparse de la realidad socio-económica que como familia nos ha tocado vivir y fantasea con tener un papá y una mamá adoptiva que de allí lo saque.” (v. fs. 293).

Además, expresa que: “. . . es la Jurisdicción la que debió desentrañar la voluntad real de A. y su consecuente proceder, no solo escuchándolo (art. 12 de la CDN) sino procurando la producción del Tratamiento psicológico ordenado y hasta ahora incumplido, omisión que ha desembocado en crear a pie juntillas que sus dichos son reveladores de la verdad absoluta y por ende sus deseos genuinos, careciendo de las más elemental prueba de rigor, como resulta el informe psicológico ausente.” (v. fs. 293vta.)

Luego, solicita que el informe psicológico sea producido por ante esa Suprema Corte. (v. fs. 293 vta.).

Por otra parte, alega que “Respecto del interés Superior Familiar, no se ha tenido en cuenta que A., cuenta con dos (2) hermanos que viven con la infrascripta, por lo cual, de confirmarse el decreto del estado de adoptabilidad . . . , no solo afecta a esta parte, sino también a mis otros dos pequeños , a quienes se les está privando de la posibilidad de vincularse con sus hermanos de sangre , conforme directrices de la Convención de los Derechos del Niño receptadas por las leyes 13.298, 13634 y decreto reglamentario. De no respetarse dicha cuestión, se violarán normas constitucionales en materia de menores, tales como el derecho a la identidad a la preservación del menor junto a los miembros de su familia, derecho a la información básica sobre el paradero de familiares de los que fuera separada, u derecho al contacto familiar, contemplados en los arts. 7, 8, 9 y 10 de la Convención



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

sobre los Derechos del niño, así como también los arts. 14 bis, 16, 19, 33, 75.inc.22, 23 y s.s. de la Constitución Nacional y arts. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 18, 21, 24, 27, 29, 41, c.c. (v. fs. 293vta./294)

En síntesis entiende que: “ ...al no contener la sentencia recurrida un razonamiento o juicio suficiente en el cual la decisión o mandato descansa y le de fuerza de convicción por lo cual ha de considerarse arbitraria y absurda, toda vez que dicha decisión se ha dictado en franca violación a los artículos 11, 12, 15 y 36 inc.2 y 8, 161 inc. 3 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 16, 18 y 33 de la Constitución Nacional; y arts. 3, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 19, 24 y 37 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; arts. 3, 4, 9, 19, 32, 33, 34, y 35 de la ley 13,298 y Decreto Reglamentario N° 300/05 Resol. 171 del Ministerio de Desarrollo Social y a los nuevos paradigmas del Derecho Minoril. “ (v. fs. 294vta.)

II. Considero que el remedio no puede prosperar.

Inicialmente resulta preciso señalar 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 101304, 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). En la especie se ha omitido demostrar que las conclusiones impugnadas constituyen el producto de una apreciación absurda. En este sentido, tiene reiteradamente dicho esa Corte 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-III-2002, L101513, sent. del 17-11-2010, entre muchas otras).

En efecto, y a mi modo de ver, la quejosa deja incólume el fundamento esencial tenido en cuenta por la alzada para resolver centrado en considerar que los mecanismos que aporta el sistema de Promoción y Protección de

los derechos de niños, niñas y adolescentes a través de los distintos organismos que han abordado la conflictiva familiar, no han logrado modificar el difícil vínculo materno – filial que se aprecia en la especie. Asimismo destaca que el cúmulo de las actuaciones reunidas en el sub-lite , vislumbran la sinrazón de las quejas esgrimidas por la apelante, toda vez que se evidencia en toda su dimensión el alto grado de conflictividad existente en la relación de A. con su progenitora, la inalterabilidad en la percepción del problema por parte de la Sra. B., como asimismo la falta de certidumbre respecto de la capacidad de aquélla para hacerse cargo, por sí misma de su hijo; a lo que se suma a que a debido afrontar la institucionalización. (ley 13.298)

En apoyo de la decisión cuestionada la alzada efectúa un pormenorizado relato de los hechos que dieron origen a la intervención estatal - primeramente el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes GCBA y luego el Servicio Local de Lomas de Zamora -generando el inicio de las presentes actuaciones.

En particular destaca que de las constancias de la causa surge la intermediación de numerosos profesionales y equipos técnicos que pretendieron darle a la conflictiva familiar un enfoque interdisciplinario y que trabajaron en aras de preservar los lazos del joven con su familia de origen.

Al respecto resalta el informe del Hogar -en el que reside A.- (v. fs. 61 I cuerpo) el que comunicó en el marco del seguimiento de las visitas que A. realizaba a la casa de su madre, que el niño refirió que las actitudes violentas de la madre no habían cambiado, mostrándose negativo a retomar la convivencia familiar. (v. fs. 281 vta/2 II Cuerpo).

Asimismo, señala también que del Informe del Servicio Local (v. fs. 68/69 I cuerpo) A. manifiesta que es hostilizado por su madre y también por su hermano mayor cuando concurre al domicilio materno.

En la misma línea pone de relieve un nuevo informe de la Casa L. (v. fs. 78/79 del I Cuerpo) del cual se desprende que el niño dejó en claro su voluntad de no querer ver a su madre justificando esta decisión en el enojo que



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

provoca en él la responsabilización sobre las situaciones ocurridas; quedando canceladas las visitas al domicilio materno por haber sido víctima de episodios de violencia por parte de su progenitora y de su hermano. (v. fs. 282 II Cuerpo)

A mayor abundamiento señala las conclusiones que surgen del Plan Estratégico de Restitución de Derechos (PER) del cual se desprende “ que la Sra. B. no ha podido revertir su posicionamiento, mientras que la Sra. P. (tía de A.) no pudo sobreponer sus deseos de alojar al niño al temor de represalias violentas por parte de la madre. Por lo que, se requirió la declaración de adoptabilidad del niño A. B., al no encontrarse garantizadas las condiciones para que pueda retomar al hogar materno.

Es menester poner de resalto que de las constancias obrantes en las presentes actuaciones, (fs. 34, fs. 110/112, fs. 169, fs. 174, fs. 181, fs. 188/vta., 198/204) se evidencia que se cumplimentó acabadamente con las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, en contraposición a lo alegado por la recurrente. Nótese que no sólo se la notificó de la declaración de situación de adoptabilidad del joven A. – v. fs. 198/204- sino que se observa que la Sra. B. tomó conocimiento de la medida adoptada en relación a su hijo (v. fs. 34 del expediente s/ Materia a categorizar) como así también de la resolución que decreta la legalidad de la misma (v. fs. 110/112 del I cuerpo) con lo cual si bien tuvo la participación y posibilidad de ejercer su derecho de defensa y ofrecer las pruebas que hubiera estimado corresponder a los fines de revertir la situación que dio origen a la medida de protección lo cierto es que no lo hizo.

Al respecto resulta ilustrativo señalar que recién la primera presentación que realiza en el marco del expediente sobre abrigo es para apelar la resolución que declara el estado de adoptabilidad, no visualizándose que se encuentre conculcado el derecho de defensa, máxime como en el caso sub examine, se cumplimentó con el carácter de parte conforme lo determina el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sabido es que el artículo 608 del Código precitado establece en

el inc. b) que: *“El procedimiento que concluye con la declaración judicial de situación de adoptabilidad requiere la intervención : ... con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño , niña o adolescente.”*

En este entendimiento vale decir que, que la Sra. B. intervino en el procedimiento con su correspondiente patrocinio letrado, reconociéndosele el carácter de parte, en total consonancia con la manda constitucional-internacional como lo es el derecho de defensa en juicio en un proceso con consecuencias de suma envergadura en la relación materno-filial como lo es la posibilidad de que A. forme parte de otro grupo familiar a través de la figura de la adopción.

Por otro lado, es menester señalar que, -a mi modo de ver- yerra la recurrente al considerar que la Cámara ha trasvasado el derecho de A. a vivir con su familia biológica, puesto que surge claramente que de la labor desarrollada y estrategias desplegadas por el Organismo Administrativo como por el Juzgado de origen si bien se trabajó con la Sra. B. a los fines de lograr fortalecerla en el maternaje y que Axel volviera al hogar materno – e incluso se intentó otra alternativa como es la familia ampliada, y que se quedara con la Sra. P.- la actitud hostil de la progenitora y la falta de registro en relación a sus fallas en el rol materno, tornaron imposible la recomposición del vínculo con su hijo.

Es necesario hacer referencia al estado de vulneración en el que se encontraba A. al inicio de estas actuaciones siendo la Directora de la Escuela de CABA – a donde concurría- quién denuncia la situación en virtud de los dichos de A. que manifestó que su madre le había pegado con un palo y que desde hacía mucho tiempo lo agredía física y verbalmente. (v. fs. 33/34 del exp. s/ materia a categorizar). Así, se observa que C., niega en forma reiterada cada uno de los dichos del joven y pone en tela de juicio la labor efectuada por los operadores del Servicio como así también por los profesionales del Hogar en donde se aloja A.

Es que como se ilustrara opera en la Sra. B. la falta de registro de la situación, minimizando el deseo de A., cuestionando su



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

participación en el proceso como sujeto de derecho, y tratando de manipular el discurso de su hijo hacia su propio interés.

En relación a este punto, vale decir, que surge de las constancias de autos que, tanto que la Jueza de primera instancia (v. fs. 81 y 146 del I Cuerpo) como el Tribunal de Alzada, (275 II Cuerpo.) han respetado la garantía constitucional –convencional del derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez asegurando el derecho de los niños a que se respete el principio a su autonomía progresiva (Preámbulo, arts. 3, 5 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3, 24 y ccs. Ley 26061, art 4 y ccs. ley 13298 y modif., Observación general nro 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el Derecho del Niño a ser oído, Observación General número 14/2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial y CIDH “ Atala Riffo” (2012)).

Cabe recordar que el nuevo Código Civil establece que “las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art 707).

A la luz de lo expuesto no resulta posible pasar por alto la firmeza de la decisión de A. (13) de no querer regresar a su hogar materno (fs 81, 146 y 275) sobretodo si consideramos que es un adolescente para el ordenamiento legal vigente (art. 25 y ccs. CCyC).

En efecto, el artículo 26 del Código Civil y Comercial establece que : “ ...la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su

persona.”

La doctrina argentina ha considerado que: Los niños y adolescentes deben ser escuchados en todo proceso, pero además, y el Código cumple ese derecho con mayor intensidad, al establecer que si el niño o adolescente sobre el cual se está decidiendo la posible adoptabilidad cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, éste interviene con la mayor participación que se puede tener en un proceso: ser parte..... Tal como surge del artículo 26 del Código y se deriva de varias disposiciones de la legislación civil de fondo ,la edad y grado de madurez constituyen dos elementos esenciales que, de manera complementaria y retroalimentándose , constituyen una variable básica para habilitar el ejercicio de determinados derechos. En esta lógica, y siendo la adopción una figura que tiene una fuerte impronta en la vida del niño o adolescente, el Código le reconoce un lugar de privilegio en los dos procesos que involucra la adopción. Así, en el artículo 608 del CCyC se enumera como primer vertiente –y ello no es casualidad- al niño o adolescente a quien se le reconoce que actúe en el carácter de parte si cuenta con edad y grado de madurez suficiente. En este caso, el mismo artículo se preocupa por señalar que tal participación debe serlo con asistencia letrada. (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, 'Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014', Tomo III páginas 264/266 editorial Rubinzal-Culzoni, 2014; arg. art. 608 inc. a, Código Civil y Comercial)".

Desde esta perspectiva considero que la sentencia en crisis valoró en forma debida no sólo la opinión del adolescente, respetando su calidad de parte en el procedimiento con su correspondiente patrocinio letrado, (v. fs. 275 II Cuerpo) sino también todos los otros elementos probatorios –ej. los informes del Hogar, el informe presentado por el perito psicólogo –, el informe socio ambiental en el domicilio de la Sra. B., el PER del Servicio Local , las entrevistas celebradas con A. ante el Juez a quo en presencia de su abogada y el Ministerio Pupilar), concluyendo finalmente que las distintas piezas colectadas no arrojan un resultado que amerite alterar lo decidido en la instancia de origen.

Que párrafo aparte merece ser analizada la situación del vínculo



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

de A. con sus hermanos.

En este sentido, resulta necesario señalar que tanto en el ámbito nacional -ley 26061- como en la Provincia de Buenos Aires,- ley 13.298 -se fijan determinados criterios o principios a ser tenidos en cuenta para la aplicación de las medidas excepcionales, colocándose el acento en la preservación de la identidad familiar y comunitaria de los niños, niñas y adolescentes, como ser la preservación del vínculo de hermanos, lo cual no sólo es un principio en el campo de las medidas excepcionales sino también en la adopción, siendo el denominador común en ambas el respeto por el derecho a la identidad.

En total consonancia con el “Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, el Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora a nuestra legislación principios rectores en materia de adopción. En este contexto, observamos que son principios generales: el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer los orígenes y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. (inc. a) , b) , c) , d) , e) y f) del artículo 595 del CCyC)

Así y en relación al caso que nos ocupa, propicio que en la instancia de origen se valore la posibilidad de adoptar medidas tendientes a evaluar la conveniencia de arbitrar un mecanismo que permita preservar los vínculos fraternos (incs. b) d) y e) del art. 595 del CCyC ; Art. 8 y cc. CDN).

Por todo lo hasta aquí expuesto, propicio rechazar el remedio extraordinario que dejo examinado con la salvedad explicitada en el punto anterior.

Tal es mi dictamen.

La Plata, *Marzo 6* de 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Suprocurador General
Suprema Corte de Justicia

