



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

C123350 "V. F. M. s/
materia a categorizar"

Suprema Corte:

I. La Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Mar del Plata con fecha 20 de mayo de 2019 dictó sentencia única en autos "V. F. s/ materia a categorizar", "V. F. s/ materia a categorizar (art 250 CPCC) y "V. C. G. c/ B. H. E. y otro/a s/ reintegro de hijo" mediante la cual revocó la guarda cautelarmente otorgada a favor del matrimonio de postulantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos integrado por S. S. y H. B., conjuntamente con el decisorio que declaró a la niña F. M. V. (2 años– conforme certificado fs. 373 –) en situación de adoptabilidad. En su lugar dispuso restituir la guarda de la niña a los referentes afectivos F. M. D. y F. A. L. como apoyos de la progenitora, C. G. V. (fs.492/ 524 vta.).

Contra tal forma de decidir se alzó el señor Asesor de Incapaces a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 631/48.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la resolución de la Cámara que modificó la guarda de la niña F. establecida a favor del matrimonio B.-S. y dispuso otorgar la guarda de la niña a los referentes afectivos, señora F. M. D. y señor F. A. L., vulnera los derechos de la niña a la intimidad, a la identidad, a vivir en familia, a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con el principio rector del interés superior (art. 3, 8, 9, 12, 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 11.2 y 11.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 639 inc. c) Código Civil y Comercial de la Nación; 3, 10, 11, 27 ley 26061; 4 ley 13298 y modificatorias) (fs.633/34).

Asimismo se queja de la decisión de la alzada que dispuso conceder el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley con efecto devolutivo.

Concretamente se agravia por considerar que: “Teniendo en consideración el efecto natural de los recursos al momento de su concesión: suspensivo (salvo expresa disposición en contrario) –cfr. SCBA, DJBA 120-218, y aplicación analógica del art. 243 CPCCBA, cfr. arts. 1 y 2 del CCyCN–; que ‘por norma los recursos extraordinarios proceden con efecto suspensivo (arg. Del art. 292, último párrafo del CPCC)’ (...); que en el caso particular se da la situación de que la niña F. V. se encuentra bajo el cuidado del matrimonio B.-S. (matrimonio inscripto en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, seleccionado cautelarmente por la Juez de Primera Instancia) desde el 4 de junio de 2018 ... De operar el efecto devolutivo, amén de no estar previsto por ley, implicaría modificar el statu quo de mi asistida, sustrayéndola de su centro específico de vida y quedando así latente la posibilidad de un nuevo cambio en su configuración esencial a raíz de la interposición del presente. Por lo que, de obviarse esta consideración, se abre la chance de generar desde el actuar del Estado (Poder Jurisdiccional) daños irreversibles en la persona y en los derechos básicos de la niña” (fs. 631 vta. y 632).

En relación con el fondo de la cuestión señala, en primer lugar, que la sentencia impugnada privilegió el interés de la madre por sobre el de la niña.

En ese sentido, destaca: “...retomamos el primer razonamiento de la Cámara: ¿hay derecho a vivir en familia? Entendemos que la respuesta afirmativa se impone, claro está. Pero yerra el juzgador cuando considera como familia a la de origen, superponiendo el interés de la madre por encima del de F.; de una madre ausente y negligente en el cuidado de su hija. Llevamos en tiempo de proceso más de 4 veces el plazo máximo legal previsto para la medida de protección de derechos más gravosa ¿cuántas chances más como Estado le daremos a la progenitora biológica, de ejercer un rol que a la fecha no ha desempeñado? ¿Cuántas chances reales de tener una familia le estamos quitando a F. en el discurrir de este procedimiento?” (fs. 638).

En segundo lugar, se queja por el tramo del decisorio que destaca la ausencia de consentimiento de la progenitora para dar a su hija en adopción como argumento de la decisión.

Sobre ese punto sostiene que “Dicha cuestión es completamente superflua e innecesaria para analizar el caso *sub examine*. Recordemos que estamos en el marco de una medida de abrigo vencida (6 meses plazo máximo); con más de dos años de tramitación de un expediente, frente a la incertidumbre de no saber F. cuál será su futuro vivencial por omisiones de la Señora V. (no del Estado, no del juzgado de



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

primera instancia, no de terceros, no de los órganos de niñez). Es entonces que la voluntad parental si bien no perdida, no ostenta un peso absoluto y deviene innecesario su tratamiento. No se comprende jurídicamente cuál es el efecto de que la progenitora no quiera dar en adopción a sus hijos; ni porque se le ha preguntado insistentemente en audiencia tal extremo... La demanda de adoptabilidad se instó en base al fracaso de las estrategias de la Administración Pública en el fortalecimiento familiar. No tiene rol jurídico alguno la sola voluntad de la Señora V., en orden a determinar si procede o no la declaración de situación de adoptabilidad. Caso contrario devendría innecesario un procedimiento judicial a tal fin. Pues con la sola negativa materna, luego de dos años, se culminaría el proceso" (fs. 639).

En esa línea, agrega que incurre en contradicción el tribunal de alzada al sostener, por un lado, que no se han agotado todas las medidas previas a la declaración de la situación de adoptabilidad y afirmar, por el otro, que la progenitora no se encuentra en condiciones de asumir el rol materno.

En tercer lugar, con apoyo en las conclusiones de los informes realizados por el equipo técnico a fs. 206/7, 315/316 y 339 y vta., alega que "F. se encuentra bajo el cuidado del matrimonio compuesto por los Sres. H. E. B. y S. A. S. desde el día 4 de junio de 2018, oportunidad en que la Sra. Juez de primera instancia resolvió otorgarles la guarda preadoptiva de la niña, es decir, de un año a la fecha (resolución firme y consentida). Conforme se encuentra acreditado en los actuados, desde el momento en que F. ha sido acogida por el matrimonio B.- S., éstos le han brindado todos los cuidados que la niña requiere, habiendo formado parte de su familia (compuesta por los nombradas y su hija adoptiva, A.) desde el día de su llegada y surgiendo palmariamente de los informes que se han efectuado en el transcurso del proceso, que F. se ha adaptado favorablemente a quienes hoy entiende como su familia, sus padres – Sres. B.-S.– y su hermana –A.– (de acuerdo a sus manifestaciones en audiencia ante la Cámara), habiendo creado un lazo verdadero y legítimo" (fs. 642).

En cuarto lugar, el recurrente sostiene "A ello se le suma una cuestión no menor (dada la corta edad y madurez de la niña): la circunstancia temporal. .. Es imperioso tener presente que esta causa abarca toda la vida de F., en la que la presencia de la madre ha sido nula y la de quienes en última instancia cambiaron su rol procesal (primera presentación como pretendidos guardadores, luego como guardadores con fines adoptivos, lo que de suyo presupone una necesaria y previa declaración de situación de adoptabilidad contra quien hoy dicen 'apoyan') y se

presenta como apoyo tanto de la Sra. C. V. como de la niña F. V. (Sres. D. y L.) no se encuentra debidamente acreditada. Es entonces, que el transcurso del tiempo de F. bajo la guarda del matrimonio B.-S., ha consolidado el vínculo de la niña con éstos, generando una aparente tensión con la familia de origen, que entiendo debe ser resuelta primando el interés superior de F., respetándose así su opinión, a través del respeto de su identidad dinámica: manteniendo su *statu quo*” (fs.643 y vta.).

En quinto, y último, lugar cuestiona el carácter de referentes afectivos de la Sra. D. y F. L. respecto de la progenitora de la niña y también de ésta.

Al respecto sostiene “Téngase presente que es recién el día 22 de febrero de 2018, prácticamente a un año de nacida F., de adoptada la medida de abrigo y de la ausencia absoluta de la Sra. C. G. V. en la vida de su hija, que ésta se presenta junto a la Sra. F. M. D. (quien no tiene vínculo de parentesco alguno ni con la Sra. V. ni con la niña F. y que, hasta entonces no había sido siquiera mencionada por quienes garantizaron los derechos de F. desde el día de su nacimiento, esto es: el HIEMI, el órgano de Niñez y la Sra. A. M. V.) en sede del Juzgado de Familia nro. 2 departamental, a fin de solicitar la homologación de un acuerdo de delegación de guarda de la niña F., de la Sra. C. G. V. a la Sra. F. M. D.. Allí, ambas expresan que la Sra. D. permaneció al cuidado de F. desde los 40 días de vida –situación ésta que no se ha probado en autos, más fue tenido como cierto para la Excma. Cámara–refiriendo que la Sra. D. era el referente afectivo de la niña (‘V. F. s/ Abrigo’, fs. 53/55). A mayor abundamiento, a fs. 57 de los actuados ‘V. F. s/ abrigo’, obra un dictamen emitido por esta Asesoría en fecha 18 de abril de 2018, en el cual se informa que habiendo personal de este ministerio entablado conversación con la Sra. A. M. V., había manifestado que F. se encontraba bajo el cuidado de la Sra. F. M. D. recién desde el mes de febrero de 2018. Como consecuencia de esto, en fecha 30 de mayo de 2018, el Juzgado de Familia nro 2 resolvió revocar la guarda oportunamente otorgada a la Sra. A. M. V. respecto de la niña F., rechazar la homologación de guarda peticionada por C. G. V. y F. M. D., dar inmediata intervención al EANSR para la adopción de la medida de protección pertinente y librar el oficio al Registro Central de Adopción (fs. 61/65), sentencia ésta, apelada por la Sra. D. a fs. 76/77 (apelación desistida a fs. 79) y por la Sra. C. G. V. a fs. 102; finalmente confirmada a fs. 115 y ss. (las fs. referidas en este párrafo pertenecen a los autos ‘V. F. s/



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

Abrigo’). En virtud de estas constancias, obrantes en todos los actuados, los Sres. F. M. D. y F. A. L. no surgen como referentes de la Sra. C.G.V. y menos aún de la niña F. (fs. 640 y vta.).

III. Con carácter liminar, considero preciso señalar que la impugnación planteada respecto del efecto devolutivo con que fuera concedido el recurso extraordinario ha devenido abstracta en virtud de las constancias obrantes a fs. 626 y vta, que dan cuenta de la efectivización de la medida de modificación de guarda adoptada en fecha 8 de junio de 2019.

Sentado ello, y con miras a ingresar al examen de los agravios vinculados con el fondo de la cuestión, resulta necesario recordar, en primer lugar, que “Determinar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituye una situación de hecho inabordable –en principio– en la instancia extraordinaria, excepto cuando el impugnante logra demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia que ataca. Más tal carga del recurrente no queda cumplida por el planteo de su disconformidad con las pruebas recabadas y valoradas por el sentenciante.” (SCBA, C121968, sentencia del 7 de noviembre de 2018, entre muchas otras).

Como se advierte del completo y detenido análisis efectuado en la sentencia impugnada, el fundamento esencial tenido en cuenta por la alzada para resolver se centró en considerar que la declaración de la niña F. en situación de adoptabilidad resultaba una decisión desconectada de los hechos y de las pruebas que daban cuenta de la falta de agotamiento de estrategias con la familia de origen y de la existencia de referentes afectivos en condiciones de asumir el cuidado de la niña en su ámbito familiar de origen–permitiendo la preservación de los vínculos con su madre y con su hermana A.–.

Concretamente los magistrados de alzada efectuaron un pormenorizado relato de los hechos en el que destacaron, en primer término, los resultados positivos del tratamiento contra las adicciones que llevaba realizando la Sra. V. en la institución ‘P. del I.’, la ausencia de recaídas, la reversión de los comportamientos que dieron lugar a la medida de abrigo; la presencia de apoyo y contención de sus afectos para procurar el cuidado de su hija durante el tratamiento y los informes en los que se descarta la existencia de patologías psiquiátricas y se reconoce la posibilidad de ejercer la maternidad de manera asistida (fs. 504 vta. /507).

Seguidamente, puntualizaron dos cuestiones centrales para la determinación del interés superior de la niña en autos: la falta de agotamiento de las instancias de

trabajo tendientes a posibilitar su permanencia en el ámbito familiar de origen y la presencia de la señora D. y del señor L. como referentes afectivos de la Sra. V y de la niña en condiciones de asumir su guarda (fs. 507).

Al respecto destacaron: “Precisamente en el concreto análisis axiológico de las decisiones judiciales y de la proyección de sus consecuencias radica la diferencia entre que el interés superior del niño se constituya en un argumento meramente dogmático con pretensiones legitimantes del pronunciamiento judicial adoptado u opere efectivamente como el valor fundamental que es” (fs. 508).

En esa línea, desarrollaron el contexto normativo destinado a regular la subsidiariedad del instituto de la adopción, la necesaria participación de los padres y de los referentes afectivos en el proceso de adoptabilidad, el concepto amplio de familia que recogen los instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños y las leyes especiales de protección y remarcaron la aplicación del ante último párrafo del artículo 607 del Código Civil y Comercial al caso (fs.507/ 509 y vta.).

Sobre ese punto, señalaron: “En esa inteligencia cobra relevancia la consideración de una circunstancia que –adelanto–no ha sido atendida en la especie: la de agotar las posibilidades de que F viva con su familia de origen (art 595 inc. c. del C. C. y C.N.) ... Es por ello que una vez dispuesta una medida de abrigo y aun agotada la instancia administrativa, se requiere la participación de padres y familiares en un rol activo y con las respectivas salvaguardas propias del debido proceso constitucional: debe aplicarse el principio de legalidad, con respecto a las garantías procesales.”(fs. 509 y vta.).

Siguiendo el razonamiento, cuestionaron la conclusión de la jueza de primera instancia según la cuál “...pese a las estrategias y a las intervenciones realizadas por el organismo de niñez tendientes a que la niña pudiera ser acogida por su grupo familiar de origen, la progenitora no ha logrado revertir las circunstancias que dieron motivo a la adopción de la medida de abrigo de la niña F. V.”, por entender que existían elementos de juicio que permitían poner en duda la efectiva realización de las estrategias referidas por el órgano de niñez (fs. 509 vta.).

A modo de ejemplo, señalaron la falta de proveimiento de las reiteradas peticiones formuladas por la progenitora y por el ministerio público para la celebración de una audiencia integral que permitiese dialogar, plantear estrategias y buscar soluciones. En igual sentido, destacaron el dictamen del ministerio público de fecha 30 de agosto de 2018 en la causa sobre abrigo, en el que, con fundamento en las contradicciones observadas entre lo expresado por la progenitora y lo informado por



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

el organismo administrativo, se solicitaron medidas específicas que el juzgado jamás proveyó (fs. 504 y vta. y 510).

En el mismo sentido agregaron: “tampoco se evaluó ni dispuso medida alguna por parte del órgano judicial a fin de reestablecer los derechos de la niña cuando tomó conocimiento de que su madre, por su propia voluntad –y con el apoyo de sus referentes afectivos– decidió internarse para afrontar la difícil tarea de tratar su problema de adicción con las drogas” (fs. 510).

En virtud de ello, concluyeron: “Efectivamente el plazo de las medidas excepcionales se encontraba holgadamente vencido al momento que se declaró la adoptabilidad, incluso antes de la iniciación misma del proceso, pero ello no empece a la necesidad de indagar, durante el trámite judicial, si la situación de vulnerabilidad que originó la medida subsiste o si efectivamente existen integrantes de la familia ampliada o referentes afectivos aptos para asumir la guarda cuando, como ocurre en el *sub lite*, una madre que tiene problemas de salud y que no quiere dar a sus hijas en adopción, denuncia esas circunstancias y comienza un tratamiento para resolver sus problemas de adicciones. ¿Cuál es el sentido de garantizar la participación de la progenitora en el proceso de adoptabilidad, sino es para escucharla, verificar las circunstancias que alega y, en su caso, abordar las dificultades para posibilitar el retorno del niño a su seno familiar, en un tiempo razonable? ... Como se puede apreciar, pese a encontrarse vencido el plazo de las medidas excepcionales de protección, la necesidad de evaluar las posibilidades de que F. permanezca en la familia de origen no resulta ajena al proceso judicial.” (fs. 510 vta. y 511).

Con base en ello, destacaron: “lo relevante para la solución del caso, es que la norma que sustenta la declaración de adoptabilidad –en sintonía con el art. 607 del Código Civil y Comercial– también establece, en resguardo del principio básico de ‘preservación del vínculo familiar de origen’ una premisa fundamental que no ha sido debidamente valorada y que, desde otro enfoque, renueva el examen de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior con respecto al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen. Me refiero al párrafo que dice que: la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada cuando algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrezca asumir su guarda o tutela y tal pedido sea considerado adecuado a su interés superior ... Como puede observarse, y lo que interesa destacar, es que la ley contempla expresamente como causa obstativa de la declaración de adoptabilidad, la existencia de un referente afectivo que ofrezca asumir la guarda o tutela, si el pedido es considerado adecuado al

interés superior. El reconocimiento de la 'socioafectividad' en las relaciones del niño y adolescente destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva. En tal sentido se afirma que podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (arg juris. SCBA, C 118781, sentencia del 11 de noviembre de 2015)" (fs. 511 y vta.).

En esa línea de razonamiento, el *a quo* introdujo un interrogante central: "¿qué significa referentes afectivos?: son aquellas personas estrechamente vinculadas a los niños, niñas o adolescentes, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos, que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyen al interés superior del niño, encontrando dentro de los mismos a: madrinas y padrinos religiosos, docentes, familiares afines sin vínculo jurídico, los cuales en muchos casos, resultan ser tan o más idóneos que cualquiera de los familiares autorizados por la ley para ejercer la guarda del menor." (fs. 512).

En concordancia con ello, y con base en el análisis de las manifestaciones vertidas por la señora V. y por la señora D. y el señor L. en sus diversas presentaciones y, en especial, en el marco de las audiencias celebradas en primera y en segunda instancia, los magistrados de la alzada concluyeron: que la señora V. expresó la voluntad de criar a sus hijas y se opuso terminantemente a la declaración de las niñas en situación de adoptabilidad; que la señora V. solicitó que la señora D. y el señor L., en su condición de referentes afectivos suyos y de F., asumieran la guarda de la niña mientras ella transita el tratamiento que demanda su problema de adicción a las drogas; que la señora D. y el señor L. manifestaron su voluntad de asumir la guarda de la niña; y que, en los hechos, la habían ejercido desde que tenía aproximadamente 40 días y hasta el 4 de junio de 2018 (fs. 512/5).

Sentado ello, los camaristas orientaron su razonamiento a profundizar el examen respecto de las características del vínculo entre la señora V., la niña y los referentes afectivos.

Inicialmente señalaron: "si bien es cierto que en el marco del proceso de abrigo la jueza *a quo* consideró que no estaba acreditada la existencia de un vínculo significativo entre la señora F. D. y la niña o su progenitora y que dicha valoración no fue modificada por el tribunal de alzada cuando le tocó intervenir, en virtud de la insuficiencia técnica de los agravios del recurso de apelación (v. 120 vta.,



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

segundo párrafo y 121 vta. último párrafo del expediente de abrigo), no es menos verdadero que la apreciación de aquella circunstancia que inicialmente se efectuó –en el marco del abrigo y a efectos de evaluar principalmente la medida cautelar allí dispuesta– se ha visto modificada a la luz de las pruebas producidas en el presente proceso, que demuestra que, efectivamente, F. D. y su pareja, A. L., constituyen referentes afectivos de F. y de su madre C. V.” (fs. 515 vta.).

Con fundamento en las conclusiones de la pericia psicológica efectuada por el Lic. Battistessa, del informe ambiental elaborado por la Lic. Villaverde –ambos integrantes del equipo técnico del juzgado–, y del informe evolutivo interdisciplinario presentado por el director terapéutico del Centro de Asistencia y Prevención de Trastornos Psicofísicos y Sociales, Lic. Leandro González, los magistrados votantes sostuvieron: “Los elementos existentes en la causa no sólo verifican la existencia de la red afectiva que conforma la pareja D.- L. en la vida de F. y de su madre C., sino la solidez de ese vínculo, el que durante la tramitación del proceso han puesto de manifiesto, entre otras actitudes, la colaboración que prestaron en la crianza y cuidado de F. desde sus primeros días de Vida, el rol de ‘apoyos’ de C. V. que han asumido en relación al tratamiento de su adicción a las drogas y, el compromiso y protagonismo que han tenido poniendo a su disposición la sede de su propio hogar, propiciando la efectividad del régimen de comunicación de C. con su otra hija A. (ya que, como explicaré mas adelante, la comunicación con F. y su madre nunca pudo hacerse efectiva). El acompañamiento de la pareja D.- L. y su rol de apoyos en la vida de C., no resulta ocasional ni esporádico, sino que ha sido sostenido en el tiempo” (fs. 517).

En este sentido los magistrados advirtieron: "Sin entrar a considerar la contradicción que –desde el punto de vista lógico– incurriría el fallo apelado si como afirman los referentes afectivos habría sido la propia sentenciante quién les sugirió que se inscriban en el registro de adoptantes (conf. audiencia del 25/02/2019), lo cierto es que la valoración de esa aislada circunstancia (me refiero a la solicitud de guarda preadoptiva) fuera del contexto general del caso, resulta endeble – desde el punto de vista argumentativo– para descartar la idoneidad de la pareja y así entender que por esa sola razón no resulten aptos para asumir los cuidados de la niña, asistiendo en la maternidad a su progenitora, máxime cuando la propia madre quien peticiona en tal sentido" (fs. 517 vta. y 518).

En la misma línea añadieron que “ La conclusión a la que arriba la jueza *quo* se contrapone a las pruebas y demás elementos de convicción que ofrece la causa y

han sido analizados precedentemente, y en particular, desconoce la propia naturaleza del vínculo afectivo que ha sido reconocido en los dictámenes periciales, de los que no ha expuesto razones para apartarse (art. 474) y, en este sentido, resultan atendibles los agravios que desarrolla la progenitora en los puntos “e” y “d” de escrito de fundamentación de su apelación” (fs. 518).

En particular, destacaron que “...desde el punto de vista cronológico de los acontecimientos, la existencia del ‘convenio de delegación de guarda’ invalida *per se* la conclusión que expone la jueza de grado con respecto a que fue a partir de que se dispuso la separación de F. del matrimonio D.-L. que estos se erigieron en apoyo de la maternidad de C., pues la separación a que hace referencia se produjo el 4 de junio de 2018 (fs. 81 del abrigo) y el convenio data de 22 de febrero de 2018. Repárese que en este instrumento se hacía expresa mención a los problemas de salud que motivan la delegación de la guarda y a la calidad de referentes afectivos de los nombrados” (fs. 518).

En definitiva, concluyeron que no existían dudas respecto de la existencia de un vínculo afectivo y previo entre la señora D. y el señor L. con la niña F., su hermana A. y su mamá C., a quien le brindan apoyo para superar su estado de salud y ejercer la maternidad (fs. 517 vta.).

Con fundamento en las conclusiones alcanzadas, los magistrados de la instancia de revisión se detuvieron en el examen de una cuestión esencial: el impacto de las consecuencias de la decisión en la vida de F..

En esa línea, resaltaron la ausencia de indicadores negativos respecto de la posibilidad de que la señora D. y el señor L. reasumieran el ejercicio de dicha guarda asistiendo la maternidad de C. V., la comprobación de la legitimidad del vínculo afectivo entre la Sra. V. y los referentes por entender que se basaba en una situación de conocimiento afectivo previo –lo que descarta la aplicación al caso de la prohibición del art 611 del Código Civil y Comercial de la Nación–, y, por último, la posibilidad de que F. permanezca en su ámbito familiar de origen, manteniendo el vínculo con su hermana y con su madre, con el acompañamiento de los referentes afectivos (fs. 518 vta.).

Al respecto sostuvieron: “No se puede concebir que se han agotado las posibilidades de que F. permanezca en la familia de origen, sin darle la oportunidad de que bajo el cuidado de sus referentes afectivos, pueda construir el vínculo con su progenitora y con su hermana A., permitiéndole de ese modo



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

crecer en su grupo familiar de origen, y de tal modo preservar sus vínculos fraternos y relaciones familiares (art. 595 inc. c y d del CCyCN) (fs. 519 vta.).

En particular, valoraron: “..que el interés superior de la niña no ha sido observado en lo que respecta al régimen de comunicación entre ella y su madre –y en menor medida su hermana A.–... Más allá de que se intentó establecer la comunicación a través de su ordenamiento lo cierto es que no se ha cumplido. En reiteradas oportunidades la madre requirió que se mantenga el contacto con su hija sin embargo fue excluida de su rol materno ... La construcción del vínculo de F. con su madre, ha sido diferente mientras la guarda la ejercían los referentes afectivos D.L., en perspectiva con la que hoy ejerce el matrimonio B.-S., pues con estos últimos el régimen de comunicación nunca resultó operativo en términos reales. Recuérdese que el respeto asumido frente al derecho a la identidad y el origen del niño, niña o adolescente es una pauta de esencial valoración para la selección de los guardadores (art. 17 ley 14528). Concretamente, tal como lo expresa la propia progenitora, la última vez que vio a su hija fue el día 8 de junio de 2018, es decir que han transcurrido casi once meses (v. fs.- 170 de estas actuaciones). Es inconcebible que por aspectos ajenos a la voluntad de la madre y de su niña, se las prive de ejercer dicha comunicación, por lo que se debieron adoptar medidas de acción positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos que les corresponden” (fs. 520/21).

Por último, consideraron que “En miras hacia el futuro, la medida no descarta la posibilidad de que F. pueda convivir con su hermana y criarse en el mismo ámbito familiar, como sí ocurre con la proyección de las consecuencias que acarrearía mantener la declaración de adoptabilidad y la guarda dispuesta a favor del matrimonio B.-S., toda vez que en la audiencia celebrada el 19/10/2018 en el marco de los autos caratulados ‘V. A. s/ abrigo’ ... se les consultó sobre la posibilidad de acoger a la niña A. I. V. en su grupo familiar a lo que respondieron que no se encuentran en condiciones de incorporarla” (fs. 521 vta.).

A modo de conclusión, sostuvieron: “Conforme las consideraciones precedentemente expuestas, entiendo acreditado en autos la configuración de la situación que contemplan los artículos 7, quinto párrafo, de la ley 14528 y 607 ante último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto la progenitora desea que mientras se recupera de su estado de salud la guarda de F. la asuman la pareja D.-L., éstos han ofrecido hacerlo y la medida cautelar resulta ser adecuada al interés superior de la niña.” (fs. 522).

Contra la decisión de la alzada, el Asesor de Incapaces insistió en subrayar la legalidad de la decisión adoptada en la instancia de grado y la buena vinculación de la niña F. con el matrimonio B.-S. durante el tiempo de convivencia transcurrido a partir de la guarda judicial, sin intentar conmovir la argumentación finalista desplegada por la alzada departamental para la determinación en concreto del interés superior de la niña, sobre la base de valorar la relevancia del vínculo de afecto y cuidado de la niña y de su progenitora con el matrimonio D.-L., preterido en la instancia de grado.

En efecto, una detenida lectura del decisorio impugnado evidencia el despliegue de una completa labor hermenéutica que, sin desconocer las circunstancias alegadas por el quejoso en el remedio bajo análisis –la situación que dio origen a la medida de abrigo, el vencimiento de las medidas, la buena vinculación observada entre la niña F. y los guardadores B.-S.– ha procurado integrar a la plataforma fáctica la prueba producida en el marco del expediente “V., F. s/ Materia a Categorizar” que da cuenta de un elemento de juicio insoslayable para la resolución del caso: la presencia de la señora D. y del señor L. como referentes afectivos de la niña–y de su madre –en condiciones de asumir su cuidado (fs. 515 vta.).

Contra ese tramo de la argumentación, el recurrente centra su agravio en desconocer la existencia del vínculo afectivo así como la convivencia de F. con los referentes afectivos (fs. 640 vta.), sin mencionar ni rebatir la prueba pericial obrante a fs. 310 y 378, documental de fs. 35/143 y testimonial de fs. 342 vta., tenida en cuenta por la alzada para concluir que el vínculo afectivo no resultaba casual ni esporádico sino que ha sido sostenido en el tiempo (fs. 517).

Al respecto, no resulta posible desconocer las dificultades interpretativas que plantea la cuestión vinculada con el reconocimiento de la ‘socioafectividad’ en nuestro ordenamiento jurídico en general y en el Código Civil y Comercial de la Nación en particular (arts. 3, 19, 26, 27 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 556, 556, 607, 611, 643, 646 inc. e), 657 y ccs.; art. 27 decreto 415/2006; art. 7 ley 14528; CIDH, “Atala vs Chile”, párrafo 172 y ccs.; SCBA, C1 18781, 11 de noviembre de 2015; Krasnow, Adriana “El despliegue de la socioafectividad en el derecho de las familias”, Revista de Derecho Familia, Abeledo Perrot, nro. 81, pp. 55-76, entre otros).

Sin embargo, la prudente determinación del interés de la niña en esta clase de procesos impone el deber de indagar, como lo hizo la alzada, la existencia de referentes afectivos y, en su caso, las características del vínculo así como las condiciones concretas para asumir las tareas de cuidado de la niña F. y de apoyo respecto



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

de la Sra. V. con carácter previo a declarar a la niña en situación de adoptabilidad (arts. 3, 19, 26, 27 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 607, 706,709 y ccs. CCyC; 7 ley 14528, 3 y ccs. ley 26061 y artículo 4 y ccs. 13298 y modificatorias art. 27 decreto 415/2006, SCBA,C119702, sent. del 11 de febrero de 2016, entre muchas otras).

Al respecto, el Máximo Tribunal ha sostenido que “el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio –eminente práctico– los jueces están llamados a asignarle unos 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. También he señalado en otras oportunidades que, 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 (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331 :941 [punto VIII]; Fallos: 331:2109 [punto IV], y sus citas)” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 333:1776) .

En definitiva, considero que la dirección de los agravios formulados por el recurrente en su queja no resultan suficientes para conmovir la hermenéutica desplegada por la alzada departamental.

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a V.E. rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, *seis* de septiembre de 2019.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General

|

|