



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

C-123572-1

C123.572. "T, M. N.

T. D. s/ abrigo"

Suprema Corte:

I. La Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, con fecha 23 de abril de 2019, confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno declaró el estado adoptabilidad de los niños M. N. , E. A. y D. T, (fs. 531/541 y vta).

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños M. , E. y D. (10, 8 y 5 años de edad – fs. 108, 128 y 129–), con el patrocinio letrado del defensor oficial, Dr. Jose Luis Flori, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 546/553 que fuera concedido a fs. 554.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada vulnera los artículos 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 14 bis, 16, 18, 31, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño; 15 de la Constitución Provincial; 3 de la ley 26.061; 3, 4, 5, 6, 7, 9, 34, 35 bis y concordantes de la ley 13.298 y decreto 300; 7,10 y ccs. de la ley 14.528; art 242, 245, 246 y 14 de la ley 48 y "Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad" (fs. 548 vta. y 553).

En primer lugar señala que la decisión impugnada omitió tener en consideración las reglas aplicables a las personas en condición de vulnerabilidad en virtud de encontrarse en una situación de pobreza estructural.

En segundo lugar, alega que se han omitido las pautas desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del modo en que deben evaluarse las competencias parentales en el marco de un proceso de adoptabilidad.

En tal sentido sostiene “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 del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales o de las o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia” (Fornerón e Hija vs Argentina, 27/4/2011)”. (fs. 550).

En la misma línea, concluye: “En este doble juego de cuestiones’ (vulnerabilidad y prejuicios en cuanto a mi rol parental) se vislumbra un actuar ineficiente por parte de los operadores y un destino para M. N. , E. A. y D. vinculado con la falta de consideración de los progenitores como mejor alternativa para los niños en su crianza y cuidado” (fs. 550).

En tercer término, afirma: “En cuanto al interés superior del niño y a mayor abundamiento –en cuanto a esta noción– lo cierto es que el interés superior del niño no debe enfocarse aislado del resto de la normativa; deben analizarse armónicamente con el resto del plexo normativo vigente. También debe tenerse en cuenta, a la hora de decidir, lo expresamente normado por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, el nombre y las relaciones familiares...En resumen, el proceso en virtud del cual se decide declarar el estado de abandono y de adoptabilidad de mis hijos, debe ir precedido de todas las garantías previstas por el ordenamiento a fin de resguardar el derecho de los progenitores y por todo lo expresado, la Alzada confirmó una resolución de la instancia anterior que vulnera derechos esenciales que le asisten como niños, sujeto especial de



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

C-123572-1

protección” (fs. 550 vta. y 551 y vta).

En cuarto lugar, impugna las conclusiones desarrollada por al alzada departamental respecto de la inobservancia de acciones positivas por parte de la familia ampliada, en particular por parte de las abuelas materna y paterna, para asumir el cuidado de los niños. Al respecto señala: “De lo anteriormente volcado se desprenden dos cuestiones. Por un lado la inacción del juzgado frente a la presunción del órgano administrativo. Por el otro –y vinculado con un doble deber mixto (administrativo y judicial) – ante el desborde de la abuela materna de los niños, se podría al menos haber actuado conforme al texto del artículo 35 bis de la ley 13.298 que específicamente refiere: ‘Durante la aplicación de la medida, el organismo administrativo trabajará para la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen; evaluará la implementación de otras medidas tendientes a remover los obstáculos que impedian la debida protección de los derechos del niño, niña o adolescente; guardará de mantener la unidad entre hermanos; facilitará el contacto con la familia de origen y buscará la ubicación del mejor lugar para cada niño, niña o adolescente cerca de su domicilio’. Justamente la cuestión estuvo mal abordada. No se le brindó ninguna contención a esas abuelas para que puedan asumir el cuidado y crianza de los niños, ni a su hermana” (fs. 552).

Por último, alega que “con la decisión aquí cuestionada, se vulnera el principio de ‘inseparabilidad de hermanos’ que promueve la ley 13.298 inspirada en criterios supra legales promueve esta noción, refiriendo por ejemplo en su artículo 35 bis ‘...el organismo administrativo trabajará para la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen... guardará de mantener la unidad entre hermanos; facilitará el contacto con la familia de origen y buscará ubicación del mejor lugar para cada niño, niña o adolescente cerca de su domicilio’. Es de resaltar que los niños tienen hermanos mayores de edad, hijos de mi esposa, la Sra. S. ”. (fs 552 y vta).

En síntesis sostiene: “Conforme el plexo normativo vigente resulta indiscutible el derecho de los niños a crecer y desarrollarse en su familia de origen y de este modo preservar su identidad, nombre y relaciones familiares. En consecuencia, surge e forma

evidente que la resolución que aquí se cuestiona, resulta violatoria de la legislación vigente, al no priorizarse a la familia de origen, sin causa que justifique tal situación" (fs. 551 vta.).

III. Inicialmente consigno 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 C101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108.474, sent. del 6-10-2010), extremo que, en mi opinión, se encuentra verificado en autos.

Como se advierte de la sentencia impugnada, el fundamento esencial tenido en cuenta por la Alzada para resolver se centró en considerar que los progenitores de M. , E. y D. no lograron acreditar encontrarse en condiciones de asumir responsablemente las funciones de cuidado de sus hijos. En tal sentido, los magistrados destacaron la imposibilidad de los progenitores de mostrar un cambio de actitud tendiente a revertir la ausencia de cuidados que dieron origen a la medida de abrigo (fs. 3 52/62).

Para así decidir, la alzada efectuó un pormenorizado relato de los antecedentes del caso y de las numerosas medidas adoptadas en el ámbito del servicio administrativo de protección y concluyó: "...Los progenitores no lograron, a lo largo de la tramitación de las presentes, visibilizar la situación de vulnerabilidad a la que fueron sometidos sus hijos, no reaccionaron frente a la problemática, no la quisieron ver y, lo que es peor, no lograron entender que la medida de abrigo se adoptó a partir de las diversas negligencias que ellos cometieron en el cuidado de sus hijos. Los Sres. S. y T. al peticionar la revocación de la sentencia, requieren que se ordene la revinculación de sus hijos, indican que se han mudado y que sorprendentemente han superado los conflictos familiares, pero no indican a dónde, no denuncian su nuevo domicilio, y en ningún momento presentan siquiera un plan de acción para poder brindarle a sus hijos asistencia, cuidado y educación. No puedo dejar de lado que al tomarse la medida de abrigo los niños no se encontraban escolarizados, no tenían actualizado su calendario de vacunación y D. no tiene documento nacional



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

C-123572-1

de identidad y presenta déficits en su manera de expresarse que probablemente se deban a la falta de estímulo que tuvo hasta el momento de ingresar al hogar, siendo esto último corroborado por la suscripta al momento de celebrarse la audiencia en sede de este Tribunal y a la que antes me referí. En cuanto al acogimiento de M. , E. y D. con su familia de origen debo destacar que a través de la medida de protección dictada, se han realizado las gestiones necesarias para que los niños puedan ser insertados en el ámbito de su familia, lo cual no ha podido lograrse, a pesar de haberse solicitado oportunamente nuevos plazos para seguir elaborando las estrategias de acción. Con ello, se echa por tierra de este modo todas las quejas atinentes al modo en que se ha decidido ya que se ha expresado la realidad de todo lo que ha acontecido y los riesgos que pueden llegar a correr los pequeños si son incorporados nuevamente en el núcleo familiar de sus progenitores” (fs. 539 y vta. El destacado pertenece al original).

Sin embargo, en mi opinión, dicha conclusión evidencia un error esencial: la ausencia de respaldo probatorio suficiente.

En efecto, resulta sabido que el proceso de declaración judicial de adoptabilidad supone la producción de prueba tendiente a asegurar la determinación en concreto del principio rector del interés superior del niño.

Para ello resulta necesario un proceso judicial que además de evaluar los resultados de la actividad desplegada por los servicios administrativos de protección, permita valorar en concreto, al menos, dos cuestiones esenciales: los resultados de la evaluación interdisciplinaria y la opinión de los niños (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 Rizzo vs Chile” (2012), párrafos 196-208; “Fornerón vs Argentina” (2012), párrafos 48-50 y 230 y ss.; Gelman vs, Uruguay” (2012), párrafo 129; arts. 24, 25, 26, 595, 609, 639, 706, 707, 709 y ccs. C.C.y C; 3, 24 y 27 Ley 26.061 y decreto reglamentario;

art. 4, 35 bis y ccs. ley 13.298 y sus modificatorias; 2, 6 y ccs. ley 14.528 y ley 14.568).

Concretamente, el Comité de Derechos del Niño, recomendó: “En caso de separación, el estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el artículo 9 de la Convención, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas.” (Observación General nro. 14/2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial, párrafos 64 y 65).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “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, “Atala Riffo,” op.cit., párr.108-109; “Fornerón”, op.cit., 48-50).

En igual sentido, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: “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 unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la



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

C-123572-1

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).

Un detenido análisis de los elementos de autos evidencia, por un lado, la limitación de los órganos administrativos de protección para revertir los problemas derivados de la situación de pobreza estructural en la que se encuentra el grupo familiar y, por el otro, la ausencia de prueba en sentido estricto y la falta de consideración de la opinión de los niños de conformidad con su edad y grado de madurez.

En primer lugar, se advierte que, más allá una intensa actividad administrativa destinada a implementar medidas de evaluación y de fortalecimiento con el grupo familiar de origen y con referentes de la familia ampliada durante el plazo de duración de la medida y la prórroga otorgada, no se advierten en autos acciones destinadas a abordar de manera integral la problemática habitacional ni la situación de indigencia en la que se encuentra el grupo familiar primario ni sus referentes de la familia ampliada — abuela materna y su grupo familiar conviviente— (fs. 44/63; 89 y vta., 111, 102/4; 112/115; 131/147; 156/7, 193/209;

248/252, 257/67 y ccs.).

Los informes de conclusión elaborados por el órgano administrativo a fs. 131/47, 193/209, 247/52 dan cuenta de las dificultades sociales, económicas, familiares e incluso de salud que atraviesa el grupo familiar. En particular se destaca la ausencia de red familiar, la situación de calle en la que se encuentra el recurrente, el estado de salud y la precariedad de la vivienda en la que habita la Sra. P. junto a cuatro de sus hijos (dos de ellos menores de edad) y cuatro nietos menores de edad, sin que se mencione ninguna medida concreta dirigida a mejorar la situación.

A modo de ejemplo, en el informe elaborado respecto de la abuela materna se concluyó: "Ante la posibilidad de hacerse cargo respondió que sí. Se charló sobre la responsabilidad que conlleva el cuidado de tres niños más, y respondió que si bien no tiene muchos recursos económicos 'un plato de comida no les va a faltar'. Manifestó que irían a la misma escuela que sus hijos y nietos y que tiene un centro de salud cercano. Comentó que tiene a su cargo nietas por parte de otra hija. Se angustió al mencionar que el progenitor de las mismas, que habría autorizado que ella fuera la tutora, no había vuelto a aparecer para aportar dinero, como así tampoco las llamaba para su cumpleaños. Se le solicitó aportar la partida de nacimiento de su hija C. , a fin de poder acreditar el vínculo filial con sus nietos. Refirió que debería ir a Temperley, ya que su hija había nacido allí. Se mostró dudosa dado que le queda lejos y comentó no tener dinero para viajar y manifestó su dificultad para movilizarse de la casa por el accidente que tuvo con un colectivo, necesitando el acompañamiento de algún familiar lo que implicará mayor gasto. Con respecto también a su salud, refirió tener que operarse de la vesícula, que no lo habían hecho el año pasado 'porque en los exámenes clínicos le había salido presión alta. Se le pidió que al tener la partida de nacimiento se comunique con el servicio local de San Fernando. Se decidió suspender las vinculaciones con la abuela hasta tener el vínculo acreditado. Por otro lado, esto serviría de indicador, en el caso que la Sra. P. tomara la iniciativa de comunicarse como se le solicitó, mostrando así en acciones concretas el deseo de hacerse cargo de sus nietos'" (fs. 251).



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

C-123572-1

Estas dificultades también se evidenciaron en oportunidad de resolver las vacantes para el alojamiento institucional: los niños M. , E. y D. debieron ser alojados en el Hogar “ ” de la Localidad de San Pedro a dos horas de distancia del lugar de residencia de su grupo familiar durante los primeros siete meses de duración de la medida (fs. 17/18, 71/2, 112/15, 122).

A ello, corresponde añadir las cuestiones omitidas en la etapa judicial

En efecto, más allá de las intervenciones y de los informes producidos en el ámbito de los servicios local y zonal de protección, no existe en autos ningún informe interdisciplinario destinado a evaluar las aptitudes parentales de los progenitores ni de los demás referentes de la familia ampliada, ni las circunstancias psico emocionales de los niños, ni el impacto de la continuidad o interrupción de las visitas en la integridad psico-física de los niños (arts. 706, 709 y ccs. CCyC; CIDH, “L. M. vs Paraguay. Medidas Provisionales, Resolución de 1 de julio de 2011 y del 27 de abril de 2011).

Sobre este punto se expidió la Procuración General de la Nación—en criterio que fue compartido por el Máximo Tribunal Nacional— al sostener: “Esta senda de esclarecimiento previo no puede recorrerla el Tribunal en solitario, sin caer en arbitrariedad: El control de mérito, como se nota rápidamente y lo prevé el mismo texto normativo (art. 7mo.), 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—imbuído 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).

Los únicos informes producidos en autos por el equipo técnico tuvieron por objeto dejar constancia de la buena adaptación de los niños al hogar y de las manifestaciones expresadas por ellos respecto del deseo de ver sus padres y hermanos y, en el caso de M. , también se consignó su deseo de “tener una nueva familia” (fs. 82, 280 y 299).

Concretamente se señaló: “Los tres niños afirmaron que están bien en el hogar, M. comenzó la escuela y E. el Jardín de Infantes. No obstante ello mencionaron que desean estar en su casa, omitiendo toda mención de algún conflicto familiar. Comentaron que el papá trabaja en seguridad y su mamá se queda en el hogar trabajando en el armado de bolsas. Hicieron mención de juego de cosquillas con su papá. M. comentó que recibió el llamado telefónico de sus padres con motivo de su cumpleaños. Se observó a M. un ánimo con cierto tinte de tristeza” y que “M. nombró a sus hermanos mayores: M. —que tiene una hija—, C. , S. y R. . Dijo: ‘Somos 7 en total’. Escribió en una hoja, tanto en imprenta como en cursiva: ‘E. y D. mejores hermanos’. La niña refirió que mamá K. y su papá M. ‘antes iban al hogar’. Mencionó que le gustaría ver a su hermana M. y también manifestó: ‘Yo quiero una familia nueva...te quieren (...) te dan lo que vos quieres (...) te quieren mucho’. E. hablo poco, pero se mostró entusiasmado al jugar al ‘veo, veo’. Cuando su hermana habló acerca de querer una nueva familia, él se mostró serio y no asintió. D. dibujó pequeños círculos en un hoja y realizó el conteo de las figuras graficadas correctamente. En un momento expresó: ‘extraño a papi y a



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

C-123572-1

mami' (fs. 82 y vta. y fs.299 y vta.).

Por último, cabe añadir a lo expuesto la escasa participación reconocida a los niños en el proceso.

En efecto, resulta sabido que el derecho del niño a participar en todo procedimiento que lo afecte no se agota con la 'simple escucha' sino que exige que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez y también teniendo en consideración la cuestión que se debate (art. 707 C.C.yC.; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 71.380, sentencia 24 de octubre de 2009; C. 100.970 sentencia del 10 de febrero de 2010; C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010; C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010; C. 116.644, sentencia 18 de abril de 2018, entre otras).

El grado de injerencia que cabe reconocer a la 'opinión' o al 'deseo' del niño en el proceso de toma de decisiones evidencia una situación problemática para el ordenamiento jurídico, en especial cuando ello se presenta en contextos atravesados por la violencia y la exclusión, como el de autos (Grosman, Cecilia, 'La participación de los niños, niñas y adolescentes', Revista de Derecho de Familia, nro 82, 2017, p. 43).

Sobre este punto, ha sostenido VE que "escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se toma necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos. De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida" (SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010, entre otras).

Asimismo se ha señalado que "uno de los principales retos que propone el paradigma de la protección integral de derechos emergente de la CDN es la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento del derecho de NNyA a participar en las decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos fundamentales y la asunción de las responsabilidades para las cuales tienen competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público y los particulares. La conjunción de estos aspectos permite afirmar que a mayor competencia de NNyA, menor será el grado de protagonismo del Estado y los progenitores (o demás responsables) en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Y mucho menor será la intervención del Estado, cuando se verifique la voluntad coincidente entre el niño y su familia, pues debe presumirse que las personas más allegadas a aquél respetarán su propia historia vital y actuarán conforme su interés. De lo expuesto se desprende que el niño debe estar asociado al proceso de toma de decisiones en el punto máximo posible en función de la evolución de sus facultades, de modo que como regla, verificada su madurez para decidir en el caso concreto, podrá adoptar una resolución en forma autónoma. De no alcanzar esa madurez, deberá al menos respetarse su derecho a participar en la toma de decisiones con la asistencia o apoyo de sus progenitores y demás actores relevantes. El nuevo Código procura encontrar ese delicado equilibrio a través de un juego de reglas que deben interpretarse de manera integral y armónica no sólo con el entramado del propio cuerpo legal, sino también con las disposiciones de legislaciones especiales y, por supuesto, a la luz del mandato convencional, para que NNyA puedan ejercer plenamente sus derechos en un marco de autonomía referencial respetuoso de la dignidad humana" (Famá María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/3698/2015).

En autos, los magistrados de alzada han dado cumplimiento con el deber de tomar contacto personal y directo con los niños (fs. 81, 351), más han omitido explicitar de qué modo han sido valoradas, de conformidad con su edad y grado de madurez, las opiniones manifestadas por éstos, en especial, teniendo en consideración las manifestaciones expresadas en los informes realizados por la psicóloga del equipo técnico del



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

C-123572-1

juzgado y la asesora de incapaces en oportunidad de entrevistar a los niños en el hogar (fs. 82 y vta., 299, 306).

Tampoco se han adoptado medidas tendientes a evaluar el grado de madurez de los niños a los fines de determinar las condiciones para que puedan participar en el proceso con asistencia letrada, de conformidad con el requerimiento efectuado por el ministerio público fs. 69/70 (arts. 3,5, 12 CDN, 608 a) y ccs. C.C.yC.; art. 27 y ccs. ley 26.061 y decreto 415/2006; 6 y ccs. ley 14.528 y ley 14.568).

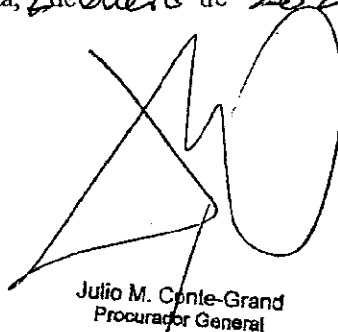
Al respecto cabe agregar que M. ha alcanzado la edad de 10 años el pasado 1 de octubre (fs. 128). En virtud de ello, no sólo resulta indispensable conocer y valorar su opinión en el proceso de toma de decisiones, sino que resulta preciso contar con su consentimiento para la futura adopción (art. 595 inc f) C. C. y C.; 2 inc. e) ley 14.528; SCBA, C. 117.542, sentencia del 6 de abril de 2016; C. 122.543, 28 de noviembre de 2018, entre otras).

En tal sentido se ha sostenido que " Si bien en una adecuada política legislativa que tiene por objeto que los niños no permanezcan injustificadamente institucionalizados por largo tiempo en virtud de la desidia judicial, y por ello el art. 609 del Código Civil y Comercial indica que la sentencia de situación de adoptabilidad ' debe disponer se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor de diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción', ello no puede convertirse en un imperativo categórico de aplicación indiscriminada que pueda atentar contra las necesidades y particularidades del caso concreto. Si bien el art. 617, inc. d, del Código Civil y Comercial establece como requisito el consentimiento del niño para ser adoptado a partir de los 10 años, siempre debe explorarse –aún por debajo de esta edad– si el niño se encuentra en estado subjetivo de ser adoptado, debe ser escuchado adecuadamente (Ventura A. y Siderio A., 'Tiempos legales y tiempos subjetivos: situación y estado de adaptabilidad', Revista Derecho Familia, Abeledo Perrot, nro 71, 2015, p. 227).

IV. En virtud de ello, entiendo que correspondería hacer lugar al

recurso y devolver las actuaciones a la instancia de origen a fin de que en el plazo más breve posible se proceda a realizar una evaluación integral de conformidad con las pautas señaladas a los fines de contar con los elementos de juicio necesarios para su prudente determinación.

La Plata, 2 de *enero* de 2020.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General