CIJur Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires

Cuaderno Temático de Dictámenes

RECURSOS EXTRAORDINARIOS: INAPLICABILIDAD DE LEY Y DE NULIDAD

MATERIA: NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y SALUD MENTAL

Presentación

Los dictámenes que emite la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires constituyen un corpus iuris integrado a partir de una elaboración jurídica propia realizada en el marco de las normas que habilitan la intervención del Organismo en los casos ventilados ante el aludido Tribunal.

En esta tarea, a más de la doctrina de los autores, son incorporadas diversas fuentes jurisprudenciales; entre ellas cobran especial protagonismo, la doctrina judicial emanada de la Suprema Corte de Justicia provincial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también, por cierto, lineamientos o estándares originados en precedentes de tribunales internacionales, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe hacer notar el tenor dinámico que exhibe este corpus en tanto la Procuración General, al atender al interés público de la sociedad, debe ser permeable a las exigencias siempre actuales del bien común y propiciar los cambios jurisprudenciales que estas y los acontecimientos justifiquen. Ello sobre la base del respeto a un principio inmutable y primordial cual es la dignidad de la persona y los derechos humanos fundamentales.

En la Provincia de Buenos Aires, una especial mirada y perspectiva integral trasunta la estructura del Ministerio Público, como cuerpo de Fiscales, Defensores, Asesores de Menores e Incapaces y Curadores que, encabezado por el Procurador General, actúa en defensa de los intereses de la sociedad y persigue un eficaz equilibrio en la prestación de justicia respetando los valores consagrados en las disposiciones constitucionales.

La aludida estructura permite la unidad de acción y facilita la gestión de la protección del interés público de un modo cooperativo y solidario, con sustento en una sana dialéctica.

Elementales razones de transparencia y seguridad jurídica reclaman que los dictámenes que emite la Procuración a través de sus diversas áreas de especialización sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

De tal suerte, los letrados que participan en su elaboración son quienes en una virtual interpretación auténtica intervienen en la selección y organización del material de los cuadernos que edita el Centro de Información Jurídica del MPBA.

De allí también que cada Cuaderno Temático de Dictámenes va precedido de una breve nota introductoria explicativa de su contenido, así como del criterio seguido en la elección de las piezas que lo componen.

En los Cuadernos se ponen de relieve temáticas transversales a las distintas ramas del derecho, primordialmente de orden constitucional y procesal. No cabe duda, asimismo, que las áreas especiales que sustantivizan las Salas de Relatoría (penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar) también proyectan su particular impronta y fisonomía respecto de la solución que se propicia para el remedio extraordinario implicado.

Los Cuadernos Temáticos del CIJur representan así un esfuerzo institucional en pro de un mejor servicio a los operadores del derecho y a la comunidad en general, que arrima y facilita el conocimiento de las soluciones de justicia a las personas, en beneficio de la transparencia.

Con toda expectativa los ponemos a disposición.

DR. JULIO CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Nota Introductoria

TEMÁTICA: NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y SALUD MENTAL

Los temas que incumben a esta Sala de Relatoría se encuentran vinculados a niños, niñas y adolescentes y personas con padecimiento mental.

Estos sujetos, por su condición de vulnerables requieren de especial tutela en orden a mantener vigentes los derechos que a su respecto han marcado tanto las convenciones y tratados internacionales, como las leyes nacionales y provinciales.

Sobre dicha base, de los dictámenes elaborados por este cuerpo, se han seleccionado aquellos que en las cuestiones examinadas presentaban una tensión con los principios rectores y paradigmas vigentes en las materias que atañen la atención de la Sala: niñez y adolescencia y salud mental.

En particular, en los casos vinculados con los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, se ha procurado escoger aquellos textos que reflejan de qué modo se han examinado los principios rectores del interés superior del niño, del derecho de estos a ser oídos y de la capacidad o autonomía progresiva, en asuntos de alimentos, adopción, cuidado personal y régimen de comunicación, competencia, filiación y restitución internacional, con especial énfasis en aquellos conflictos que han contado con una compleja plataforma fáctica.

De las opiniones del señor Procurador General relacionadas con la salud mental, se ha optado por aquellas en las que se expusieron criterios para dirimir la competencia de los jueces; los principios que deben ser respetados, ineludiblemente, para determinar la capacidad jurídica de las personas con padecimiento mental, entre ellos el del debido proceso; como así también, para establecer el alcance y extensión de las restricciones a la capacidad, y de los sistemas de apoyo.

Sala de Relatoría en materia de Menores e Incapaces de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

(Índice) Recursos Extraordinarios: Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad

A. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. ADOPTABILIDAD

1.1. Causa C 122.925, "R., M. L. s/ abrigo- R., S. I. s/ abrigo- Legajo art. 250", fecha: 17-05-2019 p. 09

1.2. Causa C 122.771, "L., M. s/ abrigo", fecha:10-04-2019 p. 25

1.3. Causa C 122.500, "P., J. F. s/ Incidente de declaración de adoptabilidad", fecha: 26-09-2018 p. 43

1.4. Causa C 122.543, "A., C. L. s/ abrigo", fecha: 28-08-2018 p. 53

1.5. Causa C 121.751, "A., G. S. c/ A., G. M. s/ incidente de apelación", fecha: 18-04-2018 p. 77

1.6. Causa C 121.569, "R., M. y otros s/ abrigo", fecha: 14-07-2017 p. 91

1.7. Causa C 121.162, "V., A. s/ medida de abrigo", fecha: 10-04-2017 p. 105

2. CUIDADO PERSONAL. MODALIDAD EJERCICIO

2.1. Causa C 123.064, "A., C., S. E. A. c/ G., R. E. s/ incidente de modificación de tenencia de hijos", fecha: 23-04-19 p. 119

2.2. Causa C 122.501, "R., V. S. c/ D., G. J. s/ tenencia de hijos", fecha: 11-10-2018 p. 137

2.3. Causa C 121.543, "G., P. J. c/ D., M. s/ Régimen de visitas", fecha: 01-06-2017 p. 151

2.4. Causa C 121.539, "P., B. E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias", fecha: 10-05-2017 p. 167

3. COMPETENCIA. CENTRO DE VIDA

- Causa C 121.612, "M., V. y otros s/ homologación de convenio", fecha: 10-09-2018 p. 193

4. FILIACIÓN. IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO

4.1. Causa C 122.102, "Asesoría de Incapaces 1 Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/ Acciones de Impugnación de Filiación", fecha: 26-04-2018 p. 207

4.2. Causa C 121.650, "A., H. J. c/ H., G. S. y otro/a s/ patria potestad. Ejercicio/sanciones", fecha: 16-08-2017 p. 217

5. GUARDA

- Causa C 122.832, "S., M. L. c/ R., M. A. s/ Materia a categorizar", fecha: 24-10-2018 p. 231

6. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

6.1. Causa C 123.322, "A., G. L. I. c/ R., M. G. H. s/ restitución internacional de menores", fecha: 10-07-2019 p. 243

6.2. Causa C 121.958, "R., L. M. L. c/ E., L. A. s/ Restitución internacional de menores", fecha: 05-12-2017 p. 261

B. DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

1. COMPETENCIA TERRITORIAL

1.1. Causa C 121.589, "A., R. O. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 23-06-2017 p. 277

1.2. Causa C 122.219, "M., M. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 02-05-2018 p. 285

2. DEBIDO PROCESO LEGAL

- Causa C 121.160, "C., A. R. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 23-11-2017 p. 295

3. FUNDAMENTO DE RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA. FUNCIONES Y ACTOS QUE SE LIMITAN, CONDICIONES DE VALIDEZ. SISTEMAS DE APOYO. MODALIDAD DE ACTUACIÓN. SALVAGUARDIAS

3.1. Causa C 122.388, "M., L. F. s/ Insania y curatela", fecha:11-05-18 p. 313

3.2. Causa C 122.930, "C., M. E. A. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 07-11-2018 p. 325

3.3. Causa C 123.112, "G., I. G. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 29-04-2019 p. 333

4. RENDICIÓN DE CUENTAS

- Causa C 122.321, "F., R. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 31-10-2018 p. 345

Los textos editados corresponden al contenido de los dictámenes; en los casos pertinentes, los datos personales de las partes han sido anonimizados.

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.925

“R., M. L. s/ abrigo- R., S. I. s/ abrigo- Legajo art. 250”, fecha: 17-05-2019

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

C 122.925 "R., M. L. s/ abrigo- R., S. I. s/abrigo- Legajo art. 250"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata con fecha 20 de septiembre de 2018 confirmó las resoluciones dictadas en fecha 18 de septiembre de 2017 y 5 de marzo de 2018 por la magistrada de primera instancia en las que se dispuso el cese de las visitas hospitalarias por parte de la progenitora a sus hijos como consecuencia del dictado de la declaración de adoptabilidad de los niños M. y S. R. (de 4 y 3 años, respectivamente) (fs. 25, 28 y 62/4 del presente legajo) .

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, patrocinada por la defensa oficial, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley concedido en virtud del recurso de queja incoado ante esa Corte a fs. 126/32 (fs. 98 y vta., 137/8).

II. La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada evidencia una errónea aplicación de los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1.1, 8.1, 17.1, 25.1, y 19 de la de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3, 9, 17, 19 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 23 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; párrafo 76 de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 607, 608, 609 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación; 7, 11, 33, 37, 39, 41 y ccs. ley 26061; arts. 377 y 384 y ccs. C.P.C.C.; 9, 34 ley 13298 y sus modificatorias. Asimismo denuncia absurda valoración de la prueba (fs. 73 vta. y 74).

En primer lugar se agravia por considerar que "no cabe duda que lo decidido resultó producto de una decisión arbitraria basada en informes desactualizados, de más de tres años y con ello el proclamado interés superior de los niños que con tanto énfasis menciona el a quo en su sentencia, resulta vulnerado" (fs. 75 vta.).

En particular sostiene que "la Excma. Cámara reprodujo los hechos descriptos por el sentenciante de origen, valorando únicamente los informes que le resultaban adversos –en relación al ejercicio del rol materno–, pero soslayó la totalidad de los que daban cuenta de la excelente vinculación de Yésica con sus hijos, en el marco de las visitas institucionales que venían desarrollándose con regularidad hasta su intempestiva e infundada suspensión. En efecto, el fallo en crisis se estructura en base a informes antecedentes efectuados por el Servicio de Niñez y Adolescencia al adoptarse la medida de abrigo (Mayo 2015) así como del producido por el Servicio Local (13/10/16) los que se refieren negativamente a la posibilidad de ejercer adecuadamente el maternaje, más son favorables en cuanto a la vinculación materno-filial" (fs. 74 y vta.).

Asimismo alega: "A lo largo de este proceso la Srta. R., ha estado bajo escrutinio permanente y, pese al estado de adoptabilidad decretado, la totalidad de los operadores intervinientes destacaron su excelente relación con ambos niños, dieron cuenta de un vínculo afectuoso y de fluída interacción; y de la posibilidad de poder ejercer ciertos actos –con un apoyo– tales como, a la sazón, ocurriera con la celebración del cumpleaños de M. –el que acorde a sus limitadas posibilidades económicas– pudo celebrarle en una casita de fiestas infantiles" (fs. 74 vta.).

En la misma línea señala que "… no se acreditó que el vínculo resulte nocivo para los niños; por ello, amén de los informes que le resultaban favorables, ofreció prueba para justificar que efectivamente se encuentra reencausando su vida, hoy con apoyo en su familia de origen; en procura de

sostener la relación con sus hijos. Resulta evidente la conculcación de su derecho de defensa, lo que torna arbitraria la decisión que – desechando la recepción probatoria, inapelables por cierto, conforme art. 377 del CPCC– tuvo por acreditado el estado de desamparo de los niños y la consecuente suspensión de las visitas. Con lo que llevo expuesto, a la luz de las probanzas de autos y de la propia apreciación que de ellas efectúa la alzada, despreciando los nuevos elementos de convicción aportados, la solución se torna dogmática" (fs. 75).

A ello agrega que "la condición económica humilde y la salud mental de R., han incidido negativamente para que pudiera desplegar cabalmente su rol materno. Pero tales circunstancias no ameritan la separación definitiva de sus hijos, lo que resulta expresamente vedado por la totalidad de las normas aplicables a la materia (conf. 5,9,8,19 y ccs. CDN; CIDH OC 17/2003 párr. 76 y ccs.; arts 9 y 34 ley 13298 y 7, 11, 33, 37,39, 41 y ccs. Ley 26061" (fs. 75 vta.).

En segundo lugar, alega que "En autos se prescindió –además– de contar con un elemento de convicción de relevancia como es indagar en el propio sentir y deseo de los causantes, luego de la intempestiva ruptura de este vínculo" (fs. 77 vta.).

En tercer término señala que el a quo ha omitido considerar la facultad reconocida por el artículo 621 del Código Civil y Comercial para flexibilizar los tipos adoptivos en función de la circunstancias concretas y del superior interés del niño (fs. 77 vta.).

Al respecto señala que "de la compulsa de la totalidad de las actuaciones, surge que desde octubre de 2017, la Srta. R. venía solicitando se reanude el régimen comunicacional, así como también se le informen lugar al que fueron trasladados sus niños y se le expliquen los motivos por los cuales se efectivizó dicho traslado, al no hallarlos en su hogar al momento de concurrir a visitarlos. Esta petición formal, recién fue sustanciada y desestimada en el mes de marzo del corriente año, es decir, con una demora de casi seis meses. En con-

sideración a la corta edad de M. y S. el transcurso del tiempo habrá favorecido la creación de lazos con su familia acogedora, en desmedro de sus derechos a mantener su vínculo con su familia biológica" (fs. 78).

Por último sostiene que la decisión impugnada contradice las pautas desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (sentencia del 27 de abril de 2012).

En particular destaca que se ha vulnerado el derecho a la protección de la vida familiar al desconocer el derecho de los niños a permanecer en su ámbito familiar de origen y a la adopción de medidas necesarias para garantizar un régimen de comunicación oportuno y evitar el riesgo de que se generen vínculos afectivos difíciles de revertir, sin causar un daño al niño o a la niña de conformidad con los artículos 1.1, 8.1, 17. 1, 25.1, y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (fs. 78/79 vta.).

Al respecto, argumenta que "va de suyo que, en el presente caso el 'a quo' ha vulnerado la totalidad de la normativa citada al resolver sobre estándares desactualizados. Agrava lo expuesto que, al denegar la reanudación de las visitas instrumentadas, incurre en apreciaciones discriminatorias vedadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 23 prohíbe que la discapacidad sea causa de separación entre padres e hijos" (fs. 80).

Asimismo afirma que "en relación a R., se han valorado circunstancias desventajosas tales como su institucionalización a temprana edad, el no haber alcanzado un proyecto de vida sustentable económicamente y estable en lo afectivo, el hecho de haber quedado en situación de calle al poco tiempo de haber alcanzado la mayoría de edad como consecuencia de la externación del hogar, su restricción a la plena capacidad jurídica y el sistema de apoyo implementados por el Estado – que, desde ya, no pueden resultarle reprochable–. En este discurrir, tras la fachada del 'interés superior del niño' la sentencia procedió a

estigmatizar a la recurrente por sus condiciones personales de salud mental, por su carencia de afectos y su insolvencia económica" (fs. 80 y vta.).

En tal sentido agrega que se ha vulnerado la doctrina legal de esa Corte que ha sostiene que "Las dificultades económicas y de salud no son causa para privar a una madre de la tenencia de su hijo (sent. del 26/10/2010)" (fs. 80).

III. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

i. De conformidad con inveterada doctrina de esa Suprema Corte resulta sabido que tanto el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor como la apreciación de las circunstancias para determinar la custodia y el régimen de comunicación de los menores en función del interés de éstos y de la idoneidad de los padres, constituyen una cuestión de hecho que permite su revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo (SCBA, C121150, sentencia 11 de octubre de 2017, C 121968, sentencia del 7 de noviembre de 2018, C 121549, sentencia del 25 de abril de 2018 entre muchas otras).

En mi opinión, en autos se ha logrado demostrar el vicio de absurdidad endilgado por carecer la decisión impugnada de motivación suficiente.

En efecto, el razonamiento efectuado en el fallo en crisis omite el tratamiento puntual y concreto de la cuestión a decidir: la impugnación de la decisión que dispuso el cese de la visitas que venían desarrollándose de manera ininterrumpida desde el mes de octubre del año 2016 – momento en el que se dispuso el alojamiento de los niños en el Htal. N. S. de esta ciudad– (fs. 3/5, 11, 24/25, 104/5,116/23 de "R., S." y 2/4, 36/7 y ccs. "R., M. s/ abrigo" y fs. 25 y 28 del incidente legajo 250).

Concretamente la alzada sostuvo: "Así, con apoyo en el informe de conclusión de la medida de abrigo obrante a fs. 20/5 producido por

el organismo de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires, como en el resolutorio de fs. 90/7 que declara el estado de adoptabilidad de los menores S. I. y M. L. de los autos caratulados "R., M. s/ Abrigo" y los informes producidos por los profesionales del Hospital Zonal Esp. Dr. N.H. S. de fs. 11/12 y fs 114/5, dictamen de la Sra. de Incapaces de fs. 131 y vta. de los autos caratulados "R., S. I. s/ abrigo", se constata dócilmente la imposibilidad de la progenitora de ubicarse adecuadamente en el rol que en la emergencia le toca desempeñar y las gravosas consecuencias que esto le provoca a los menores en cuestión. Como corolario de lo señalado, teniendo en cuenta los intereses en juego en el conflicto suscitado, considero que los informes reseñados son contundentes para concluir que en el caso concreto, y de acuerdo a las circunstancias descriptas, los pronunciamientos impugnados son ajustados a derecho en la medida que atiende eficazmente al 'interés superior' de los niños involucrados (fs. 63 vta. y 64).

La genérica remisión a las constancias de la causa efectuada por la alzada departamental no refleja, en mi opinión, una respuesta adecuada a los delicados derechos en juego.

ii. La preservación del vínculo de comunicación de los niños con sus progenitores integra el ámbito de protección garantizado por los derechos de los niños a la vida familiar, a la identidad y a su integridad personal (art. 3, 5, 8, 9 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; 8, 17, 19, 25 y ccs. Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH, "LM. vs. Paraguay Medidas provisionales" (2011); CIDH, "Gelman vs. Uruguay" (2011), párrafos 125 y 126; "Fornerón vs. Argentina" (2012), párrafos 116-24; "Atala vs. Chile" (2012), párr. 161-178 y ccs).

Al respecto la Corte Interamericana señaló la necesidad de adoptar "las medidas que sean necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño L.M., permitiéndole mantener vínculos con su familia de origen, con

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

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

En consonancia con ello y con las pautas desarrolladas por la jurisprudencia vernácula en la materia (Fallos 328:2870; 331:147; 341:1733, y SCBA C118781 (2015); C119647 (2016); C121150 (2017), entre muchos otros), el Código Civil y Comercial incorporó la facultad judicial para decidir, incluso con posterioridad al dictado de la declaración de situación adoptabilidad – es decir,

durante el juicio de adopción en sentido estricto–, la subsistencia de los vínculos con uno o varios parientes de la familia de origen en el supuesto de la adopción plena y/o la creación de vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en el caso de la adopción simple, de conformidad con las circunstancias fácticas y atendiendo al mejor interés del niño (arts. 595, 607, 621 y ccs. C.C.yC., ley 26061 y dec. 415/2006, ley 13298, dec. 300/2005 y modificatorias).

iii. Resulta sabido que la función jurisdiccional en esta clase de procesos –gobernados por los principios de inmediación, flexibilidad probatoria y oficiosidad– se encuentra encaminada a determinar de manera actual y concreta la solución que mejor se adecúe con el principio del interés superior del niño (arts. 706, 707, 709, 710 y ccs. C. C. y C.).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó: "el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica *solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño*, son excepcionales y, en lo posible, temporales" (Fornerón, op.cit., párr. 116, 122. Destacado propio).

Dicha consideración supone el despliegue de una justificación robustecida y autónoma que veda cualquier interpretación que implique una derivación automática de la declaración de los niños en situación de adoptabilidad (arts. 705, 706, 707, 709, 710 y ccs. C. C. y C.).

Más concretamente ha señalado el tribunal regional que "La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y cus-

todia 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 ha sostenido que "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 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 trasmitir 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. Destacado propio).

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

En la misma línea, la Suprema Corte ha sostenido que "Probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe el interés del menor puramen-

te abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso" (SCBA, C. 116.644, sentencia del 18 de abril de 2018).

Asimismo, destacó que "corresponde tener en cuenta el interés del menor, que conlleva que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de la niña y porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ella es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (SCBA C119536, sentencia del 21 de octubre de 2015).

En consecuencia, una interpretación respetuosa del principio rector del interés superior del niño en esta materia exige, al menos, la consideración de dos cuestiones esenciales: la evaluación interdisciplinaria y la escucha del niño (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 del sobre el derecho del niño a ser escuchado (2009) y sobre el derecho del niño a que su superior interés sea considerado una consideración primordial (2013); CIDH,"Atala Riffo vs Chile" (2012), párrafos 196-208; "Fornerón vs Argentina" (2012), párrafos 48-50 y ccs.; arts. 595, 609, 706, 709, 710 y ccs. C. C. y C.).

Al respecto el Comité de Derechos del Niño observó: "La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general Nº 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se

puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12" (Observación General del Comité de Derechos del Niño nro. 14 (2013), párrafo 45).

iv. En autos, la alzada confirma la decisión de interrumpir las visitas por considerar que "se encuentra acreditada la imposibilidad de la progenitora de ubicarse en el rol que en la emergencia le toca desempeñar y las gravosas consecuencias que esto le provoca a los niños" (fs. 63 vta.). Para ello valora como hechos relevantes: el informe PER conclusivo, la decisión judicial que decreta la adoptabilidad de los niños, los informe producidos por los profesionales del lugar de internación, y el dictamen del Ministerio Público en el que se deja constancia de la visita efectuada a los fines de tomar contacto con los niños en el Hogar.

Sin embargo, el objeto de impugnación por parte de la quejosa se centró en considerar la arbitrariedad de la decisión que ordenó el cese de las visitas por carecer por completo de respaldo probatorio.

En efecto, la sentencia que declara a los niños en situación de adoptabilidad dispone expresamente el cese de las visitas autorizadas a la madrina de M., la Sra. A. G., más nada dice respecto de la continuidad o el cese de las vistas que se venían desarrollando entre los niños y su progenitora (fs. 90/7 " R., M. s/ abrigo" y 116/23 " R., S. s/ abrigo").

Sin embargo, en fecha 19 de septiembre de 2017 se dispuso – sin más fundamento que el dictado de adoptabilidad– el cese de las visitas por parte de la joven Y. R. (fs. 115 "R., M. s/ abrigo).

Contra ello, en fecha 13 de octubre de 2017, la quejosa procedió a solicitar autorización para continuar las visitas y, con carácter subsidiario, apeló la resolución dictada a fs. 115 de autos "R., M. s/ abrigo) (fs. 143 "R., M. s/ abrigo").

Dicha petición fue desestimada en fecha 17 de octubre de 2017 (fs. 143 de " R., M. s/abrigo" y 143 y vta. autos "R., S. s/ abrigo").

Asimismo, en fecha 12 de noviembre de 2017 la progenitora puso en conocimiento del juzgado que " Habiéndome constituido en el día de la fecha en el medio donde se encentran alojados mis hijos M. L. y S. I. a los fines de interiorizarme sobre su estado personal pese a impedírseme mantener contacto con los mismos, me fue informado que los niños ya no se encontraban en dicho lugar, no precisándome desde cuando se dio esta situación así como tampoco el lugar al que fueron derivados." En virtud de ello solicitó se le informe sobre la situación personal de sus hijos, el lugar en el que se encuentran y los motivos por los que fuera adoptada la medida. Asimismo reitera se provea la petición de "revinculación" efectuada a fs. 143 en autos "R., M. s/abrigo" (fs. 156 autos "R., S. s/abrigo").

Esta presentación motivó la formación de un expedientillo por separado a resultas de lo que resolviera la alzada en virtud de encontrarse el expediente principal en la Cámara en razón de la queja planteada respecto de la desestimación del recurso de apelación planteado contra la resolución que declaró la situación de adoptabilidad de los niños (fs. 166 y vta. y 169 "R., S. s/ abrigo").

En fecha 5 de marzo de 2018 –es decir, seis meses después–, la magistrada de grado se volvió a expedir respecto de la autorización de visitas solicitada con fecha 13 de octubre de 2017 y dispuso su rechazo (fs. 143 y 146 y vta. "R., M. s/abrigo").

Esa decisión fue apelada por la quejosa en fecha 16 de marzo 2018 y confirmada por la alzada mediante la resolución que también rechaza el recurso de apelación subsidiariamente planteado en fecha 13 de octubre de 2017 y que en esta instancia se impugna (fs. 143 y vta, 147 y vta., 149 y ccs. "M. R. s/abrigo"; y fs. 26, 29-31, 62/5 y ccs. del legajo sobre artículo 250 C.P.C.C.).

En suma, del análisis de los elementos de la causa que tengo a la vista se advierte que más allá de las vicisitudes acreditadas y del tiempo consumido en el trámite de la solicitud de "visitas", no existe en autos

–sin perjuicio de la recomendación efectuada por la representante del Ministerio Público a fs. 53/4– ningún informe interdisciplinario destinado a evaluar el desarrollo ni el impacto de la continuidad o interrupción de las mismas en la integridad psico-física de los niños.

En efecto, el único informe psicológico obrante en autos se dispuso a los fines de evaluar la autorización de vistas efectuada por la Sra. G. –madrina de la niña M.– en su carácter de referente afectivo (fs. 104/5, 109, 110, 112, 114/5 y de autos "R., S. s/ abrigo"; fs 63/6, 69, 70 y vta., 74/81, 82 y vta., 84, 85, 86,87,88 y vta.,89 y vta., 90/7, 125/6, 127 " R., M. s/abrigo ") .

Por último, tampoco se advierte en autos que se haya dado cumplimiento con la garantía que exige la adopción de medidas para tomar contacto personal y directo con los niños con carácter previo a decidir sobre una cuestión que los afecte (SCBA C71380, sentencia 24 de octubre de 2009; C 100979, sentencia del 10 de febrero de 2010; C78729, sentencia del 2 de mayo de 2010, C91622, sentencia del 26 de octubre de 2010, C107820, sentencia del 11 de agosto de 2010 C116644, sentencia 18 de abril de 2018, entre otras).

En definitiva, a partir de un análisis de los elementos de juicio, considero que la decisión cuestionada ha sido adoptada sin contar con los elementos necesarios para su prudente determinación.

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a V. E. hacer lugar al remedio que dejo examinado.

La Plata, 17 de mayo de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.771

“L., M. s/ abrigo”, fecha:10-04-2019

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

C 122.771

"L., M. s/abrigo"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, con fecha 21 de junio de 2018, confirmó la sentencia de primera instancia que declaró el estado de adoptabilidad de la niña M. L. (fs. 332/346 y vta.).

Contra tal forma de decidir se alzó su progenitora, patrocinada por la defensa oficial, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley concedido a fs. 358.

II. La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada evidencia una errónea aplicación de los artículos 7, 8, 9, 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14, 18, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 15 y 36 inc. 5 Const. Pcial.; 607, 621 y ccs. del C.C.y C.; 37 de la ley 26061, ley 13298 y sus modificatorias (fs. 351).

En primer lugar, se agravia por considerar que la sentencia impugnada se aparta de los antecedentes de la causa al concluir que el servicio local desplegó estrategias a fin de que la quejosa pudiera asumir responsablemente el cuidado y la crianza de su hija (fs. 353 y vta.).

Al respecto, alega que la única estrategia que había enunciado el servicio local fue el alojamiento de M. y su madre en el Hogar "." que nunca se llevó a cabo por inacción del propio órgano administrativo (fs. 353 vta.).

En tal sentido sostiene: "Es grave V.V.E.E. que desde el órgano judicial se trate de justificar lo injustificable, puesto que de solo ver detalladamente la causa de M. es imposible llegar a la conclusión de que el S.L.T. des-

plegó alguna estrategia con miras a cumplir el fin de la ley 13298 que no es otro que buscar las alternativas para que un niño no sea separado de su familia de origen y en el caso de autos nada de ello se hizo" (fs. 353 vta.).

En segundo lugar, impugna las conclusiones del decisorio referidas a su desempeño materno. En particular cuestiona la afirmación según la cual "no se logró la suficiente y necesaria evolución en la situación psíquica/laboral/habitacional de M. que permita inferir que a su cuidado M. podrá alcanzar el desarrollo integral y la protección de su persona y de sus bienes apreciado ello con el interés superior de la niña" (fs. 354 vta.).

Sobre este punto señala que "el SLT no cumplió nunca con su estrategia de alojarnos a M. y a mi juntas en el Hogar ...., pero no por mi negativa como expusieron en el proceso, puesto que a las pruebas me remito cuando en la audiencia del art. 10 de la ley 14528 le expresé a la Sra. juez que prestaba conformidad para que ello sucediera, pero nunca se llevó a cabo por inoperancia del SLT. Solo me dejaron vincularme con mi hija una vez y pese a que el propio SLT dio un informe positivo a mi desempeño, donde respeté las pautas de la visita, cortaron sin justificativo alguno las vinculaciones, lo cual muestra un comportamiento malvado. Fíjese VVEE que luego de luchar tanto para poder ver a mi hija, sin argumento alguno me impidieron continuar con las visitas, lo cual muestra una actitud cínica por parte del SLT, quienes no fueron conscientes del daño que me provocaron, ya que me ilusioné de que seguiría viendo a M. cada vez con más frecuencia" (fs. 354 vta.).

Con respecto a la valoración efectuada de la evolución psíquica de la Sra. L., agrega que el decisorio se aparta de las conclusiones de los informes elaborados por la Lic. Bolx a fs. 176 en el que se concluye que "se observa una evolución favorable en el tratamiento" y por la Dra. Kacir, psiquiatra, que dispuso su alta médica –fs. 198– (fs. 354 vta.).

En relación con su situación laboral, alega que no se ha valorado su desempeño como "b..." en la p.... "....." de Tigre, ni las dificultades que

presenta el mercado laboral para quienes no cuentan con ningún oficio y se encuentran cursando sus estudios secundarios (fs. 354 vta.).

Asimismo, en torno a la cuestión habitacional, menciona que se encuentra conviviendo junto a su actual pareja en un domicilio que presenta todas las condiciones para que M. tenga garantizados sus derechos. Sobre este punto reitera que el servicio local no articuló ninguna estrategia para alojarla junto a su hija en un hogar de madres solteras, a pesar de haber prestado conformidad para ello y de la decisión judicial que así lo dispuso. En particular señala que la juez de primera instancia prorrogó dos veces el plazo de las medidas de abrigo para que el servicio pueda encontrar alternativas para resolver su situación habitacional, sin que nunca lo cumpliera (fs. 355).

En tercer lugar, se agravia por el tramo del decisorio que omitió valorar las recomendaciones efectuadas por la psicóloga del equipo técnico del juzgado respecto de la conveniencia de incluir a la señora L. en un Hogar para madres sin red con el objeto de evaluar, en un principio, su capacidad para respetar y aceptar normas de convivencia y proporcionarle tareas de fortalecimiento y educación sobre el rol materno con miras a determinar su capacidad para asumir un ejercicio responsable del rol materno (fs. 355 y vta.).

En cuarto lugar, impugna el argumento de la Cámara que señala lo siguiente: "A esta altura es dable destacar que el transcurso del tiempo –que insumiría la evaluación, producción o intento de ejecución de medidas con respecto a la madre, cuya concurrencia y efectos tienen pronóstico incierto– tienen un costo para el desarrollo de la niña". Al respecto sostiene que "la alzada no hace más que naturalizar la inoperancia y el mal desempeño del SLT, quienes pese al pedido del propio equipo técnico del juzgado no ejecutaron ninguna estrategia" (fs. 355 vta.).

A ello agrega que "en la sentencia se trata de manera abstracta el principio del 'interés superior del niño' pero nadie analiza que la decisión tomada en este proceso no hace más que alejarnos de ese principio,

puesto que no hay daño más grave que el que le han generado a M. y que en caso de no revertirse la sentencia le seguirán produciendo, al quitarle la posibilidad de que a solo 7 días de su nacimiento la separaron de su madre y no le permitieron crecer junto a mi. En ningún momento de la sentencia se habla del daño irreversible que el Estado cometió al privarle a M. la posibilidad de alimentarse de la leche materna, tan importante en sus primeros meses de vida y lo más grave de todo es que eso no fue alertado por la justicia de familia, que debe velar porque no se vulneren los derechos de un niño" (fs. 356).

Por último, impugna el argumento del decisorio en cuanto sostiene que la solicitud de la quejosa de ingresar a un hogar junto a su hija no refleja una alternativa real ni posible en la actualidad ni en un futuro cercano, ni se encuentra probado que dicha estrategias resulte un opción viable para atender al interés superior de M. en virtud de las características de la personalidad de la progenitora que surge de los informes de autos. Destaca que dicha conclusión no sólo evidencia el incumplimiento notorio en el que incurrió el servicio local al no garantizar la posibilidad de alojar a la niña junto a su progenitora, sino que implica admitir como argumento el intento del tribunal por "hacer futurología". Así sostiene: "Yo me pregunto cómo saben que la opción del hogar no sería una buena para que M. y su madre estuviesen juntas, si nunca se intentó. Mejor dicho no se nos dio la posibilidad de vivir como familia, ya que nos separaron a los siete (7) días de vida de la niña" (fs. 356 vta.).

III. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

Conforme la inveterada doctrina de esa Suprema Corte resulta sabido que analizar "…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, C 121968, sent. del 7 de noviembre de 2018).

Adelanto que, en mi opinión, en autos se ha logrado demostrar el vicio de absurdidad endilgado.

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al asumir los argumentos expuestos por la Procuradora Fiscal subrogante en el caso "I.J.M. s/Protección especial", publicado en Fallos: 339:795, ha sostenido lo siguiente: "...la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos los miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Asimismo, impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender como consideración primordial al interés superior del niño (art. 3.1);...el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y porque mantenga la relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18)...y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25). Con igual jerarquía normativa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene, entre los deberes estatales y los derechos tutelados, la protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardada por ésta y por el Estado (arts. 17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2 y 24). El respeto de esas directivas por los Estados ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a

la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que —de disponerse— debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones a los derechos del niño (cf. "Forneron e hija vs. Argentina", sentencia del 27/04/12, esp. párr. 48, 116, 117 y 123; "Chitay Nech y otros vs. Guatemala", sentencia del 25/05/10, en esp. párr. 101, 157 y 158; "Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24/02/11; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17/02], esp. párr. 65 a 68, 71 a 78 y 88; y párr. 4 y 5 y de las conclusiones finales del informe) [...].

Asimismo, tomando como criterio rector el interés superior del niño, la ley 26.061 –de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes– reitera, entre otros, los principios acerca del derecho a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3.c); al deber estatal de asegurar asistencia para que los padres puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones (art. 7); a los derechos a crecer y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la identidad, y a que el Estado garantice el contacto y el vínculo directo y permanente con aquella (art. 11); al derecho a vivir, a ser criados y a desarrollarse en un espacio familiar alternativo o a tener una familia adoptiva de conformidad con la ley y excepcionalmente, supeditado a la imposibilidad de crianza por la familia biológica (art. 11); y a la igualdad legal, sin discriminación por motivos de posición económica, origen social, capacidades especiales, impedimento físico o de salud, o cualquier condición del menor o de los padres (art. 28). Sobre tal base, la ley dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias –que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal– no es sustitutivo de grupo de origen, por lo que

debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. arts. 33, in fine, 40 y 41, incs. b, c y f).

Conforme lo expuesto, corresponde revisar si el pronunciamiento recurrido se adecua a los estándares anteriormente reseñados y a la muy exigente justificación que impone una resolución de esa clase, de conformidad con los antecedentes de la Corte Suprema (arg. Fallos: 331:2047, voto de la jueza Argibay, considerando 7).

De la lectura de la sentencia impugnada se desprende que la decisión de decretar a la niña M. en situación de adoptabilidad se fundó en el fracaso de las estrategias desplegadas por el servicio local de protección; en la incapacidad de la Sra. L. de corregir las conductas necesarias para asumir la responsabilidad parental y, por último, en la imposibilidad 'real y concreta' de la alternativa de un hogar en el que pudieran alojarse madre e hija –debido al resultado negativo de las gestiones realizadas por el Municipio– (fs. 323/46).

Dicho razonamiento no refleja, en mi criterio, una derivación razonada de los hechos ni del derecho vigente.

En rigor, una detenida lectura del fallo en crisis evidencia una errónea aplicación de las pautas legalmente establecidas como límites a la discrecionalidad judicial encaminada a aplicar el principio rector del interés superior de la niña al utilizar las condiciones de vulnerabilidad de la Sra. L. como víctima de violencia de género y familiar, sin red, ni trabajo ni vivienda como fundamento de la decisión de adoptabilidad.

Es decir, desde el punto de vista del derecho aplicable, la decisión impugnada contradice el principio de excepcionalidad de la medida de separación del niño de su ámbito familiar de origen, la prohibición de la separación de los niños de sus progenitores por razones vinculadas con las carencias

de recursos materiales y los mecanismos de intervención establecidos en las leyes de protección contra la violencia familiar (arts. 9 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; 17 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos conf. doct. CIDH "LM. vs. Paraguay Medidas provisionales" (2011); "Forneron vs. Argentina" (2012), art. 595,607 y ccs., C.C.yC. art. 33 y ccs., ley 26061 y dec. 415/2006, art. 26 inc. b) 6 ley 26485, art. 4 y ccs., ley 13298 dec. 300/2005 y modificatorias, ley y art. 7 inc. h y ccs., 12569 y modificatorias).

Muestra de ello resulta el propio razonamiento seguido por la Cámara al concluir que se encuentra acreditada la insuficiente evolución de la situación psíquica/social/laboral/habitacional de M., sobre la base de reconocer la incapacidad del órgano administrativo para llevar adelante las gestiones necesarias para alojar a M. junto a su madre –a pesar de la conformidad, y del deseo, manifestado por su progenitora en la primera audiencia celebrada (fs. 43/46, 50 y vta. y ccs.)–, así como para brindar una respuesta a la grave situación de calle que fuera denunciada por la Sra. L., por el Hospital de Pacheco y por el equipo técnico del juzgado (fs. 217, 218, 219, 220, 221, 227, 228 y ccs.).

Al respecto, sostuvo el tribunal: "Ante la situación de calle a la que se vio sometida M., la Trabajadora Social Laura Canepa informó que se comunicó con distintos efectores del Municipio de Tigre para alojar a la progenitora de M. sin lograr resultado positivo alguno (fs. 219 y 228). De ahí que el pedido de la recurrente de ingresar junto con su hija a un hogar para vivir juntas bajo la supervisión y acompañamiento del estado no es una alternativa real y posible en la actualidad ni en un futuro cercano y aun cuando lo fuera, no está probado que tal estrategia fuera una opción viable para atender el interés superior de M., dadas las características de la personalidad de su madre que surgen de los informes de autos" (fs. 345 vta. y 346).

Así, el argumento desplegado –anclado sobre la base de considerar que no se encontraba probado que el alojamiento conjunto fuese una opción viable para atender al interés superior de la niña– evidencia, en

primer término, la inversión de la regla probatoria derivada del carácter excepcional de la medida de separación del niño de su ámbito familiar de origen y de las normas que vedan la posibilidad de justificar la medida de separación en la carencia de recursos de los padres, y con mayor razón, en la carencia de recursos del Estado (ausencia de vacantes en el hogar).

En segundo lugar, la conclusión alcanzada evidencia un quiebre en la valoración de las pruebas rendidas respecto del desempeño del rol materno.

Tal como lo menciona la propia alzada, de las conclusiones de la prueba producida se desprende que la señora L. no sólo ha dado cumplimiento con cada una de las estrategias planteadas por el servicio local alcanzando los resultados esperados (vgr. tramitación de turnos para acceder a un tratamiento psicológico en el Hospital Pacheco, gestión de un turno con un psiquiatra del Centro de Salud de Don Torcuato, asistencia a la entrevista para la admisión al programa de Adquisición de Competencias Parentales coordinado por la Dirección del Servicio Local de Tigre; ver fs. 43/46, 48, 55/8) –cuya admisión fue, finalmente, rechazada–; el compromiso evidenciado en el sostenimiento de los tratamientos psicológico, psiquiátrico y de orientación para el ejercicio de la función parental (vgr. Programa de Adquisición Herramientas Parentales –fs. 203, 216/7–), así como su concurrencia regular a la sede del servicio local a los fines de informar los avances y los obstáculos presentados a lo largo del proceso (fs. 63 y vta., 67/8, 86/93, 98/102, 108/110, 123/30, 138/39, 150, 194/6, 203/6, 217); sino que incluso ha demostrado firmeza en su motivación personal para superar los obstáculos que le impiden asumir su función parental al retomar sus estudios (fs. 86/93), asumir un compromiso con las gestiones articuladas desde el equipo de orientación escolar de la escuela de adultos nro. …. de General Pacheco (fs. 98/102, 119/20), y demostrar interés y constantes esfuerzos en la búsqueda de empleo y en la promoción de proyectos destinados a mejorar sus condiciones materiales de vida con miras a encontrarse en condiciones para alojar a su hija (fs. 63 y vta., 119 y vta., 165/6, 176, 207 vta. y ccs.).

Asimismo, resultan coincidentes los elementos probatorios que dan cuenta de la evolución favorable de la señora L. en cada uno de los tratamientos y de las orientaciones sugeridas por el órgano de protección, y en la necesidad de que se le proporcionen herramientas desde el Estado –por ejemplo, a través de la gestión de una vacante en un hogar para madres e hijos o para madres sin red– para poder desempeñar adecuadamente su rol.

Al respecto, vale meritar las conclusiones de los informes elaborados por la licenciada Boix del Hospital de General Pacheco (fs. 176/181), el alta médica otorgada por la psiquiatra tratante –doctora Kacir– (fs. 194/6), las conclusiones alcanzadas por los integrantes del equipo técnico del juzgado (fs. 167/9 y 207/8), el informe efectuado por el equipo de orientación escolar (fs. 119/20), e incluso las propias consideraciones efectuada por el servicio local con respecto a la evolución de la señora L. (fs. 55/8, 113/117, 229/40), ratificados por la asesora de incapaces (fs. 250 y vta.) y por la magistrada de grado en oportunidad de resolver (fs. 266 y ccs.).

Nótese que la propia Cámara señaló: "tal como refiere el apelante, surge de autos que además del deseo expresado por la madre de tener consigo a M., se comprometió activamente y llevó a cabo las terapias, reanudó sus estudios y demás estrategias sugeridas por el servicio local, compareciendo ante S.S. cada vez que fue citada (fs. 46, 50, 55/8, 93, 98/101, 102, 113/7, 119, 165/6, 167/8, 176, 194, 205, 207/8, 229/40, entre otras). No obstante, luego de casi un año de adoptada la medida, no se logró la suficiente y necesaria evolución en la situación psíquica/social/laboral/habitacional de M. que permita inferir que a su cuidado M. podrá alcanzar el desarrollo integral y la protección de su persona y de sus bienes apreciado ello como el interés superior" (fs. 341 y vta.). En la misma línea sostuvo "Cabe destacar que la progenitora, no obstante haber concurrido a las terapias recomendadas y haberse esforzado en cumplir los requerimientos que se le fueron indicando, a lo largo de este proceso no ha demostrado haber corregido las conductas necesarias para asumir la responsabilidad parental (arts. 375 y 384

del C.P.C.C.) …A tenor de lo que surge de las probanzas de autos, la manifestación de la madre –reitero– importa un deseo (una idea, un pensamiento) que a pesar del tiempo transcurrido no se ha plasmado en hechos de la realidad mínimamente controlables y suficientes para asegurar en algún punto que pueda en la práctica ejercer la responsabilidad de generar y mantener para M. las condiciones necesarias para su desarrollo vital…En definitiva, la afirmación de la apelante respecto a que desea hacerse cargo de su hija carece de toda referencia a circunstancias fácticas que demuestren la posibilidad de concreción real de su manifestación, ello es que logró remover los obstáculos que le impidieron hasta la fecha hacerse cargo de M., y que su decisión de ejercer el rol materno tiene viabilidad – actual, cercana, probable de ser sostenida en el futuro–, lo cual no puede presumirse dados los antecedentes que surgen de la causa" (fs. 342 vta., 343 vta. y 344).

Del mismo razonamiento seguido por la alzada se desprende la ausencia de respaldo probatorio respecto de las conclusiones relativas a 'la insuficiencia de la evolución de la situación social/laboral/habitacional de M.', al 'fracaso en la tarea de remover los obstáculos que le impidieron hacerse cargo de su hija' o 'la existencia de un deseo que no se ha plasmado en hechos de la realidad mínimamente controlables y suficientes para asegurar que pueda en la práctica ejercer la responsabilidad parental".

En rigor, parece razonable sostener que tales conclusiones obedecieron al déficit en el cumplimiento de los deberes de prestación positiva correspondientes a los órganos administrativos de promoción y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (artículos 40, 41 y ccs., ley 26.061 y 13298 y modificatorias) –que no pudieron conseguir vacantes en un hogar, ni brindar una solución a la grave situación habitacional denunciada, ni instrumentar encuentros periódicos entre madre e hija a lo largo del prolongado tiempo de la medida (fs. 4/6, 170/2 y ccs.)–, y no a la conducta de la Sra. L. que, como también lo destacó la alzada, demostró a pesar de su situación de vulnerabilidad, ser capaz de comprometerse y alcanzar resultados favorables en el cumplimiento de

cada una de las medidas y orientaciones proporcionadas por el servicio local, e incluso retomar la escuela, demostrar preocupación y mejoras en su situación laboral, afectiva (armado de red) y habitacional (fs. 341 y ss.). Ninguna mención hace el tribunal respecto del incumplimiento por parte de la Sra. L. de alguna de las estrategias implementadas.

En esta línea de pensamiento, de las pruebas obrantes no se advierte qué estrategias concretas se desplegaron desde el servicio local en orden a revertir la inestabilidad de la situación familiar/social, laboral y habitacional de la señora L., valorada como fundamento de la decisión, más allá de las orientaciones efectuadas para que M. iniciara tratamiento psicológico y asistiera a diversos programas de orientación parental, la ampliación de los plazos y las numerosas entrevistas desarrolladas con miras a elaborar informes sobre su desempeño y a evaluar la existencia de referentes afectivos capaces de acompañar a M. (fs. 323 vta.).

Del análisis de los distintos informes elaborados por el servicio local –PER inicial (fs. 13/16), de seguimiento (fs. 55/58) y de conclusión (fs. 113/17 y 229/40)– se desprende que las estrategias planteadas fueron: la gestión del DNI de la niña, la solicitud al juzgado de una evaluación psiquiátrica a los fines de evaluar la posibilidad de que la señora L. participe del grupo de Adquisición de Competencias Parentales coordinado por la Dirección de Políticas de Infancia, Adolescencia y Familia del Servicio Local de Promoción y Protección; la articulación con el equipo técnico del Hogar Convivencial de Familias de Tránsito N….. y, atento los antecedentes familiares, entrevistas con referentes familiares a fin de trabajar potencialidades (fs. 13/16). Puntualizo que del informe de seguimiento elaborado a los 90 días (fs. 55/8) se desprende que se llevaron adelante las entrevistas con la señora M. y con su pareja, B. R.; que se rechazó la admisión de la Sra. M. al programa de Adquisición de Competencias Parentales debido a la “escasez de recursos simbólicos y posible perfil psiquiátrico”; se citó a la hermana de M. y al presunto progenitor de la niña (fs. 56/58). Por último, en

los informes de conclusión PER se destacaron los resultados negativos de las entrevistas desarrolladas con distintos referentes afectivos de la señora M. con miras a identificar algún referente positivo capaz de acompañarla en el ejercicio de su función materna; se señalaron los avances evidenciados por la misma –como sostener el tratamiento psicológico, comenzar la escuela e iniciarse laboralmente– y se concluyó que teniendo en cuenta el vencimiento de los plazos legales, los antecedentes de violencia que ha tenido M. en la crianza de su hijas B. y M., la inestabilidad en su relaciones familiares y laborales; la evidente escasez de recursos simbólicos, y la ausencia de red social, familiar y comunitaria, solicitaron que se declare a M. en situación de adoptabilidad (fs. 117 y 239/40).

Además, considero relevante destacar que no existió despliegue de actividad alguna dirigida a preservar la comunicación de la señora L. con su hija durante el transcurso de la medida adoptada (fs. 84 y vta., 212/3 y ccs.) –recuérdese que la medida de abrigo fue adoptada el 18/1/2017 (a tan sólo 7 días de su nacimiento)–, a pesar del reclamo sostenido de la progenitora para que se autoricen visitas con su hija (fs. 43/6, 50, 63 y vta., 86/93, 95, 98/102, 108/110, 123/30, 194/6, 203/6, 217 y ccs.), del buen desarrollo informado por el hogar respecto del único encuentro llevado adelante entre M. y su hija en la Capilla E. S. de San Isidro (98/102 y vta. 115/6) y del informe elaborado por la psicóloga del Hospital Gral. Pacheco de Martinez, en el que se recomendó la revinculación de M. con su hija en virtud de considerar que la Sra. L. había concurrido de manera sostenida ‘sin faltar ni a un cita’ y demostrado compromiso con el tratamiento (fs. 113/7).

Sobre esta base, cabe concluir que las razones esgrimidas como fundamento del decisorio –sintetizadas en la insuficiente evolución de la situación psíquica/social/laboral y habitacional– no sólo evidencian una errónea aplicación del derecho vigente al desconocer los límites legales establecidos a las amplias facultades del juez en esta clase de procesos (artículos 595, 706, 709 y ccs. CCyC), sino un notorio desvío de la prueba producida conteste en demos-

trar el óptimo grado de cumplimiento alcanzado por parte de la señora L. respecto de las estrategias implementadas y de la ausencia de recursos estatales tendientes a brindarle el apoyo necesario para revertir las condiciones exigidas por el tribunal para el ejercicio adecuado del rol materno.

IV. Sentado lo expuesto, resulta insoslayable considerar los informes de los peritos de la Dirección General de Asesorías Periciales de esa Suprema Corte, elaborados con motivo de la medida para mejor proveer que oportunamente dispusiera V.E. a los fines de conocer la situación actual de la señora M. A. L. (fs. 359).

Las conclusiones del informe ambiental elaborado el 13 de noviembre de 2018 dan cuenta de que "…Actualmente M. A. L. mantiene una relación de pareja estable con A. A. A. con convivencia. Sostiene una relación laboral informal aunque estable de la cual detenta buen concepto en su desempeño, siendo valorada positivamente por su responsabilidad y disponibilidad. M. es alumna regular del CENS Nro ….. de Tigre y se encuentra rindiendo los exámenes para finalizar el primer año. Pudo conocerse que desde el establecimiento se detectaron problemas de aprendizaje por lo cual se le asigna una maestra de fortalecimiento que le brinda apoyo particular para algunas materias. Pese a ello M. viene aprobando con buenas calificaciones las materias rendidas, gracias a su esfuerzo y empeño. Realiza tratamiento psicoterapéutico de manera sostenida en el Hospital M. M. de General Pacheco con la Lic. Ana Clara Canal. A pesar de la acumulación de desventajas a lo largo de su vida, M. actualmente y particularmente desde el nacimiento de su hija M. ha demostrado su capacidad para sobreponerse, reorganizando su cotidianeidad. Esto se ve reflejado en el empeño y constancia para finalizar sus estudios; en la responsabilidad en sostener un trabajo y en mantener un espacio psicoterapéutico en el tiempo. Cuenta con capital social esto es, que ha podido forjar una red de vínculos sociales que le permiten sostenerse en el cotidiano" (fs. 374 vta. y 375).

Por su parte, en la pericia psiquiátrica se destaca lo siguiente: "Consideramos que la misma se encuentra en condiciones de cumplir con

su rol materno, pero con supervisión y seguimiento, con evaluaciones periódicas médicas, psicológicas, sociales y el compromiso de su pareja actual, de su herma R., quienes medien como referentes efectivos y entorno continente" (fs. 389).

En concordancia con ello, las peritos psicólogas concluyeron en el informe de fecha 6 de diciembre de 2018: "...la Sra. M. ha carecido de las estimulaciones y sostenes amorosos básicos requeridos por cualquier sujeto humano para desarrollarse. Ha sido víctima de múltiples situaciones de abandono, abuso infantil y vulneración de sus derechos. Todo lo anterior la hace más vulnerable y susceptible de reacciones impulsivas, que son inestabilidades emocionales que padece frente a situaciones de tensión y/o al sentirse agredida, descuidada, descalificada. Su capacidad de autocontrol y autonomía se encuentran limitadas, con potencialidades para adquirir autonomía con un acompañamiento adecuado a su situación. De esa manera se infiere que podrá afrontar los problemas que puedan ir presentándose y adaptándose para superar las dificultades que se le presenten como potenciales complicaciones de la realidad cotidiana. Por todo lo expuesto estas peritos consideran que la misma está desde el punto de visita afectivo y emocional, en condiciones de ejercer las funciones correspondientes al rol materno (de sostén y amparo), de momento con red de acompañamiento y supervisión. Por lo detallado en el cuerpo de esta *evaluación es esperable que en el futuro, pueda producirse cambios de relevancia favorable en M., dada la rapidez y disposición absoluta a adquirir conocimientos prácticos para el mejor desempeño del rol materno.* Ahora bien, consideramos que si bien M. posee capacidad para ejercer el rol materno con red de contención, también es necesario agregar que deberá existir un período de revinculación paulatina y regular con su hija, bajo la supervisión del equipo técnico que se designe para ello. En relación al Sr. A., A. A., al momento de la presente evaluación, por su relación afectiva con M., su rol de protección y amparo, estas peritos no presentarían objeciones sobre su accionar como red de sostén ni en el ejercicio de la función paterna" (fs. 380 vta. y 381; lo destacado no figura en el original).

V. Además, toda vez que en la especie se informan circunstancias que involucrarían a la Sra. L. como víctima de presuntos hechos delictivos, dejo constancia que se ha dado intervención a la Fiscalía General departamental correspondiente.

VI. En virtud de los argumentos expuestos, opino que V.E. debería hacer lugar al recurso bajo análisis.

La Plata, 10 de abril de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.500

“P., J. F. s/ Incidente de declaración de adoptabilidad”, fecha: 26-09-2018

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

C 122.500 "P., J. F. c/
Incidente de declaración
de adoptabilidad"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, con fecha 7 de diciembre de 2017, confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno declaró el estado de adoptabilidad del niño J. F. P. y otorgó la guarda preadoptiva al matrimonio conformado por M. C. Á., y L. R. D., C. (fs. 283/287).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora del niño, E. S. P., con el patrocinio letrado de la defensora oficial, Dra. Laura Pereyra, a través de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley concedidos a fs. 304 que paso a examinar (fs. 299/303).

II. De los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada vulnera los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, el artículo 171 de la Constitución Provincial, el artículo 613 del Código Civil y Comercial de la Nación y 279 del Código Procesal Civil y Comercial.

En primer lugar alega que "la sentencia impugnada resulta nula al resolver la situación de adoptabilidad del niño sobre la base de considerar los informes del equipo técnico del juzgado interviniente en la designación de los pretensos adoptantes y no a lo dispuesto por el ente administrativo, en contradicción con lo establecido por el art 613 C. C. y C." (fs. 300).

En la misma línea sostiene que "resulta sumamente contradictorio y agraviante la posición del mencionado magistrado en cuanto a que por un

lado considera que el organismo administrativo actuante realizó un seguimiento exhaustivo tendiente a lograr la reversión y correspondiente revinculación de la madre con su niño, siendo que este último organismo no participó del proceso que culminó con la declaración de adoptabilidad del niño J. F., cuando claramente lo prevé el art 613 del Código Civil y Comercial, generando así otra nulidad" (fs. 301).

También se agravia por considerar que la guarda preadoptiva fue otorgada sin que se encontrara firme la sentencia que decretaba al niño en situación de adoptabilidad.

Al respecto sostuvo: "Esta situación generó la vinculación del niño con una familia pretensa adoptante, sin seguir los lineamientos fundamentales de la nueva ley de adopción, que si bien contempla la inmediatez en la inserción del niño a una nueva familia, ello no debe generar el apartamiento de la familia biológica sin agotar los recursos para evitar tal situación, siendo ahora el fundamento para negar el posible reintegro del niño a su madre biológica debido al arraigo supuesto del menor con la familia conviviente" (fs. 300 vta.).

Por otra parte se queja por considerar que el juez omitió precisar de manera concreta y precisa qué tipo de conflictos u obstáculos impedían a la Sra. P., ejercer su rol materno, y las posibilidades reales y concretas que el estado posee para sortear los conflictos.

Sobre ese punto sostiene: "Falencias propias en su familia que la llevaron a generar pocos recursos personales pero que no le quitaron la voluntad de luchar por la tenencia de su hijo, con el amor genuino de una madre y sin perjuicio de todas las adversidades que la vida le presentó en el camino. Su constante presencia a través de los recursos que esta defensa ha impetrado antes de ahora y con más el presente, son una muestra de ello" (fs. 301 y vta.).

Asimismo impugna el tramo de la decisión en el que se concluye que si bien los hechos de violencia que dieron motivo al inicio de la medida de abrigo no resultan por sí mismo determinantes, ello sumado a otros elementos de

juicio justifican la declaración de adoptabilidad.

Al respecto sostiene que "debo inferir que los otros elementos que se suman al inicio de la causa penal, –en la que por cierto no recayó condena alguna en contra de la joven S. E. P.,– con los informes del SLPPDN de los cuales surge sólo que la madre no visitaba en forma diaria al niño J. y que en el espacio terapéutico creado al efecto, su asistencia fue intermitente. Por otra parte, y sumando un elemento más a la causa penal, sostiene dicho magistrado que 'el informe elaborado por el cuerpo de peritos del juzgado en el mes de agosto de 2015, pone de manifiesto las dificultades a nivel estructural de la progenitora, entendiendo por tales, las relativas a la constitución subjetiva, concluyendo que no se observa una posibilidad de reversibilidad de la situación de la entrevistada'. En consecuencia, debo interpretar que los nuevos paradigmas generados en torno a la ley de salud mental actualmente vigente, caen en saco roto. Ello así, toda vez que en lugar de empoderar a quién podría llegar a padecer dificultades relativas a su equilibrio emocional y/o salud mental, y valorar sus aptitudes y capacidades, estamos condenándola a vivir una vida vacía y quitándole lo más preciado que tiene, su hijo, sentenciando que 'no puede cumplir un determinado rol' como si fuese un objeto y no un sujeto de derechos" (fs. 301 vta.).

En el mismo sentido destaca que "...no se tuvieron en consideración por la Excma. Cámara de Apelaciones, los informes que marcan un cambio de rumbo y/o de actitud por parte de mi asistida y que datan de un tiempo actual en comparación con los referidos por la Cámara de Apelaciones para fundar su voto. El magistrado se limita a enumerar cuantitativamente los fundamentos de una decisión que se apoya en meras presunciones, sin haber el Estado intervenido en forma eficaz y eficiente. A su vez, la Asesoría de Incapaces, institución que debió haber emitido un dictamen sobre la cuestión, omitió hacerlo, tendiendo solo a participaciones escuetas y muy puntuales" (fs. 302).

Por último se agravia por considerar que "aunque lo más impactante del tratamiento de la primera cuestión en que se considera que 'afortunadamente esa drástica intervención se produjo y no advierto que a esta altura resulte posible o cuanto menos sensato, –teniendo en cuenta el altísimo costo que ello tendría para

el menor involucrado– desandar el camino de esa ya extensa vinculación'. Desvinculación que el propio Estado inició y prolongó en el tiempo, debido a la intención de salvaguardar el derecho de defensa en juicio del 'supuesto padre' cuya paternidad nunca se confirmó y vulnerando gravemente el derecho de mi asistida a revincularse con su pequeño hijo con asistencia de las instituciones que deberían haber brindado un apoyo genuino eficaz y activo en lugar de adoptar un rol prejuicioso y acusatorio" (fs. 302).

En definitiva, concluye que "la Alzada tardó dos años en resolver los recursos presentados por la joven madre E. P., en los que cuestionaba la declaración de adoptabilidad de su hijo y su entrega en guarda preadoptiva, a fin de darle intervención en la causa al supuesto padre biológico, y luego de ese lapso de dos años que el mismo órgano judicial propugnó, ahora decide confirmar las sentencias con el argumentos del arraigo del niño a sus padres adoptivos –debido al tiempo la propia Cámara generó– y apoyado en pericias de irreversibilidad en la condición de la madre biológica respecto de su posibilidad de ejercer el rol materno, hoy día superadas, por cuanto E. P., tal vez iluminada por su propio nombre y pese a los obstáculos que la vida le ha puesto, ha formado una familia con su actual pareja y padre de su bebé, que es el hermanito de J. F.. Cabe concluir que la decisión que aquí se pone en crisis, no sólo ha vulnerado el derecho de una joven madre casi adolescente, sino también el derecho del niño –su hijo– a permanecer con su familia biológica" (fs. 302 vta.).

II. Con carácter liminar, cabe objetar la fundamentación promiscua de los recursos planteados.

Al respecto, tiene dicho ese Tribunal: "Deben desestimarse los recursos extraordinarios si su fundamentación es promiscua (arts. 279 y 296, C.P.C.C.; 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812), en tanto los medios de impugnación a que se refieren los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial y por su parte el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, tienen fuentes distintas. Pretender fundarlos en los mismos argumentos o entrelazarlos de tal modo que se genera una confusión en la que no es posible desentrañar dónde comienza o finaliza uno u otro, provoca una promiscuidad argumental inadmisible, que no es función de este Tribunal Superior

suplir" (SCBA, C121985, sentencia del 4 de julio de 2018).

Es que los recursos extraordinarios tienen exigencias técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento, que la Suprema Corte no puede dejar de lado, pues de lo contrario, se infringen las normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan (arts. 161, Const. prov.; 279 y 296, CPCC) (SCBA, RC 122030, sent. del 27 de junio de 2016, conf. doctr. causas C. 116.765, 'Conti', resol. de 8-VIII-2012; C. 117.500, 'Magaña', resol. de 22-V-2013 y C. 121.533, 'Krzyszkowski', resol. de 14-VI-2017, entre otras)

III. Sin perjuicio de que la insuficiencia técnica señalada sellaría la suerte adversa de los recursos, en virtud de la índole de la cuestión planteada, entiendo preciso ingresar al examen de los agravios.

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 C. 101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C. 100.587, sent. del 4-2-2009; C. 108.474, sent. del 6-10-2010), extremo que no ha sido denunciado ni demostrado 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 no se ha logrado acreditar que la progenitora del niño, S. E. P., se encuentre en condiciones de asumir – ni aún con el apoyo de su abuela ni de su hermana– responsablemente las funciones de cuidado de su hijo J. F..

Concretamente la Cámara departamental sostuvo que "…las carencias que se han evidenciado en relación al cuidado del menor y las situaciones de violencia justificaban un intromisión drástica e invasiva de una estructura familiar vulnerable y disfuncional, ya que estaban impactando negativamente sobre el pequeño. Afortunadamente esa drástica intervención se produjo y no advierto que a esta altura resulte posible – o cuanto menos, sensato, teniendo en cuenta el altísimo costo que ello tendría para el propio menor involucrado– desandar el camino de esa ya

extensa desvinculación. No cambian la situación los informes de fs. 200/201, 212, 226/7, porque si bien marcan un avance en su actitud personal, simplemente concluyen la favorable de las visitas en el marco de una guarda preadoptiva, cuyo reproche será tratado en la segunda cuestión de este fallo. Y no puede siquiera imaginarse que la asistencia y contención que puedan proveerle los organismos del Estado –aún superadas las deficiencias organizativas y de infraestructura, y hasta el propio déficit motivacional de la apelante que se patentiza en el informe antes referido– alcancen para cubrir esas carencias. Y es evidente también, a esta altura, que no hay familiares directos de uno u otro progenitor verdaderamente interesados y comprometidos en apuntalar a la recurrente, más aún si se han desinteresado en su totalidad. De otro lado, cabe tomar en consideración que el niño, que cuenta con tres años de edad, con tan sólo 5 meses fue entregado a una familia de acogimiento y en un intento de reinsertarlo al seno familiar fue dado a su abuela y tía en enero de 2015, lugar en el que paso la mayor parte de su tiempo, hasta que fue entregado en guarda preadoptiva al matrimonio A., y D., C. en el mes de diciembre del mismo año –ver fs. 177/178–. Es decir, después de vivir algo más que un año y medio, en un contexto de serena comfortabilidad material y psíquica (v.inf.fs.49), no puede forzarse ahora su restitución cuando la recurrente, más allá de mostrar algún cambio positivo, no evidencia modificaciones estructurales –en sus carencias y limitaciones personales– que aseguren al menor un hogar en el que pueda desarrollarse en forma integral" (fs. 285 vta. y 286).

Los argumentos expuestos por los magistrados de la alzada departamental evidencian, en mi opinión, la insuficiencia de los agravios planteados por la quejosa para revertir la decisión impugnada.

Pues, como surge de su sola lectura, la recurrente centra sus quejas en cuestiones dogmáticas, desentendiéndose de los argumentos tenidos en miras por la alzada para decidir.

En rigor, los agravios planteados ante esta instancia se limitaron a objetar cuestiones vinculadas con (i) la indebida continuación del trámite de las actuaciones –en virtud de no encontrarse firme la declaración de adoptabili-

dad–, (ii) la ausencia de intervención del organismo administrativo durante la etapa de selección de los aspirantes a guarda con fines adoptivos y (iii) con el prolongado transcurso del tiempo consumido, sin rebatir los argumentos centrales del fallo vinculados con la efectiva adopción de medidas y estrategias de fortalecimiento en su ámbito de origen (fs. 2/3, 9, 12/3, 23/4 y 28, 34 y vta., 39, 41/45, 46 y 47 y vta., 48 y 54, 57 y vta., 64 y vta., 70/5, 82/3 "P., J. F. s/ abrigo", 53/54 y 57 "P., J. F. s/ Incidente de declaración de adoptabilidad"), las dificultades percibidas (fs. 18, 39 "P., J. F. s/ abrigo"; fs. 1/5, 10, 19 y vta., 23 y vta., 31 y 32 vta., y ccs. "P., J. F. s/ Incidente de declaración de adoptabilidad"), el fracaso de la modificación del lugar de cumplimiento de la medida en el ámbito de su familia ampliada –bisabuela y tía maternas– (fs. 70/5, 82/3 "P., J. F. s/ abrigo") – e, incluso, los informes que dan cuenta de los resultados favorables del proceso de vinculación del niño con sus actuales guardadores (matrimonio Á. y D., C.), en conjunto con la progenitora a los efectos de mantener un régimen de comunicación entre ambos (fs. 208/9, 212, 218/20, 226/7, 229/30 y vta., 255, 259 y ccs.).

Cabe reconocer la intensa actividad desplegada por todos los órganos intervinientes en pos de procurar una solución orientada a preservar los vínculos familiares de origen –de la que da acabada cuenta el dictamen del Ministerio Publico obrante a fs. 83/5 y la sentencia de primera instancia (fs. 87/108)– y la contundencia de los informes psicológicos elaborados por el equipo técnico del juzgado agregados (fs. 42/44 vta. del exped. "P., J. F. s/ abrigo", y fs. 48/50, 65, 68, 70/1 "P., J. F s/ Incidente de declaración de adoptabilidad") concordantes en afirmar la imposibilidad de la progenitora de asumir la crianza de J. F. de manera sostenida y responsable.

Frente a ello, la apelante omite cuestionar dos argumentos centrales del decisorio: las constancias que dan cuenta del efectivo trabajo de fortalecimiento desplegado con la quejosa y su grupo familiar –en especial, de las instancias tendientes a posibilitar la convivencia del niño junto a su familia ampliada (bisabuela y tía maternas) y de su fracaso– y la existencia de un extenso proceso de vinculación adoptiva del niño con sus actuales guardadores, que ha contado con el acompañamiento y la participación activa de la progenitora.

A ello cabe añadir la consideración respecto del prolongado tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones (22 de julio de 2014, fs. 2/3 "P., J. s/abrigo") y las consecuencias incomensurables que ello reviste en esta clase de procesos destinados a conjugar el respeto por la preservación de los vínculos familiares de origen con los demás principios tendientes a asegurar el derecho de los niños a no sufrir ninguna clase de maltrato, a crecer y desarrollarse en un ámbito familiar capaz de asegurarle protección y cuidado y a contar con una decisión que defina su situación jurídica en un tiempo razonable (CIDH, "Fornerón vs Argentina" (2012) y "LM vs Paraguay. Medidas Provisionales" (2011); Art. 607 y ccs. C. C. y C.).

En relación con los límites temporales en esta clase de procesos se ha dicho que "…vencidos largamente los plazos previstos en el nuevo Código Civil y Comercial sin que se registre una adecuada evolución de la capacidad de los progenitores de ejercer sus respectivos roles paterno y materno y sin que, por ende, se avizore la posibilidad de que la niña de autos pueda retornar junto a ellos, ya no es posible esperar y pensar en otras alternativas o estrategias orientadas al grupo familiar de origen. Y ante la carencia de otros familiares que puedan hacerse cargo de su crianza, se debe proveer una solución urgente..." (Cám. Nac. Civ, Sala B, "A.P.A. s/control de legalidad", sentencia del 28 de marzo de 2016).

En definitiva, considero que los agravios planteados por la recurrente resultan insuficientes para conmover la completa hermenéutica desplegada en el decisorio cuestionado, en cuanto rechaza la restitución reclamada por la progenitora y resuelve declarar al niño J. F. en situación de adoptabilidad.

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a V.E. rechazar la queja que dejo examinada.

La Plata, 26 de septiembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.543

“A., C. L. s/ abrigo”, fecha: 28-08-2018

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

C 122.543

"A., C. L. s/ Abrigo"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con fecha 27 de febrero de 2018, confirmó la sentencia de primera instancia que declaró a la niña C. L. A., (12 años –fs. 15–) en situación de adoptabilidad. Asimismo dispuso que se tuviera en cuenta en la instancia de grado la posibilidad de establecer un régimen de comunicación con sus hermanos (fs. 271/279).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de la niña, Sra. A. A., con el patrocinio letrado del defensor oficial, Dr. Emilio García Areal, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 282/296 y vta., concedido a fs. 297, sin perjuicio de la intimación dispuesta por esa Corte a los fines de que se acredite en esa sede la concesión del beneficio de litigar sin gastos definitivo (fs. 310/11 y vta.).

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

La quejosa denuncia errónea aplicación de los artículos 11, 12, 15, 36 inc. 2 y 8, 161 inc. 3, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14, 16, 18, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional; 3, 6, 7, 9, 12, 19, 24 y 37de la Convención sobre los Derechos del Niño; 607 y ccs. del Código Civil y Comercial; 3, 4, 9, 19, 32, 33, 34,35 de la ley 13298 y decreto 300/05; artículo 3 y ccs., de la ley 26.061; disposiciones 34 inc. c), 358, 362, 384 y ccs. del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 296 y vta). Asimismo denuncia absurda valoración de la prueba.

En particular la recurrente centra su queja en tres agravios fundamentales: (i) la absurda valoración de los elementos de prueba que dan cuenta del vínculo de afecto y cuidado que la une con su hija C. y con el resto

de sus hijos con los que convive, (ii) la vulneración del derecho de la niña –casi adolescente– a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta y, por último, (iii) la vulneración de su derecho de defensa.

Con el objeto de demostrar el absurdo que alega, la quejosa señala que las razones enumeradas por el tribunal para decidir la situación de adoptabilidad –entre las que menciona a) el tiempo transcurrido con intentos de 'revinculación insalvables', b) la 'supuesta' incapacidad de asumir responsablemente el cuidado de la niña, c) el informe del servicio local obrante a fs. 124 en el que se da cuenta de ciertas dificultades de vinculación de la niña con la progenitora, d) la ausencia de 'cambios en mi personalidad' reflejadas en el Plan Estratégico de Restitución de Derechos obrante a fs. 132/36, e) el informe ambiental obrante a fs. 106/7 según el cual 'nada observa la Lic. Kenis, por el contario encuentra a mis hijos en buen estado de salud y justo almorzando y que todos tenían sus sillas y camas, esperando el regreso de C.. Recuerde VE: que tengo 8 hijos en mi casa además de C. y solo hacen hincapié en el tratamiento psicológico'– resultan observaciones superficiales y discrecionales, utilizadas para impedir el contacto y desvincularse de ellos, a pesar de que no existe situación de riesgo ni patología que impida ejercer el rol materno (fs. 287).

En relación con la pericia psicológica señala que "Todas las consideraciones practicadas por el tribunal de alzada se hacen sobre la base de informes de profesionales que se alejan de mi situación actual y de la verdadera necesidad de los menores. El deseo y la angustia que padece C. cada vez que la visito, buscando regresar conmigo, son cuestiones no ponderadas por el Tribunal…Así del informe junto a mi hija realizado ante el perito psicólogo Lic. Gonzalez refiere 'que quiere volver a su hogar materno y que extraña a su madre' ahí mi hija me dijo 'te extraño quiero volver a casa' y mi respuesta fue 'nosotros también queremos que vuelvas' no son consideradas" (fs. 287 vta.; ver también fs. 292).

Destaca asimismo que no se puede comprender la problemática familiar si no se tiene en consideración la situación social, económica

y cultural de esta familia (fs. 287 vta.). Al respecto, señala que "No escapará al elevado criterio de éste Cimero Tribunal que nos hallamos frente a un grupo familiar que requiere del Estado ponga en marcha los programas adecuados de acción previstos en la ley 13298 y modificatorias y rompa con Centros zonales y locales que constituyan meros derivadores hacia una nueva forma de patronato bajo otro fuero. Lo cierto es que, como dan cuenta las presentes actuaciones, salvo la posibilidad de visitar a mi hija en un determinado y escaso tiempo, en el lugar de internación con todas las complicaciones que este tipo de contacto trae aparejado para los menores, que ven como su madre la visita pero después se retira y los deja, no ha existiendo en concreto ningún otro programa que haya facilitado al grupo familiar la rápida externación de mi hija C.. Todo hace a que los sentimientos se vayan enfriando y la angustia de la menor vaya en aumento por la complicidad de los adultos que creen en virtud de su realidad y no bajo el prisma de la realidad de otros que carecemos de muchas necesidades sociales, pagamos el precio más alto que es el sacarnos a nuestros hijos sin comprender siquiera las causas o consecuencias de cada acto que se nos explica, se juega con la necesidad de la carencia de conocimiento y de recursos económicos. Otra conclusión no cabe cuando habiendo cumplimentado las exigencias de tratamiento psicológico dentro de las posibilidades de los servicios públicos, e intentando mejorar mi relación con mi hija durante mis visitas, extrañándonos mutuamente y necesitando regresar juntos pronto, solo consideraciones a pericias desactualizadas e historias familiares han servido en el resolutorio para hablar de la situación de abandono de mi hija. El nuevo régimen impone a los Centros Zonales y Locales la intervención y a la Autoridad de aplicación garantizar los recursos y programas destinados a una feliz concreción de lo anhelado por la norma. Sostener lo contrario implica que la nueva legislación es solo la puesta en escena de deseos carentes de aplicación, así como sumir en el más grave desamparo –sobre todo– a los menores que forman parte de familias de escasos recursos" (fs. 291 vta. y 292).

A ello agrega que "A pesar de las diversas intervenciones del equipo interdisciplinario en las distintas instituciones que han interveni-

do en las presentes, desde los servicios hasta el Juzgado de Familia y de la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial ahora recurrido no surge de autos propuesta o programa de fortalecimiento concreto, salvo la indicación de que realizara tratamiento psicológico el que he cumplido con excelentes resultados…por lo que surge claramente la transgresión al sistema de fortalecimiento familiar vigente conforme arts. 35 inc. f y h, 37, 38 y 39 ley 13298" (fs. 292 y vta.).

Puntualmente denuncia absurda valoración de la prueba en cuanto se ha omitido la consideración de los informes y las necesidades que la propia niña ha expresado a fs. 120, 124/5, 129/31, 166 y 235, entre otras (fs. 288 vta.). Sobre este punto destaca que "A pesar de que mi hija y quien suscribe han querido llevar adelante una revinculación sana, siendo varios los informes donde la menor C. L. ha expresado su profundo deseo de regresar junto a su madre, no existiendo causa alguna que realmente justifique en la actualidad la separación de su madre, no solo se me impide externarla conmigo sino que se me imputa haberla dejado en situación de abandono, con la consiguiente pérdida de su estado de familia, decisión sobre la que no se me ha permitido opinar" (fs. 289 vta.).

En el mismo sentido agrega "En autos puede la Corte constatar que no ha sido tenido en cuenta el derecho de mi hija a expresarse, su expresión no valió la pena sólo se ha interpretado según el prisma de los adultos que han sentenciado. La niña implora desde el hogar regresar conmigo y sumado al tiempo transcurrido desde su institucionalización no cabe en su corazón y su cabeza que esta madre la ha abandonado sin ni siquiera escucharla en sus intenciones, cuando la realidad es otra muy distinta a la juzgada. Con la decisión recurrida se patentiza la violación a 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, el derecho a la información básica sobre el paradero de familiares de los que fuera separada y derecho al contacto familiar, contemplados en los arts. 3, 7, 8, 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también los artículos 14 bis, 16, 19, 33, 75 inc., 22, 23 y ss. de la Constitución Nacional" (fs. 295).

Por otra parte alega la violación del artículo 607 del C. C. y C. en cuanto establece que no corresponde la declaración de adoptabilidad si existen referentes afectivos o familiares que se ofrecen a asumir la guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado a su superior interés. Al respecto afirma que a fs. 189, con fecha 5 de abril de 2017, comparecieron ante el Señor juez de grado la Señora M., hermana de la niña abrigada, y su pareja, quienes manifiestan que en la actualidad no cuenta ella con empleo. Pero que consultados sobre la posibilidad de egreso del hogar de la niña conjuntamente con ellos, refieren que en la actualidad es imposible por una cuestión netamente económica no vincular. Que esto se ha inclinado por carecer de medios económicos suficientes, no en rechazo del vínculo, cosa que tanto en primer como en segunda instancia se ha omitido, pudiendo en su caso, armar conjuntamente con los progenitores y la nombrada hermana una revinculación y con el sostén de políticas públicas como la ayuda universal por hijo denegada en el presente por carecer de la documentación la progenitora para realizarla" (fs. 290 vta.).

En ese sentido argumenta que "A diferencia de la respuesta automática que imponía el régimen del patronato de Menores, que hiere la dignidad humana ignorando las necesidades básicas del otro, como una persona distinta a la que le corresponden derechos y al que se debe escuchar y su palabra tenida en cuenta, el sistema de promoción y protección de los derechos del niño, persigue la construcción de una política universal para toda la familia y supone la disposición de todas y cada una de las áreas de gobierno tanto municipales como provinciales así como las organizaciones sociales en la búsqueda de las estrategias para el fortalecimiento de cada familia..." (fs. 291).

En definitiva sostiene que "Ninguno de los informes o pericias sobre las cuales se sostiene la sentencia ahora recurrida, da cuenta de estas circunstancias ni de la verdadera voluntad y deseo de la menor, sino de lo que intuyó los profesionales a la hora de entrevistar a la menor en un breve encuentro o bien la opinión de magistrados, funcionarios y letrados del niño que sólo ven la realidad

según su actualidad y no la realidad que vive esta familia, no surge elemento de convicción probatoria que trascienda una realidad idealizada de lo que debe ser según los operadores del sistema, pero que no la bajan al contexto de mi situación y de mi hija C.. De los informes se infiere claramente que 'hubo un gran error de interpretación por parte del magistrado de la instancia de origen y de la Excma. Cámara de Apelaciones al no valorar las palabras de la menor cuando manifiesta ante el Lic. Fabian Gonzalez, perito psicólogo del Juzgado que 'quiere volver a su hogar materno y que extraña a su madre'. Que a fs. 103 con fecha 16 de junio de 2016, se llevó a cabo entrevista con la niña C. y su progenitora ante el psicólogo del juzgado enunciado anteriormente donde destaca el perito que predominó la emoción constante, las palabras te extraño, quiero volver a casa, por parte de la niña, y nosotros también queremos que vuelvas, en boca de la Sra. A." (fs. 293 vta. y 294).

Por último alega que "Todo lo dicho en todas las instancias que me presenté no ha servido siquiera para ordenar el pase al equipo Técnico de este juzgado o bien disponer la Excma. Cámara de Apelaciones actuante la realización de una pericia psicológica en mi persona y/o pedir informe ampliatorio al psicóloga tratante y así determinar si me encuentro en condiciones o no de cumplir mi rol materno, prueba que nunca fue ordenada por la jurisdicción, omisión esta que ha desembocado en la creer a pie juntillas que los dichos de los profesionales del Servicio Local y Zonal son reveladores de la verdad absoluta, careciendo de la más elemental prueba de rigor, como resulta el tratamiento psicológico efectuado" (fs. 296).

II. 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 C101.304, 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).

Como se advierte de la sentencia impugnada, el fundamento esencial tenido en cuenta por la Alzada para resolver se centró en conside-

rar que no se ha logrado acreditar que la progenitora de la niña, Sra. A. A., se encuentre en condiciones de asumir responsablemente las funciones de cuidado de su hija. En tal sentido, los magistrados señalaron que se ha trabajado con la progenitora sin lograr los resultados esperados (acreditación del tratamiento terapéutico sostenido) y que, en consecuencia, correspondía declarar a la niña en situación de adoptabilidad (fs. 276/278 y vta.).

Sin embargo, nada dice la sentencia respecto de dos cuestiones fundamentales: (i) el deseo firme y sostenido de C. (actualmente de 12 años y medio de edad) de querer regresar junto a su familia y (ii) la existencia de referentes afectivos –su hermana mayor, M.– en condiciones de asumir su cuidado y cuyo pedido fue evaluado como adecuado al interés superior de C..

La ausencia de fundamentación respecto de estas dos cuestiones centrales descalifican, en mi opinión, el fundamento esencial del decisorio impugnado.

a. La protagonista de este proceso es una niña que en pocos meses se convierte en adolescente respecto de quien resulta esencial conocer y valorar su opinión (arts. 3, 5 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General nro. 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; 3 inc. b) 24, 27 y ccs., ley 26.061; art. 4 y ccs., ley 13298 y los artículos 26, 595 inc f.), 608, 707 y ccs., del C.C.y C.).

C. ha sido escuchada en forma directa por los jueces de primera como de segunda instancia y por el Ministerio Publico en distintas oportunidades (fs. 51, 166, 196, 265 y ccs.). Incluso, con 9 años de edad, se le ha reconocido aptitud para designar a un abogado para que la patrocine (fs. 30/3), de conformidad con el principio rector de la autonomía o capacidad progresiva (art. 26, 608, 677, 707 y ccs., CCyC).

Sin embargo, resulta sabido que el mandato convencional que establece 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 (arts. 3, 5 y 12 C.D.N., y arts. 24, 26, 595 inc. f), 608, 677, 707 y ccs., C. C. y C.)

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, tiene dicho V.E. 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 torna 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, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010, entre otras). En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño a través de la Observación General nro 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado (párrafo 45) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Atala Riffo vs. Chile" (2012) (Párr. 196-208).

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 Maria Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/3698/2015).

Sin embargo, en oportunidad de enumerar los principios generales aplicables a la adopción, el propio Código Civil y Comercial establece una pauta rígida e inflexible: la obligatoriedad del consentimiento del niño a partir de los diez años (art. 595 inc f) C. C. y C.; Ameal Oscar (Director); Hernández L. y Ugarte L. (Codirectores), Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Concordado y Análisis Jurisprudencial; Buenos Aires, Editorial Estudio, 2016, Tomo 2, p. 639).

Al respecto, se ha puntualizado que "En el rol del adoptado en su propia adopción, dos normas reflejan el principio de capacidad progresiva: a) por un lado, el art. 595 inc. f) exige el consentimiento del niño mayor de 10 años, cuestión que es lógica si se advierte la escasa posibilidad de éxito de una adopción no deseada ni aceptada por un niño de esa edad..." (Famá M., op.cit.).

En concordancia con ello, en un precedente de esa Corte, el ministro de Lázzari señaló que "a partir de la intervención de M. en su condición de parte en el procedimiento (arts. 608 inc. 'a'; 6 y 9 de la ley 14.528 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño), acompañado de asistencia letrada, y del consentimiento prestado de querer ser adoptado por L. y J. con quien hoy se encuentra plenamente integrado en su relación familiar (v. fs. 330; aplicación del principio de realidad), comparto la solución prevista por el doctor Pettigiani de considerar de que está en plena condiciones para ser adoptado. De esta forma, se ha valorado la participación activa del adolescente en el proceso, sustentándose en principios constitucionales-internacionales como el interés superior del niño, el de la autonomía progresiva y el derecho de ser oído en sentido amplio (arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061; 26, 609 inc. b, 617 y 706 del Código Civil; 2, 3, 6, 8, 12 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño)" (SCBA, C 117542, sent. del 6 de abril de 2016).

b. Desde la doctrina y la jurisprudencia se ha intentado contribuir con el análisis sobre los factores que desbordan, en gran medida, las condiciones tenidas en miras por los límites 'legales', especialmente cuando se trata de procesos adoptivos vinculados con adolescentes.

Así, por ejemplo, se ha señalado la conveniencia 'metodológica' de distinguir dos tipos de circunstancias: la situación y el estado de adoptablidad, utilizando la denominación 'situación de adoptabilidad' para referirse a las situaciones objetivas y 'estado de adoptabilidad' a las condiciones subjetivas en las que puede encontrarse un niño a los fines de lograr la incorporación en una familia adoptiva (Ventura Ana y Siderio Alejandro, "Tiempos legales

y tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad", Revista Derecho Familia, Abeledo Perrot, nro. 71, 2015, p. 227).

En tal sentido sostuvieron que "Para un niño que ha vivido y sufrido a su familia nuclear, luego separado abruptamente de ellos, que ha sido alojado en un hogar de niños, que ha tenido o no mayor o menor contacto con su familia a través de 'visitas', que se lo ha expuesto a la incertidumbre de volver o no con ellos, no resulta sencillo pensarse en una nueva familia…Podemos encontrarnos con niños que, ante la única experiencia vincular familiar traumática, que no hayan sido incorporados en tratamientos reparadores de los daños sufridos, deseen volver con su familia de origen a pesar del maltrato o negligencia sufridos. Y es que en su vivencia es lo único conocido y, frente a ello, es lo deseado. Esto podría indicar que la medida excepcional de separación ha sido parcial y no cumplió con su efecto reparador; el niño sigue anhelando volver al lugar donde fue dañado, pues no ha transitado experiencias sanadoras. En este caso, pese a que pudieran encontrarse cumplidos los pasos formales (situación de adoptabilidad), el niño no se encuentra en estado para ser incorporado a una familia, y, de hacerse en este momento, se corre peligro de realizar un intento o adopción fallida, con mayores daños para todos los involucrados. 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., op.cit., destacado propio).

En la misma línea, se advirtió que "A partir del entramado legal, convencional y constitucional denunciado (en el apartado anterior), es posible disponer una medida de protección integral para un adolescente institucionalizado, con plazo máximo legal vencido —más de 180 días— y con familia biológica y/o ampliada presente, pero aún no nutriente a fin de decidir el egreso y cese del abrigo institucional. Dichas medidas —previas audiencias integrales con participación del causante, los familiares, efectores judiciales (juzgado y asesor de incapaces, peritos), ejecutivos, sociales, y sanitarios— podrían consistir en: a) Otorgar la guarda legal, asistencial, provisoria e integral del adolescente a algún familiar, la que deberá ejercerse de manera alternada con el cuidado personal del adolescente a favor del progenitor y ordenar un seguimiento bimestral (u otro plazo que se estime conveniente) por parte de los operadores del juzgado, quienes deberán apersonarse en los lugares donde se encuentre el protegido; b) disponer el alojamiento cautelar y provisorio del adolescente en el hogar convivencial que a la fecha se encuentra, ello juntamente con un sistema de apoyo pensado especialmente para el adolescente, integrado por el equipo técnico del hogar indicado y por los médicos tratantes del adolescente —si se encuentra en tratamiento médico—, y con el acompañamiento regular y efectivo de su familia biológica y/o ampliada; familia que, para resultar integrante del sistema de apoyo, deberá hacer tratamiento psicológico/terapéutico y acreditarlo en la jurisdicción, ello a fin del egreso definitivo del adolescente; c) podrá ser parte de la medida de protección integral la colaboración institucional del hogar convivencial donde se encuentra el joven, a los fines de que el equipo interdisciplinario, con intervención del Servicio Zonal y Dirección de Niñez, articulen los medios para integrar al adolescente a programas de autovalidamiento (conforme el espíritu de la ley 13.298); d) resulta estrictamente necesario, a la par de la medidas de protección integral, efectivizar el seguimiento de la jurisdicción, fijando audiencias de contacto con el adolescente, con el sistema de apoyo, con la familia y los profe-

sionales que acompañan a todos los integrantes del sistema, con las autoridades del hogar de alojamiento y sus equipos técnicos, en presencia de los peritos del juzgado de familia interviniente, de la Asesoría de Incapaces y del Servicio de Niñez (poder administrador) que hayan participado en el caso… El 'adolescente 181' nos plantea un 'momento'…en que hay una abertura para que las prácticas operativas (jurisdiccionales/administrativas) intervengan de manera directa en la situación que ellos mismos plantean y que la normativa nos habilita e impone a centrarnos en ese momento. Nos dispone derechamente a los operadores, en referencia a los adolescentes, que debemos tener especialmente en cuenta su situación, en función de lo cual se deberá evaluar, junto con el organismo administrativo y el equipo técnico del juzgado, qué figura jurídica resulta adecuada para aplicar a la situación concreta de acuerdo a la edad, necesidades y sus deseos; según el caso, tenemos la obligación de elaborar acciones o estrategias tendientes a que alcancen su autonomía y desarrollen su capacidad de autosostenerse. En todos los casos se procurará evitar la institucionalización…"(Obligado Clara, "El adolescente '181'. Institucionalización con plazo legal vencido. Cuando la edad de la persona humana y el tiempo definen figuras jurídicas alternativas", Revista Derecho de Familia, Abeledo Perrot nro. 81, septiembre de 2017, p. 127).

En ese mismo sentido, esa Corte sostuvo "…no estamos diseñando un modelo para armar en el que seguramente la postergaciones en la definición legal no tienen cabida así como la prolongada permanencia de B. y K. con la señora S. debieron extenderse en el menor tiempo posible… Ni se pretende consolidar esta situación de hecho de larga data en el sentido de considerar que con esta relación vincular que los niños pretenden con su guardadora K. y B. efectivicen el derecho del niño a vivir en familia que manda cumplimentar la Convención, porque precisamente es bien diferenciado con el contenido que el referido derecho sustenta. Ni se pretende retrasar la efectividad de ese derecho, sino más bien hacer frente a las particularidades propias que la situación trajo aparejada en virtud de la edad de los menores y la opinión por ellos vertida. De lo que estamos

tratando es de considerar la solución que atienda a un mejoramiento de su situación, en su condición de sujetos y que en esa transición a la adaptación como miembro de una familia no se sientan como un objeto a ser colocado en distintos lugares sin que esto dejara en ellos huellas quizá imborrables, sino que en este proceso que abre el camino sentencial ellos mismos formen parte de esa narrativa" (SCBA. C 102655, sent. del 27 de abril de 2011, destacado propio).

c. Una detenida lectura de las constancias de autos evidencia la presencia de un firme y sostenido deseo a lo largo de todo el proceso por parte de C. de querer regresar junto a su familia – madre y hermanos– (quienes concurrieron a visitarla de manera periódica y constante desde el inicio de las actuaciones – fs. 51 y ss.–) y de no querer ser adoptada.

i. De la entrevista personal mantenida con la abogada del niño surge que "la niña espontáneamente comenta que no se acostumbra a estar en el hogar. Es muy reiterativa con su deseo de ver a sus hermanas…Pone de manifiesto su deseo en la recuperación de sus padres porque los extraña mucho, pero no desea volver a su casa si todo continúa igual" (fs. 35/6 –9/11/2015–).

ii. De la primera audiencia mantenida con el juez surge que: "Quiero que mi mamá deje la droga y no me pegue más...lo de que me violaron es mentira, lo invente porque mi mama me pegaba y yo quiero que se mejore, mis hermanos me decían que no cuente que ella se drogaba pero yo nunca la vi drogarse, yo encontraba los tubitos…Quiero irme a la casa de mi mamá, estoy angustiada, no duermo, puteo a los chicos del hogar, hago quilombo" (sic) (fs. 51 y vta. –22/12/15–).

iii. En la primera entrevista con el psicólogo del equipo técnico del juzgado la niña expresó que "Todo lo que dije de los hombres es mentira…yo lo que quiero es que ella haga un tratamiento para dejar de drogarse y de tomar…igual yo quiero volver a mi casa, porque yo la quiero y quiero a todos mis hermanos". En esta oportunidad el profesional destacó que "Antes de que ingresen todos los hermanos al despacho, se observa que al ver a su hermana, los 6,

sin excepción, lloran y abrazan a C. en un evidente manifestación de cercanía y cariño" (fs. 52 y vta. – 22/12/15–).

iv. De la segunda entrevista con el perito psicólogo se desprende que "Este perito observa que la niña intenta, por todos los medios, hacer ver que su situación estaría 'normalizada', ya que indudablemente su objetivo es poder regresar a su casa. Incluso frente a la primer pregunta de este perito sobre cómo está ella en la actualidad, comienza a hacer otras preguntas, dirigidas a cuál era el interés de este perito, dando la impresión de que respondería 'lo que conviniera' en esta entrevista, detrás de la consecución de sus intereses" (fs. 62 vta. –5/2/16– destacado propio).

v. Del informe elevado por la Directora del Hogar sobre el resultado de las visitas de los hermanos con C. en la sede del hogar surge que "No creo que por ahora estén dadas las condiciones para que ellos se hagan cargo de C.. Si les solicito que se trabaje mucho con esta madre, pero sobretodo con este grupo de hermanos que se quieren y mucho, para que sus derechos, y no tan solo el de C., sino el de todos sean respetados" (fs. 69/79 –2/2/2016– destacado propio).

vi. Del primer informe conclusivo del Plan Estratégico de Restitución en el que se solicita la prórroga de la medida en la institución para continuar trabajando con la familia se desprende que la niña "no acuerda que se solicite su estado de adoptabilidad" (fs. 78/9 –1/4/2016– destacado propio).

vii. La solicitud de revinculación con los progenitores formulada por la abogada de C. en virtud de las manifestaciones vertidas en las entrevistas de monitoreo mantenidas con la adolescente (fs. 88 –20/5/2016–).

viii. De la entrevista de la madre y de C. con el perito psicólogo surge que "...lo que predominó en este despacho fue la emoción constante, las palabras 'te extraño, quiero volver a casa' por parte de la niña y 'nosotros (en referencia a sus otros hijos y a ella misma) también queremos que vuelvas' en la boca

de la Sra. A.... Asimismo se conversa con la Directora del Hogar, quien afirma que la niña demuestra intensos deseos de volver a su casa, situación que le preocupara por una posible 'fuga' de la niña" (fs. 103 y vta. –16/6/2016– destacado propio).

ix. Del segundo informe conclusivo –en el que finalmente se propone el dictado de la declaración de la niña en situación de adoptabilidad– surge que "...se han agotado todas las estrategias disponibles con las que contamos, ya que los tiempos necesarios para lograr el éxito de las estrategias no siempre coincide con los plazos establecidos por la ley. La niña insiste en que sus tiempos subjetivos sean priorizados, manifestando ambivalencia respecto de la revinculación con su madre y este servicio pudo ratificar la desilusión que siente la niña cuando ve a su madre dado que la madre no cumple con lo que la niña espera y necesita. Asimismo el servicio local se encuentra trabajando la situación de los hermanos de la niña y desarrollando estrategias de protección de sus derechos" (fs.136 –22/11/2016– destacado propio).

x. De la presentación efectuada por la abogada de la niña a fs. 161 surge que "...C. manifiesta preocupación por sus hermanos quienes continúan al cuidado de su mamá. Cabe destacar que M., su hermana mayor y quien hacía las veces de mamá tanto de C. como de sus hermanos, ha tenido una fuerte discusión con su madre y, por dichos de mi patrocinada, aparentemente la habría golpeado y ésta decidió irse del domicilio materno. M. estría embarazada y conviviendo junto con su novio – padre del niño por nacer–". Al haber tomado conocimiento del PER final presentado por el Servicio Local interviniente, he conversado con la coordinadora del hogar donde se aloja la niña para poder abordar y trabajara el tema planteado una vez que se encuentre firme la resolución ya que la niña aun conserva la ilusión de volver a su casa, no teniendo certeza si ese deseo se relaciona directamente a su progenitora o a sus hermanos exclusivamente....Solicito: se tenga en cuenta la preocupación de C. en cuanto a su hermanos; se resuelva teniendo en cuenta su interés superior" (fs. 161 y vta. –14/12/2016– destacado propio).

xi. De la segunda entrevista mantenida con el juez surge que "... se le consulta sobre cuál es su deseo respecto a su futuro, y ha respondido 'quiero estar bien", como así también ha indicado querer volver con su madre. La menor tiene conocimiento de que la madre no esta 'bien', ya que según sus dichos es ella misma (C.) la que le indica que debe ir al psicólogo. Consultada sobre quienes la visitan, refiere haber recibido en el día de ayer en el hogar a todos sus hermanos. Consultada sobre la posibilidad de salir con alguno de ellos, indicó que le gustaría que sea M., quien conforme los dichos de la menor abrigada se habría retirado del hogar para formar su vida ya que su madre le imponía el cuidado de sus hermanos para así poder irse a trabajar... Consultada sobre si alguna vez ha pensado en la posibilidad de ser adoptada por otra familia ha respondido que le gustaría tener una familia pero que también quiere estar con su madre" (fs. 166 y vta. –22/2/2017–).

xii. Del informe elaborado por la Lic. Mosquera –psicóloga del Hogar– surge que "En conclusión, la vinculación de C. con su madre no es positiva ni posible. Afecta negativamente a C. tanto cuando se producen los encuentros como cuando no se producen. Últimamente se notó un incremento de ansiedad, tristeza y depresión en C. que hizo necesaria la utilización de la estrategia de un acompañante terapéutico que pueda cumplir el rol de sostén emocional y operar como una mirada única y exclusiva para esta niña que nunca ha sido valorada ni investida de afecto. Cuando logremos estabilizar el estado de C., lograr que se involucre en el hogar, que pueda buscar alguna actividad que le guste, que pueda relacionarse con alguna compañera, todos los pequeños logros caen en pique tras la visita de su madre. Luego de ello tenemos una niña de 11 años con deseos de morirse, que no quiere levantarse de la cama, que rechaza todo tipo de ayuda y contacto. Esta situación va cediendo con el correr de los días y la visita de los hermanos es lo que termina de levantarla y ponerla en pie nuevamente" (fs. 179/180 –13/3/23017– destacado propio).

xiii. En el informe elaborado por la Técnica en Minoridad y Familia del Hogar "También son Nuestros" respecto de los resultados de las visitas

que recibe C. de su madre y hermanos se destacó que "El día jueves 23 de Febrero C. recibió la visita de tres hermanos mayores. Se la nota contenta, comunicativa, expresiva, pregunta por familiares y acaricia la panza de su hermana M. que esta cerca de dar a luz a su sobrina. Les dice a sus hermanos que le recuerden que la mamá tiene que ir al psicólogo y manda saludos para el padre. Luego de la visita el día 9 de marzo (visita en la que asistió la madre) la niña C. tuvo un episodio de angustia, manifiesta no tener ganas de levantarse de la cama, ni ganas de salir del hogar durante todo un fin de semana" (fs. 181 –11/3/2017– destacado propio).

xiv. A fs. 253/5 la abogada de C. presentó un escrito en el que manifestó que "En primer lugar, informo que he tomado conocimiento oportuno de la sentencia recaída en autos a fs. 202/6 [declaración de adoptabilidad]. En dicha ocasión, he conversado personalmente al respecto con C., informándole la decisión tomada por VS como también le he explicado con palabras sencillas, que teníamos la posibilidad de apelar tal resolución como también le expliqué que su madre podía hacerlo. Acto seguido hablamos de lo que implicaría una adopción, cómo sería el procedimiento y C. en forma espontánea expresó (una vez más) su enojo ante la inacción de su progenitora y de la angustia que le provocaba su situación actual. Manifestó su deseo de 'estar bien' lloró y se enojó, permaneciendo callada por algún momento. Consultó, si para el supuesto caso de la adopción, la seguiríamos acompañando, a lo que claramente le expliqué que mi función continuaría en ese proceso también. Cabe mencionar que es lógico el estado de ambigüedad por el que ha transitado mi patrocinada durante este proceso, ha manifestado en varias oportunidades que quería regresar con su progenitora, pero únicamente si ésta había realizado terapia y si había logrado superar sus adicciones. Aunque, en otros momentos, impulsivamente deseaba regresar a cualquier costo. De hecho, en momentos en los que podíamos pensar en la oportunidad de volver a su hogar, se emocionaba y se alegraba con la idea, pero seguidamente la aterraba la idea de pensar qué sucedería en ese caso y si su madre tomaría represalias al respecto, por lo que me solicitaba que la acompañara a su casa si eso sucedía. De estos dichos,

quedó en claro que la niña mantenía temores ante la eventual posibilidad del egreso del hogar….C. logró manifestarme que era importante para ella saber si su madre haría algo con relación a su situación de adoptabilidad, se mostraba ansiosa por saber si su progenitora ya estaba al tanto de las novedades del expediente, por ello concurrí al juzgado con mucha más frecuencia para poder informarle si el expediente había sido solicitado en préstamo por ésta. C., luego de lo conversado entre ambas, prefirió no apelar la resolución ya que necesitaba ver una voluntad real por parte de su progenitora, pidiéndome que se le informara si su madre se había presentado o no en el juzgado" (fs. 253/4 – 17/8/2017– destacado propio).

d. A lo expuesto, cabe agregar los elementos de juicio que revelan la existencia de un vínculo familiar, afectivo y beneficioso para C. con su hermana mayor, M., que no ha sido adecuadamente valorado en oportunidad de resolver (conf. art. 607 penúltimo párrafo C.C.y.C.).

i. En el segundo informe conclusivo sobre el Plan Estratégico de Restitución de Derechos elaborado por el servicio local, se señaló que "…las hermanas de C. no pueden por sí mismas hacerse cargo de ella dado que no pueden desprenderse de la convivencia con su madre A., la separación no puede realizarse por motivos de naturalización de la situación por parte de las hermanas mayores de la niña. Teniendo en cuenta, que si bien los hermanos mayores de edad han manifestado su deseo de quedarse con la niña, hasta la fecha no se ha podido lograr que cumplan con la estrategias sugeridas por este equipo ni que realicen los pasos judiciales necesarios para garantizar los derechos de C." (fs. 132/6 –22/11/2016– destacado propio).

ii. En el informe elaborado por la directora del Hogar se destacó que "Todo el año se ha venido trabajando con esta familia, los días martes viene su hermana M., la mejor diría y la única excelente responsable de su familia, se preocupa por su hermana, no falla, tristemente hace tiempo fue echada de su casa por su mamá por estar embarazada y casi de 6 meses, este hecho angustió

muchísimo a C. …quien expresó que "no quería estar nunca en esa casa sin mi hermana M." …quedando bien claro cuál es su sentir" (fs. 154/5 –1/12/2016–).

iii. La preocupación manifestada por la abogada de C. respecto de su fuerte vínculo con los hermanos , en especial, con su hermana mayor quien hizo a las veces de 'mamá' de C. y sus hermanos (fs. 61 –14/12/2016–).

iv. Por último, de las constancias de la audiencia celebrada ante el juez de primera instancia surge que "Abierto el acto, se conversa con los comparecientes sobre la actualidad de las niñas de autos, se consulta puntualmente a M. e I. sobre la frecuencia de visitas al hogar, la situación actual de ellos, la relación que guarda M. con su progenitores y refieren encontrarse viviendo en el domicilio de los progenitores de I., que en la actualidad no cuentan con empleo pese a estar en la búsqueda. Consultados sobre la fecha de la última visita a C., refieren que fue los primeros días del mes de marzo. Consultados sobre la posibilidad de que C. egrese del hogar conjuntamente con ellos, refieren que en la actualidad es imposible por las condiciones ya expuestas. Que en un futuro y si mejora la condición económica de ellos podría ser posible. M. indica que desde que se fue del domicilio materno no ha tenido en contacto con su madre, que la misma no ha ido siquiera a conocer a su pequeña nieta" (fs. 189 –5/4/2017– destacado propio).

e. Considero que la plataforma fáctica de autos – caracterizada por el fuerte vínculo afectivo existente entre C. y sus hermanos a pesar del prolongado tiempo de institucionalización, las instancias de trabajo con resultados positivos desplegadas en relación con su hermana mayor, M.; la edad de C., las complejidades que presentan los procesos adoptivos con adolescentes en general, y, en especial, la acentuada dificultad de llevar adelante un proceso adoptivo sano sin su conformidad– evidencia la insuficiencia de los efectos útiles del dictado de una sentencia de declaración de adoptabilidad en el caso.

En otras palabras, resulta imprescindible que una decisión

tan trascendente para la vida de esta niña (casi adolescente) explicite de qué modo fue tenida en cuenta su opinión –sostenida a lo largo de un prolongado proceso con acompañamiento de equipos interdisciplinarios– en un contexto afectivo y familiar que excede el vínculo materno filial examinado en el decisorio impugnado.

Es doctrina inveterada de V. E. que el principio del interés superior del niño "...ha sido definido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. C. 102.719, 'R., D. I.; R., M.A.', sent. de 30-III-2010; C. 120.229, 'R. P. F. L. F. V. F. T. F. R. R.', resol. de 14-X-2015). En resguardo del interés superior del niño y de la protección y defensa de sus derechos quedan relegados en una medida razonable los de los mayores y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta (arts. 3, CDN y 75 inc. 22, Const. nac.)" (SCBA, C 121343, 3 de mayo de 2018, entre muchas otras).

En la misma línea tiene dicho el Máximo Tribunal de la Nación que el principio del interés superior del niño "no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso.." y que resulta "un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros)" (Fallos 330:642 (2007).

La decisión que declara a C. en situación de adoptabilidad no refleja, en mi opinión, una decisión concreta ni adecuada a las necesidades particulares manifestadas por la niña (art. 1, 2, 706, 707, 709, 710 y ccs. C. C. y C.).

f. En virtud de lo hasta aquí señalado, considero que correspondería hacer lugar al remedio planteado, y devolver la causa a la instancia de origen a fin de que se evalúe la posibilidad de adoptar medidas especiales de acompañamiento y supervisión destinadas a brindar satisfacción a sus derechos teniendo en consideración los tiempos subjetivos de C. (arts. 25, 26, 595 inc. f, 677 y ccs. C. C. y C.), la existencia de una hermana mayor con deseo y aptitud de asumir su cuidado (art. 607 penúltimo párr. C. C. y C.), así como las obligaciones de prestación positiva establecidas en cabeza del Estado respecto de los niños en general y de los adolescentes en particular (arts. 16, 75 inc. 19, 22 y 23 Const. Nac.; 36 y ccs. de la Const. Pcial.; arts. 594, 595 y 607 penúltimo párr. C. C. y C.; ley 26061 sobre protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes y ley 13298 de la promoción y la protección integral de los derechos de los niños; ley 27364 que estableció el Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales y ley 14584 destinada a acompañar el egreso de adolescentes residentes en hogares de la provincia; Fallos 339:995 (2016) y SCBA, C 102655, sentencia del 27 de abril de 2011).

III. En tales condiciones, propicio a V. E. hacer lugar al recurso extraordinario planteado y devolver la causa a la instancia de origen a fin de que proceda a dictar nuevo pronunciamiento de conformidad con las consideraciones señaladas.

La Plata, 28 de agosto de 2018

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.751

“A., G. S. c/ A., G. M. s/ incidente de apelación”,
fecha: 18-04-2018

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

C 121.751
"A., G. S. c/ A., G. M.
s/ incidente de apelación"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con fecha 6 de abril de 2017, resolvió dejar sin efecto la decisión de primera instancia de hacer efectiva la multa de apercibimiento impuesta al Sr. Intendente municipal, ante el incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos sociales del grupo familiar, en especial las condiciones habitacionales de conformidad con los requerimientos de 'salubridad habitacional' requeridos por la autoridad médica del Hospital G., para facilitar la externación de la niña J. A. y la intervención de equipos de asistencia social para que articulen los mecanismos institucionales en pos del reguardo de los derechos vulnerados del grupo familiar, dispuesta por la magistrada de primera instancia a fs. 134/7 (fs. 133, 134/7 vta., 150 y vta. y 177/8).

Contra tal forma de decidir se alzó la señora G. A. –progenitora de G. A. (17 años) y abuela de la niña J. A. (fallecida)– con el patrocinio letrado de la defensora oficial, Dra. Andrea Caruso, a través de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 623/7). El recurso extraordinario de nulidad fue concedido a fs. 628 y vta. y el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley fue concedido por esa Corte a fs. 723/4, en virtud de la queja planteada por la accionante contra la desestimación del recurso de inaplicabilidad de ley dispuesto a fs. 629.

II. Del recurso extraordinario de nulidad.

La quejosa centró sus agravios en considerar que la sentencia impugnada incurre en los vicios de omisión de cuestión esencial y de

falta de fundamentación legal

Concretamente alega que la sentencia de la alzada departamental omitió brindar tratamiento a las cuestiones esenciales que fueron objeto del recurso de apelación al modificar, por un lado, la naturaleza de la multa –omitiendo su tratamiento como "astreintes"– y al confundir, por el otro, el sujeto pasivo de la obligación, al identificar la figura del funcionario con el órgano que representa –al omitir dar tratamiento a la multa que fuera impuesta al Señor intendente con carácter personal–.

Alega que "la sentencia recurrida es nula además por cuanto el *a quo* modifica la naturaleza de la sanción y por tanto la trata como otra sanción, omitiendo así tratar la cuestión esencial. El *a quo* señala que se ha impuesto la multa por responsabilizar al estado comunal por el daño en la salud y vida del grupo familiar, cuando en rigor la multa se impone claramente al intendente por no cumplir con la obligación y a fin de compelerlo al cumplimiento. Es entonces que no trata las astreintes como tales y la multa como una forma de compeler al cumplimiento. Tal es así que la naturaleza del apercibimiento era la de astreintes que la multa se impone por "cada día de incumplimiento" y no por los daños ocasionados" (fs. 624 vta.).

Asimismo, denuncia la falta de fundamentación legal al imponer, sin fundamento legal alguno, la obligación de bilateralizar el proceso con carácter previo a la imposición de las sanciones (fs. 625).

En definitiva, sostiene "que la sentencia que se recurre, ha mutado el objeto del recurso, mencionando que se apela e impone una multa distinta a la dispuesta, a otras personas a las que se impone, modificando así el objeto de la apelación y resolviendo entonces una cuestión distinta de la recurrida, violando de ese modo mi derecho de defensa en juicio…" (fs. 625 y vta.).

III. En mi opinión el remedio extraordinario de nulidad no debe prosperar.

Con carácter liminar, cabe recordar que la vía extraor-

dinaria de nulidad sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de una cuestión esencial, en la falta de fundamentación legal, en el incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (arts. 168 y 171 de la Const. Prov. y 296, C.P.C.C.; conf. doct. C. 116.429; resol. del 21-3-2012; C. 117716 resol. del 10-7-2013; C. 118244 resol. del 6-11-2013; C. 119557, resol. del 18-3-2015).

De la simple lectura de los agravios se advierte que ninguno de estos vicios ha sido alegado en los términos constitucionalmente exigidos para que el remedio interpuesto prospere.

En relación con el vicio de omisión de cuestión esencial, esa Suprema Corte ha sostenido que "...la omisión de cuestiones a las que se refiere el artículo 168 de la Constitución provincial ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido, pero no cuando la materia parece desplazada por el razonamiento expuesto en la sentencia siendo ajeno al ámbito del recurso tanto el acierto con el que se haya analizado el asunto como la forma o brevedad con que fuera encarado"(SCBA, C. 98214, sent. del 18-03-2009 y C. 99437, sent. del 2-09-2009 y ccs.).

En este sentido, sabido es que la correcta aplicación de la ley al caso no es tema que pueda discutirse en el recurso extraordinario de nulidad, ya que es propio del recurso de inaplicabilidad de ley (conf. Ac. 84.153, sent. del 16-2-2005; Ac. 86.993, sent. del 9-11-2005; entre otras) y, por lo tanto, ajeno a esta vía recursiva.

En la especie, surge palmario que la cuestión relativa a la procedencia de la multa impuesta al municipio y al señor intendente ha sido expresamente abordada por la alzada.

En efecto, en la sentencia recurrida se señaló que "...cabe hacer notar que se ha hecho efectivo un apercibimiento, responsabilizando al Estado comunal de los daños en la vida y la salud de un grupo familiar, sin haber bilateralizado tal cuestión, y privándolo por ende, de la defensa en

juicio en este proceso" (fs. 611 vta.).

Con respecto al vicio de falta de fundamentación legal consagrado en el artículo 171 de la Constitución Provincial, cabe recordar que se encuentra destinado a sancionar la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008)" (SCBA; C. 98.038, sent. del 21 de marzo de 2012).

Es decir, de conformidad con la doctrina legal de esa Corte, es improcedente el remedio extraordinario de nulidad en el que se alega falta de fundamentación legal, si al leer el fallo se advierte a simple vista su basamento en norma legal, más allá de la apropiada o no aplicación normativa a las circunstancias del caso. El mérito del criterio en que se apoyó el sentenciante no se ventila en este contexto recursivo sino por conducto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. S.C.B.A., causas Ac. 78.707, sent. del 31-X-2001; Ac. 80.751, sent. del 23-XII-2002; Ac. 87.664, sent. del 6-IV-2005; Ac. 84.270, sent. del 8-VI-2005; Ac. 93.326, sent. del 3-II-2008).

En autos tampoco se advierte la transgresión denunciada, ya que el razonamiento efectuado por la alzada departamental se fundó en la vulneración de la garantía de defensa en juicio con cita en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial.

IV. Del recurso de inaplicabilidad de ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada vulnera la garantía de defensa en juicio y las disposiciones reconocidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2.3 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, XXVI y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de los Derechos Humanos). Asimismo, denuncia viola-

ción del artículo 804 del Código Civil y Comercial de la Nación y absurdo en la valoración de la prueba.

En rigor, la recurrente sostiene que la alzada departamental ha interpretado la sentencia de grado de modo expresamente contrario a la letra de la misma, que se ha apartado de las constancias del expediente, y ha modificado los dichos del propio juez en cuanto señala que la multa se impone por el daño causado cuando la misma ha sido fijada con motivo del retardo hasta el cumplimiento, vulnerando de ese modo, el principio de congruencia (fs. 626).

Asimismo, reitera los agravios planteados en el recurso de nulidad relativos a la modificación arbitraria de la naturaleza de la multa –de "conminatoria" a "indemnizatoria"– y del sujeto obligado, al interpretar que ésta había sido impuesta "al municipio" y no a la persona del intendente, como surge del auto que ordena las astreintes (fs. 626).

Por último, sostiene que se ha vulnerado el artículo 804 del Código Civil y Comercial en cuanto reconoce a los jueces la facultad de imponer sanciones conminatorias sin que se requiera bilateralización previa.

V. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Como se advierte de la lectura de los agravios bajo análisis, el recurrente centra su queja en tres cuestiones: (i) la desinterpretación del decisorio de primera instancia respecto de la naturaleza reconocida a la multa dispuesta a fs. 150 y 177/8; (ii) la arbitraria modificación del sujeto obligado y, por último, (iii) la errónea aplicación de las facultades judiciales establecidas en el artículo 804 del Código Civil y Comercial al imponer como requisito la bilateralización del proceso.

i. En relación con los agravios dirigidos a cuestionar la interpretación efectuada por la alzada respecto de la naturaleza y de las condiciones de procedencia del apercibimiento establecido a fs. 150 y 177/8, considero

que acierta la quejosa en cuanto alega el yerro de la Cámara de confundir la naturaleza conminatoria de la multa con la indemnización por daños en la vida y en la de salud del grupo familiar (fs. 611 vta.).

Observo que la resolución de primera instancia dispuso "Ordenar al Dr. M. I. Intendente Municipal de L..... a dar estricto cumplimiento con la resolución exhortativa efectuada a fs. 134/137 que en copia se acompaña el plazo de tres días, bajo apercibimiento de responsabilidad por los daños ocasionados en la salud y la vida de los integrantes del grupo familiar, derivados de la demora en el cumplimiento de la resolución judicial dictada en un caso de extrema gravedad para la vida de una bebé nacida prematura y en un hogar de extrema pobreza y de imponer una multa diaria y consecutiva de cinco mil ($5000) días por cada día de incumplimiento" (fs. 150 y vta.). Posteriormente resolvió "... hacer efectiva la multa impuesta en la resolución de fs. 150, notificada mediante cédula agregada a fs. 170 en favor de la familia" (fs. 173/8 y vta.).

Sin embargo, en oportunidad de brindar tratamiento al agravio vinculado con la fijación de la multa, la alzada señaló que "...cabe hacer notar que se ha hecho efectivo un apercibimiento, responsabilizando al Estado comunal de los daños en la vida y la salud de un grupo familiar, sin haber bilateralizado tal cuestión...", y agregó "No se ha dotado, cuanto menos estrechamente, de la presencia de debate o prueba, en forma previa a la imposición de una sanción al Estado Municipal al considerarlo responsable por los daños ocasionados en la vida y la salud del grupo familiar vulnerable (conf. arts. 18 Const. Nac. y 15 de la Const. Prov. Bs. As.)" (fs. 611 vta. y 612).

De ello se desprende, sin dificultad, que el razonamiento desplegado por la alzada departamental ha desenfocado la cuestión al confundir el tratamiento del agravio vinculado con la procedencia de la multa establecida con carácter conminatorio con la eventual responsabilidad que pudiera recaer en el Estado Municipal y/o en la persona del intendente como consecuencia del incumplimiento.

Al respecto, resulta preciso recordar que "Las astreintes son sanciones económicas que tiene como finalidad la de hacer efectivas las decisiones judiciales frente a la renuencia injustificada de sus destinatarios, aunque de una forma particular: mediante una condena dineraria…Claramente deben ser distinguidas de la indemnización por daños y perjuicios, pues responden a causas fuentes totalmente disímiles y sus condiciones de procedencia, requisitos y determinación difieren notablemente. Ambas pretensiones con acumulables…La obligación de reparar el daño surge de un acto ilícito y debe reunir cuatro requisitos: antijuridicidad del acto, existencia de daño resarcible, nexo causal y factor de atribución. A más de ello, la determinación del daño será definitiva salvo –por excepción– supuestos de variaciones imprevisibles de daños. Las astreintes no se devengan por la causación de un daño resarcible, sino por el solo hecho del incumplimiento de una resolución judicial, cause o no un perjuicio. Para su procedencia, es necesario un incumplimiento imputable a quien se encuentra gravado con un deber jurídico, cualquiera sea su naturaleza y quantum (siempre se trata de obligaciones de dar dinero), lo establece el juez en función de la gravedad de la falta cometida y la situación patrimonial. Por ello, nada obsta a que si del incumplimiento de la resolución judicial se ha generado un daño resarcible, el afectado pueda solicitar no sólo la aplicación de las astreintes, sino además la indemnización por los daños causados" (Lorenzetti Ricardo, *Código Civil y Comercial Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, Tomo V, pp. 251/4).

En virtud de ello, y de un detenido examen de las constancias de autos, cabe concluir que la multa que fuera objeto de agravio ante la alzada, y cuyo cumplimiento reclama aquí la quejosa, se refiere a la sanción conminatoria –comúnmente denominada "astreintes"– regulada en el derogado artículo 666 bis del Código Civil y en el actual artículo 804 del Código Civil y Comercia de la Nación. Por ello, no debe confundirse con el ejercicio de la función resarcitoria regulada por las normas propias del ámbito de la responsabilidad civil.

Al respecto, resulta preciso señalar que el actual artículo 804 del Código Civil y Comercial agrega a la redacción del derogado artículo 666 bis

del Código Civil un párrafo que establece: "La observancia de los mandatos judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo". En virtud de este agregado –y más allá de las posiciones encontradas que su interpretación ha suscitado (Lorenzetti R., op.cit. pp. 251-255; Rivera J. Medina G., Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p.168)–, corresponde remitirse a la regulación sobre 'astreintes' prevista en derecho administrativo que, a su vez, reenvía a las disposiciones de derecho civil por imperio de los artículos 77 del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo local (Ley 12.008) y 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2004, Tomo IV, p. XIII-25)

Este modo de encuadrar el conflicto planteado supone desvirtuar, por completo, la argumentación desplegada por la alzada departamental. Es que, ni la responsabilidad del Estado ni la responsabilidad civil del funcionario público utilizadas como fundamento del decisorio en crisis –y la consecuente afectación de la garantía de defensa en juicio– resultan comprendidas por las facultades judiciales reconocidas en el artículo 804 del Código Civil y Comercial (Kielmanovich, op. cit., 183 y ss.).

Ello, al margen de considerar que a partir de la sanción impuesta la accionada ha contado con la posibilidad de utilizar –y así lo ha hecho (fs. 193, 202, 206, 245/66, 261, 299/302)– los remedios procesales disponibles (SCBA, C.114018, sentencia del 14 de junio de 2017).

ii. Ahora bien, una vez admitido el señalamiento de la recurrente en orden a la errónea interpretación del *a quo* respecto de las normas del ordenamiento jurídico aplicables al apercibimiento dispuesto, resulta preciso examinar la procedencia del agravio planteado de conformidad con las normas aplicables.

La circunstancia de admitir la omisión, en el concreto tratamiento de la multa objeto de agravios, no resulta suficiente para admitir el

planteo del aquí recurrente. Es que, en rigor, el yerro evidenciado en el razonamiento desarrollado por la alzada departamental impidió el análisis de los recaudos exigidos por la norma para el ejercicio de la facultad judicial de imponer sanciones conminatorias o 'astreintes'.

En efecto, el ejercicio de la facultad de imponer las sanciones conminatorias previstas en el artículo 804 del Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra sujeta al cumplimiento de, al menos, dos condiciones: la existencia de una resolución firme y consentida cuyo cumplimiento resulte posible (Kielmanovich Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires Aires, Abeledo Perrot, 6ta. edición ampliada y actualizada, 2013, pp.183/9; Lorenzetti R., op. cit., pp. 251/7; Morello Augusto, Gualberto Lucas Sosa, Berizonce Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, Comentado y Anotado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T. II, p. 562 y ss.; Rivera J. Medina G., op. cit., p.166-8.).

En la especie, las constancias de fs. 134/7, 140, 150, 152, 157/68, 169/70 permiten tener por acreditada la existencia de una obligación principal –consistente en imponer al Municipio la obligación de asegurar las condiciones de habitabilidad para el grupo familiar y garantizar la intervención de equipos de asistencia social– *firme y consentida pasible de ser cumplida.*

Al respecto, adviértase que a pesar de los informes acompañados por el propio municipio acerca de la actividad desarrollada en pos de asistir al grupo familiar encabezado por la Sra. G. A. (fs. 157/68, 180, 201, 337/69 y ccs.), no existe constancia alguna que permita tener por acreditada la manda que obliga al órgano municipal a garantizar condiciones de salubridad habitacional de la vivienda –vivienda de material, pisos lavables, baño con inodoro, agua de red segura, cocina de gas o eléctrica, calefacción y ventilación y número de habitaciones conforme con la composición familiar que permita evitar el hacinamiento– en la que habita el grupo familiar integrado actualmente por la Sra. G. A. y sus hijos R. (14) y L. (10) –ya que G. (17) se encuentra internada en una comunidad terapéutica–

conjuntamente con su hermano M. R., su mujer y sus dos hijos. Incluso, las constancias de fs. 310 y vta., 313 y vta., y 378 y ccs., sumado al informe elevado por el Asesor de Incapaces a requerimiento de esta Procuración General –cuya copia acompaño-, dan cuenta del estado actual de incumplimiento.

Al respecto, corresponde resaltar el contenido de la obligación principal cuyo cumplimiento se pretende: el aseguramiento de los derechos fundamentales a la vivienda y a la salud de un grupo *especialmente* vulnerable por tratarse de un grupo familiar conformado por niños y niñas, encabezado por una mujer –jefa de hogar– y en precaria situación social y económica (arts. 14 bis, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 36 y ccs. Constitución Provincial; 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 3, 4, 24, 25, 26, 27 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 12 y 13 de Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; leyes 26.061, 26.485, 13.298 y ccs.).

Ha sostenido V.E. que "Desde luego, las prestaciones estatales correspondientes a la realización del derecho a la vivienda, a la salud y a la alimentación, no se traducen en contenidos fijos ni unívocos, en tanto dependen del grado de desarrollo de la sociedad, del diseño de políticas públicas y de las propias circunstancias personales de quienes los demandan, extremos que no pueden obviarse a la hora de encuadrar esta problemática en el acotado marco de un proceso judicial. Con todo, la senda por la que ha de transitar el reconocimiento de tales derechos ha sido delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al superar la idea que les asignaba un mero carácter programático, el Alto Tribunal ha dicho que los preceptos que consagran esta clase de derechos sociales poseen una "operatividad derivada", en el sentido de que si bien por su solo enunciado no confieren a los ciudadanos una acción judicial para solicitar su satisfacción (v. Q.64.XLVI., "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", sent. de 24-IV-2012, Cons. 11), vinculan y obligan al Estado, al tiempo que permiten a los jueces un escrutinio de razonabilidad y los habilitan para disponer medidas en casos extremos, en

cuanto se verifique la afectación de un núcleo esencial que atañe al reconocimiento mínimo e impostergable de tales bienes jurídicos. Por tanto, que los poderes políticos estén investidos de la atribución e iniciativa para definir el contenido, modo y alcance de las prestaciones sociales básicas, no enerva la facultad de reclamo judicial de quien en las mismas circunstancias apremiantes fuere privado sin razón plausible del acceso a bienes indispensables otorgados a otros. La omisión estatal en tal sentido (como también la ausencia de políticas públicas formalizadas, evaluables y sustentables, para reducir los niveles de exclusión social), desconoce el contenido normativo mínimo de aquellos mandatos o estándares constitucionales, autoimpuestos por el Estado. En ese plano -diverso entonces al de la estricta ponderación del mérito de las políticas sociales- cabe situar la intervención judicial en procura de soluciones razonables, a discernirse en el contexto de las circunstancias objetivas de cada causa (arg. arts. 18 Const. Nac. y 15, Const. Prov.), a favor de aquellas personas que, por su grado de vulnerabilidad, requieren una atención prioritaria o impostergable" (SCBA, Ac. 70138, sent. del 3 de julio de 2013).

iv. En virtud de lo expuesto y del carácter impostergable de la obligación cuyo cumplimiento se pretende alcanzar mediante el apercibimiento de la multa aquí cuestionado, considero que V.E. podría hacer lugar al recurso incoado, revocar la sentencia apelada y confirmar la decisión de grado que impone las astreintes como medio idóneo para compeler al Municipio de L..... a dar cumplimiento con la obligación de asegurar las condiciones de habitabilidad de la vivienda en la que habita el grupo familiar a cargo de la Señora A., las que deberán computarse a partir del momento en que la providencia que la aplica adquiera firmeza.

La Plata, 18 de abril de 2018

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte

de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.569

“R., M. y otros s/ abrigo”, fecha: 14-07-2017

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

C 121.569 "R., M.
y otros s/ abrigo"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata con fecha 2 de marzo de 2017 confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno declaró a los niños M. N. V. y M. R. en situación de adoptabilidad (fs. 313/22 y vta.).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, patrocinada por la Unidad de Defensa nro. 7, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 327/36 que a continuación paso a examinar.

II. Del Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada vulnera las prescripciones de los artículos 3, 9, 19 y 20 de la Convención sobre Los Derechos del Niño, el artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional; los artículos 607 a 609 y ccs. del Código Civil y Comercial, las disposiciones 3, 4, 5, 6, 7, 35 inc. h. –mod. por el artículo 100 ley 13634- y ccs. de la ley 13298 y su decreto reglamentario 300; los artículos 384 y ccs. del Código Procesal Civil y Comercial y las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Asimismo denuncia absurdo y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

En particular, denuncia que la sentencia resulta absurda, dogmática y arbitraria. Ello así "por cuanto para decidir como lo hizo, la Excma. Cámara –apoyándose en los hechos descriptos por el senteciante de origen– soslayó el último de los informes efectuados en autos en los que esta parte y el progenitor de los niños en cuestión interactuamos con los pequeños y en el que – contrariamente a los expresado por la sentencia en crisis– se evidencia que hubo un avance trascendental, de ahí lo prematuro de lo decidido

(estado de adoptabilidad) en tanto se ha generado una marcada evolución en el trato de esta progenitora con mis pequeños hijos" (fs. 330 vta).

Puntualmente alega que "el fallo en crisis se estructura en base a informes antecedentes al efectuado por el Hogar que señalo, los que reconozco fueron negativos para esta parte, pero los mismo datan de los años 2014/15" (fs 331). Al respecto agrega que "el informe al que hago alusión que fue realizado en el mes de marzo del año 2016 –lo sé – es uno de los tantos, pero la importancia del mismo reside en el que es el último efectuado en interacción con los niños y previo al dictado de la decisión de la instancia que motivara mi alzamiento ante la Cámara de apelaciones" (fs. 331).

Concretamente señala que, "conforme surge de fs. 200/205 los profesionales designados en el Hogar …. ….. – donde se encuentran alojados los menores– dan cuenta de los progresos llevados a cabo por esta peticionante, escribiendo que coordinando visitas de ambos padres y haciéndolas coincidir con el almuerzo para observar la interacción, se me observó asistiendo de manera activa a mis pequeños y especialmente se hizo hincapié – respecto de las visitas que regularmente hago a mis hijos– que soy recibida alegremente por aquéllos mostrándose los mismo siempre dispuestos a jugar con esta madre. … Dicho informe además refleja la angustia de uno de los pequeños al retirarme de la visita y ello es así por cuanto mis hijos piden por mi y lo se porque desde que se inició este proceso jamás he dejado de estar con ellos, acompañándolos, visitándolos lo que surge de todos los informes obrantes en estos autos" (fs. 330 vta).

En ese sentido sostiene que "…el contexto otrora existente al dictarse las medidas de abrigo, por la que se procedió a la medida internativa para evaluación médica de mis niños, pueda entenderse como apropiada, pero desentenderse de la situación real actual de los niños a quienes hoy continúo visitando importa desoír los propios principios esbozados en el fallo en crisis. Nótese también, cierta contradicción entre los propios informes obrantes en la causa, v gr. el informe glosado a fs 34/34 describe cambios sustanciales en

mi rol, básicamente vinculados con la escolarización de mis niños; las condiciones habitacionales y una implicancia más activa en lo que al cuidado de los niños se refiere, mientras que el informe de fs. 36 refiere lo contrario.... Lo cierto es que siempre visité a mis hijos, jamás interrumpí las visitas de los niños, salvo en casos excepcionales dejé de asistir a los días fijados por los hogares; que siempre busqué la colaboración de las autoridades para poder afrontar la crianza de los pequeños en todo aquellos que desbordara mis posibilidades socio económicas, de hecho el inicio de estas actuaciones se producen a raíz de las consultas que efectuaba en la ..... donde concurriría con mis hijos para realizarle los correspondientes controles médicos. Insisto, en este marco no cabe duda que lo decidido en relacióNc a mis hijos resultó producto de una decisión basada en informes desactualizados, pues no se contaba a la fecha de la decisión del juzgador de origen con evaluaciones actualizadas, habiendo transcurrido más de un año entre la decisión y los informes en los que la misma ponderó declarar el estado de adoptabilidad y con ello el proclamado interés superior de los niños que con tanto énfasis menciona el *a quo* en su sentencia" (fs. 332 y vta.).

Por ello, se agravia por la decisión de "mantener los argumentos basales del decisorio, centrados en la consideración sobre la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar de origen en exceso de los plazos legales (v fs. 321 vta.) asumiendo de modo expreso que ninguna de estas medidas de contención, apoyo y/o supervisión han sido ejercitadas...Y es que el decisorio atacado se desentiende del actual estado de cosas, soslayando que se ha conculcado a esta parte la posibilidad de probar como es que ha variado mi primigenia actitud frente a la problemática ventilada en autos; pero además se omite ponderar lo esgrimido por los profesionales a fs. 202, donde se da cuenta del real sentir de los niños para con esta mamá...La invocación del interés superior del niño para colocarlos en situación de adoptabilidad, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionara ser criados por una posible familia adoptiva, lejos de su madre, padre y de su hermana L. que vive junto a mi, es una clara demostración de la ausencia de debida fundamentación." (fs. 33 vta., 334 vta. y 335).

Por otra parte, destaca el propio deseo de los causantes. "Ellos – como ya lo indicara– nos buscan, nos extrañan, pese a su corta edad y sobretodo nos identifican como sus padres" (fs. 335).

Por último señala que "la alzada postula la falta de resultados de las estrategias (v. fs. 321 3er. párr.) cuando, en rigor, justamente esas estrategias no fueron implementadas desde los propios organismos que fijaron las estrategias, nótese que pese a lo expuesto en el párrafo anterior, ni esta parte, ni M., M. y L. fuimos incluidos nuevamente al programa sostén de crianza y desde allí hasta el decreto de adopción nada más se llevo a cabo las visitas que jamás interrumpí y de las que tampoco se ha realizado informe" (fs. 335 vta.).

En definitiva, afirma que "en palabras de Nuestro Tribunal de Justicia, el fallo en crisis no efectuó la ponderación que la hermenéutica constitucional requería, con lo cual ha puesto a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Sistema de Protección Integral de la niñez, todo al .margen de la solución discutida por lo que imploro casar lo resuelto y acoger el pedido de revocación del estado de adoptabilidad de los niños, disponiéndose la realización de nuevos informes periciales tendientes a evaluar la factibilidad – en la actualidad- de mi rol materno, como asimismo un relevamiento de las condiciones habitacionales actuales a través de un amplio informe ambiental para más luego proceder a la externación de los niños puesto que sin dudas dichas evaluaciones arrojarán resultados más que favorables" (fs. 335 vta).

III. En mi opinión, el remedio examinado no debe prosperar.

i. 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 considero que la quejosa no ha logra-

do demostrar el vicio de absurdidad endilgado respecto de la decisión que decreta a los niños en situación de adoptabilidad. 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, L 101513, sent. del 17-11-2010, entre muchas otras).

Como se advierte de la sentencia impugnada, el fundamento esencial tenido en cuenta por la Alzada para resolver se centró en considerar que los elementos de juicio obrantes en la causa permiten tener por acreditado el agotamiento las instancias tendientes a lograr que los niños puedan crecer y desarrollarse junto a su familia de origen sin que se haya podido revertir la imposibilidad de la Sra R. para asumir el cuidado responsable de su hijos durante el prolongado período del tiempo transcurrido (dos años –fs. 43/4, 51/2 y 66/7–).

Concretamente la Cámara departamental resolvió declarar a los niños M. y M. en situación de adoptabilidad en virtud de concluir que "la evaluación de los elementos recién citados de acuerdo a las pautas valorativas explicitadas en los considerandos que anteceden me llevan a concluir que los agravios de la Sra. R. no pueden ser receptados, por lo que propiciaré al acuerdo la confirmación de la sentencia citada. En efecto, en primer lugar, la medida de abrigo tomada, y la falta de resultados de las estrategias de restitución de derechos trazadas respecto de los niños fueron las que llevaron al dictado de la sentencia de adoptabilidad, de modo que no se advierte que se encuentren vulnerados los artículos 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, así como tampoco el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es cierto que tanto la Convención citada como la ley 26061, tal como se dijo en el considerando V, procura que los niños no sean separados de sus padres, pero también se exceptúan los casos en que se determine, de acuerdo a la ley y los procedimientos aplicables, que se impone otra solución en el interés superior del niño. Este es el caso de autos, donde la reseña realizada evidencia la

desoladora experiencia de los pequeños que habla por sí sola acerca de la decisión tomada por el *a quo*. Tampoco pueden receptarse los agravios vinculados a que resulta prematura la decisión toda vez que tal como fuera enunciado precedentemente, los plazos se vencieron en exceso, se agotaron todas las instancias y estrategias tendientes a que la Sra. R. adquiera las pautas básicas para la crianza de sus hijos. En efecto, las medidas que pretende incorporar en este estado del proceso no pueden prosperar habida cuenta que no corresponde en esta instancia su producción (art. 270, Código Procesal) y que las mismas se han llevado a cabo en autos en repetidas oportunidades obteniéndose los resultados que surgen del considerando que antecede. Y, a todo evento, tampoco se ha argumentado acerca de las circunstancias que originan su planteo. Concluyendo con todo lo dicho hasta aquí, sostengo que la conclusión que anticipé es fruto de la evaluación de las actuaciones hasta aquí cumplidas y no implica un juicio disvalioso acerca del actuar de la apelante, pero frente a su derecho se encuentra el interés superior de los pequeños M. N. V. y M. R., los que con escasos años de vida fueron sometidos a terribles vivencias de distintos órdenes que los han colocado, no lo dudo, en una situación de desamparo. Tienen derecho a vivir en el seno de una familia que se le brinde amor para sanar, cuidados y la necesaria interacción que los conduzca al desarrollo espontáneo de su personalidad y sus talentos" (fs. 321/2).

Como surge de la lectura de los agravios la quejosa impugna la conclusión del Tribunal en virtud de considerar que el decisorio impugnado resulta prematuro por haberse fundado en informes desactualizados, en particular, por no haberse valorado el resultado favorable del informe de interacción con los niños elaborado por el Hogar en el marco de la estrategia de revinculación familiar. Concretamente cuestiona dicha conclusión por considerar que ésta prescindió de valorar (1) la situación *actual* de la quejosa; (2) las constancias que dan cuenta de que la progenitora jamás dejó de visitar a sus hijos en el Hogar y, por último, (3) las manifestaciones de afecto expresadas por los niños como resultado de esas visitas.

En mi opinión, corresponde examinar manera conjunta los agravios traídos por considerar que, en definitiva, reconocen una queja común: la incorrecta valoración de los elementos de juicio que dan cuenta de la evolución favorable de la progenitora a los fines de evaluar la restitución reclamada.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cuál la sentencia efectivamente tuvo en consideración los informes calificados como omitidos por la impugnante como prueba de los progresos evidenciados por ésta, más consideró que ellos no resultaban suficientes para concluir, dentro del término legalmente establecido, que la progenitora se encuentre en condiciones adecuadas de asumir responsablemente el cuidado de sus hijos, máxime encontrándose ampliamente vencidos los plazos legales.

Sin dudas, la decisión de excluir *radicalmente* el ejercicio de la responsabilidad parental de la progenitora pese a las constancias que dan cuenta de los avances parciales evidenciados por la progenitora y del buen vínculo evidenciado con sus hijos durante las visitas coloca a los niños en una situación en extremo delicada en orden con los principios que mandan a priorizar los vínculos con su familia de origen para que éstos puedan crecer y desarrollarse.

Sin embargo, resulta preciso reconocer la voluntad del legislador en cuanto establece un límite temporal destinado a conjugar el respeto por la preservación de los vínculos familiares de origen con los demás principios tendientes a asegurar el derecho de los niños a no sufrir ninguna clase de maltrato, a crecer y desarrollarse en condiciones que aseguren su cuidado y e integridad físico-psíquica, a contar con una decisiónque defina su situación jurídica en un tiempo razonable y a que la institucionalización resulte una medida excepcional y por el plazo mas breve posible.

En mi opinión, la solución en crisis evidencia una correcta aplicación de las normas del nuevo Código Civil y Comercial que, en lo que aquí concierne, incorpora la regulación del proceso de adoptabilidad,

estableciendo –en concordancia con las leyes sobre promoción y protección de derechos de los niños y adolescentes aplicables– la vigencia de plazos perentorios en virtud de la importancia que reviste el transcurso del tiempo en esta clase de conflictos (CIDH, " Fornerón vs Argentina" (2012) y "LM vs Paraguay. Medidas Provisionales" (2011); Art. 607, CCyC).

En relación con el plazo establecido en el artículo 607 del Código Civil y Comercial ha señalado la Cámara Civil de la Nación que "Los criterios referidos se ratifican con la sanción del Código Civil y Comercial. Ello es así por cuanto el artículo 607, inc. c, del citado ordenamiento legal, establece un plazo máximo de vigencia de ciento ochenta días para las medidas excepcionales. Y prevé que, vencido dicho plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos que tomó la decisión dictamine inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad; que dicho dictamen se comunique al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas; y que el juez resuelva sobre la situación de adoptabilidad en un plazo máximo de noventa días. Así las cosas, en las condiciones apuntadas, vencidos largamente los plazos previstos en el nuevo Código Civil y Comercial sin que se registre una adecuada evolución de la capacidad de los progenitores de ejercer sus respectivos roles paterno y materno y sin que, por ende, se avizore la posibilidad de que la niña de autos pueda retornar junto a ellos, ya no es posible esperar y pensar en otras alternativas o estrategias orientadas al grupo familiar de origen. Y ante la carencia de otros familiares que puedan hacerse cargo de su crianza, se debe proveer una solución urgente..." (Cam. Nac. Civ, sala B, sentencia del 28 de marzo de 2016).

En otras palabras, los esfuerzos e videnciados por la recurrente en orden con el adecuado cumplimiento de algunas pautas establecidas por parte de los organismos administrativos de protección y salud encargados a nivel local de diseñar y trabajar conjuntamente con la progenitora en la implementación de un plan de fortalecimiento familiar (fs. 34/5, 103/4, 135 172, 176, en especial, fs. 199/205) han sido valoradas por el tribunal conjuntamente

con otros elementos de juicio igualmente relevantes que evidencian la presencia de obstáculos en la progenitora para dar adecuado cumplimiento con las pautas fijadas (fs. 23/5, 27/8, 31/2, 36, 37/40, 73/8, 99, 123/4, 180, 181, 183, 187, 197/8, 245 y vta. y ccs). Esa completa labor hermenéutica, en concordancia con los elementos de juicio que dan cuenta del efectivo trabajo desplegado por los organismos intervinientes en pos de contribuir con la Sra R. para que pudiera asumir responsablemente sus funciones de cuidado (fs. 31/2, 34/5, 37/40, 43/4, 46/7, 51/2, 57, 7172, 73/8, 96/7, 135, 157, 172/3, 176, 186 y ccs.), la ausencia de referentes afectivos capaces de asumir el cuidado y la crianza de los M. y M. (fs. 72, 111, 128, 139-40, 170, 171, 174) sumado a la fatalidad de los plazos legales –con las consecuencias incomensurables que el transcurso del tiempo reviste en la vida de los niños–, ha conducido al ministerio público y a la jurisdicción a definir la situación jurídica de estos niños en el sentido decidido mediante el resolutorio que se cuestiona.

En virtud de ello considero que no asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la decisión se basa en informes desactualizados ni en el reconocimiento de la ausencia de "medidas de contención, apoyo y/o supervisión". Una lectura detallada de los elementos de juicio recolectados dan cuenta de la existencia de un informe de conclusión del Plan Estratégico de Restitución de Derechos elaborado por del servicio local de protección (fs. 197/8) y de un informe psicológico elaborado por la Perito psicóloga del equipo técnico del juzgado (fs. 245 y vta.) que datan de la misma época que el informe de fs. 200/5 invocado como sustento de los agravios del recurrente.

Incluso, adviértase que, si bien el citado informe da cuenta del buen desarrollo de las visitas entre los niños y sus progenitores e incluso del vínculo de afecto expresado por éstos respecto de sus padres, el mismo mantiene las apreciaciones advertidas desde el inicio de la institucionalización de los niños respecto de las dificultades evidenciadas por la progenitora para asumir las funciones vitales de cuidado. Concretamente sostienen que "Los niños mantienen con ambos padres un feed-back positivo, no obstante en las

visitas quinquenales no se ponen en juego las intervenciones parentales cuyas falencias dieran origen al abrigo. Sobre todo cabe destacar que la función materna de crianza, de interpretación, significación y respuesta a las necesidades vitales infantiles se halla sostenida por nuestro personal y recursos humanos. V. acompaña a sus hijos en el almuerzo, pero no gestiona la lectura del hambre ni tiene asu cargo la tarea de producir y dar la comida. Lo mismo ocurre con el tema médico. Todo se resuelve bajo un encuadre institucional. Fue dificultoso contar con la documentación de ambos niños que tenía la familia en su poder y lograr que la traigan al hogar. Pusimos como condición esto último para volver a visitarlos, aclarando que de no contar con el registro de vacunas sería necesario volver a vacunarlos. El lunes 7/3 se presentó espontáneamente V. con la libreta sanitaria y el DNI de M., y constancia de parto de M. refrendada por un pediatra. Parece moverse ante la puesta de límites y condiciones impuestas por el otro. Respecto de V., en entrevistas con el ET se ha indagado sobre su asistencia a psicoterapia tanto como al programa de sostén de la crianza. Ha manifestado hasta la fecha no haber concurrido más a ningún espacio de ambos. Indagamos y manifestó haberse sentido incómoda con la psicóloga por lo cual en marzo según ella volvería a solicitar un turno con otra. Señalo que la terapia es un espacio rico en el cual ella podría trabajar sobre sus dificultades como mamá que hicieron que los niños estén en el hogar. Dice en general no sentirse cómoda cuando se le hacen preguntas, lo cual se repite en nuestras entrevistas, haciendo dificultoso el abordaje en busca de nueva información, para evaluar eventuales cambios respecto de las circunstancias que dieron origen a la medida. Argumenta dificultades para organizarse con L. y ambos niños para poder asistir a soporte de la crianza. Su pareja manifestó cierta disposición cuando le preguntamos si podría ayudarla con eso, pero luego adujo motivos laborales por lo cual el programa no fue retomado" (fs. 204).

En relación con la valoración del elemento extra jurídico dado por el "transcurso del tiempo" en esta clase de procesos ha señalado la Corte Interamericana que "... el paso del tiempo se constituiría inevitable-

mente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario" (CIDH, "Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Asunto LM. (2011). En igual sentido ver CIDH, Fornerón vs Argentina (2012).

En el mismo sentido ha afirmado recientemente V.E. que "Sobre la base fáctica recientemente explicitada, el sistema de apoyo *no puede tener un efecto útil inmediato* ya que un cambio en las condiciones particulares de G. requerirá de tiempo adicional y *se sabe que este condicionante tiene particular importancia para la vida de R. , M. y J. , los que no pueden seguir esperando la posibilidad de inserción en el seno de una familia definitiva, para crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión* tal como ellos mismos han requerido en oportunidad de dar su opinión. " (C 118.472 y C 118.472, sentencia de 4 de noviembre de 2015, destacado propio).

En definitiva, considero que la valoración de la prueba alegada por el recurrente como fundamento del absurdo invocado resulta insuficiente para conmover la completa hermenéutica desplegada en el decisorio cuestionado en cuanto rechaza la restitución reclamada por la progenitora y, resuelve, declarar a los niños en situación de adoptabilidad.

ii. Sin embargo, más allá de los agravios traídos a revisión, y en orden a las particularidades del caso caracterizadas, principalmente, por la permanencia de los hermanos de los niños M. y M. en el ámbito de su familia de origen –L. (10 años) convive junto a la progenitora y A. (8 años) y M. (6 años) junto a su abuela (fs. 128 y vta. 139/40 y 171 y vta.)– entiendo plausible considerar la posibilidad de practicar medidas interdisciplinarias ten-

dientes a evaluar la conveniencia de mantener un régimen de comunicación de los niños M. y M. con su progenitora así como con sus hermanos L., A. y M. y su abuela. (CIDH, "CIDH, Medidas Provisionales contra Paraguay" (2011), párrafos 16-19; arts. 595, 621, 706 inc. c) 709 y ccs., C. C. y C., SCBA, C 119.047, sentencia del 15 de julio de 2015; C 119.647, sentencia del 16 de marzo de 2016).

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

La Plata, 14 de julio de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.162

“V., A. s/ medida de abrigo”, fecha: 10-04-2017

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 pretensos 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 nueva 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, un hogar, alimentación, cuidado…En síntesis, ata la suerte del menor a un futuro incierto, aferrán-

dose 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 –introductorio 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) 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 acarraería 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 A. y M. (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 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 mecanismo 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. tenia un hermano llamado A., con quien convivió durante un mes en el Hogar " ....." de P.. 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 requerirían 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 conmoverla 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 interpreta-

ción 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, 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 –adviértase 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, 442/7 vta., 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, 442/7 vta., 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, destacando, en particular, el vínculo entre M. y A. (fs. 442/7 vta. 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. 459/62 vta. (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 psiquismo pone en riesgo el desarrollo saludable del niño y en consecuencia la posibilidad de puntos nodales para el despliegue defuturas psicopatologías. La pareja M.-M. ha generado un vínculo de apego con M., Desandar *este camino del psiquismo de un vínculo realpor 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).

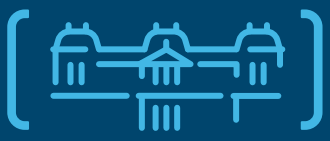
En virtud de ello, y a pesar de las consideraciones vertidas respecto de la improcedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley examinado, estimo prudente propiciar a VE el mantenimiento de los niños bajo sus actuales guardadores y la remisión del expediente a la instancia de origen a fin de que se adopten las medidas tendientes a establecer un régimen adecuado de comunicación con su hermano A. 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 V.E. 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 abril de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.064

“A., C., S. E. A. c/ G., R. E. s/ incidente de modificación de tenencia de hijos”, fecha: 23-04-19

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

C 123.064 "A., C. S. E. A. c/ G., R. E. s/ incidente de modificación de tenencia de hijos".

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Bahía Blanca con fecha 28 de marzo de 2018 revocó el decisorio de primera instancia que, a su turno, estableció un régimen de cuidado compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno– y, en su lugar, dispuso la atribución del cuidado personal unilateral de los niños F. y Y. A. a su progenitor con un amplio régimen de comunicación a favor de su progenitora (fs. 922 y 928).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 935/952.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

La quejosa centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada de revocar la decisión de primera instancia que atribuyó un régimen de cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno– y en su lugar otorgó el cuidado personal unilateral al progenitor no conviviente evidencia una errónea aplicación del derecho aplicable y una absurda apreciación de la prueba.

En sustento de su queja denuncia la violación de los artículos 75 inc. 22 de la Const. Nacional; 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 639, 651, 653 , 656, 707 y 1777 del Código Civil y Comercial; 3, 24 y 27 de la ley 26.061; 384 y 474 del Código Procesal Civil y Comercial.

En particular, alega que la sentencia impugnada omitió justificar el motivo por el cual el tribunal se aparta de los principios establecidos

en los artículos 651 y concordantes del Código Civil y Comercial según los cuales corresponde atribuir como regla el cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta y, sólo como excepción, el cuidado personal unilateral.

En tal sentido alega "Por su parte el artículo 653 del C.C. y C. contiene las pautas o estándares que son válidos tanto para decidir y justificar el otorgamiento del cuidado personal unilateral, que tal como lo impone la propia norma, debe aplicarse de manera extraordinaria y teniendo en cuenta esos parámetros como rectores. Dichas reglas no han sido estimadas ni aplicadas en modo alguno por el fallo de la Excma. Cámara de Apelaciones, por el contrario solo se las menciona pero en ningún momento se explica porque se recurre a la excepción y no se convalida la regla y tampoco se argumenta acerca de la motivación por la cual se aparta radicalmente de lo dispuesto en el inciso c del artículo 653, es decir la opinión de los menores, cuya manifestación, ha quedado patentizada a fs. 822-30 con el deseo de los menores de vivir con su madre y no con su padre como lo fuerza el fallo cuestionado" (fs. 942 vta.).

En segundo lugar se agravia por considerar que la sentencia impugnada ha efectuado una errónea apreciación de las conclusiones de las pericias psicológicas agregadas a fs. 17/18 y 19/22 y 582/86 al desconocer el informe acompañado por la quejosa a fs. 740 en oportunidad de impugnar la pericia psicológica obrante a fs. 582/86.

Al respecto sostiene que "es absurdo, parcial y arbitrario sostener que no hay un informe pericial que acredite que las circunstancias hayan variado cuando el mismo luce a fs. 740 y 822. Es absurdo parcial y arbitrario sostener que no hay nada en la causa que desacredite al padre de los niños cuando el informe de fs. 582/6 es la cabal evidencia de lo contrario" (fs. 944).

Concretamente impugna la conclusión de la alzada según la cuál "No existen en autos pasados ya más de cinco años desde la última pericia psicológica, constancia alguna de que la progenitora haya reci-

bido el apoyo psicológico aconsejado, y más aún, no hay siquiera un informe pericial actualizado, que acredite que las circunstancias referidas por los profesionales intervinientes hayan variado" (fs. 925 vta.), por entender que ello contradice el informe psicológico elaborado por la Lic. Unamuno –integrante del Servicio de Salud Mental del Hospital Municipal Eva Perón de Punta Alta– acompañado por la quejosa a fs. 738/40 del que se desprende no sólo su concurrencia regular al tratamiento psicoterapéutico indicado sino su evolución favorable (fs. 943 y vta.).

En la misma línea objeta la conclusión que afirma que no existen elementos que desacrediten al progenitor para llevar adelante la función de cuidado de sus hijos. En particular, sostiene que se omitió considerar las conclusiones de los informes elaborados por la perito psicóloga Lic. Mesina acompañados a fs. 582/7 del que se desprende las dificultades que presentan ambos progenitores en el ejercicio del rol (fs. 943 vta. y 944).

Al respecto agrega que "Es evidente que de haberse llevado a cabo una correcta interpretación del dictamen pericial, es imposible que se haya estimado que no existen informes que descalifiquen al progenitor cuando el mismo informe que sirve de prueba en contra de esta parte concluye exactamente lo mismo respecto de la actora" (fs. 945 vta.).

En tercer lugar se queja por considerar que el fallo en crisis vulnera la disposición del artículo 1777 del Código Civil y Comercial y la doctrina legal de esa Corte en materia de prejuzgamiento, al desconocer los efectos de la absolución recaída en el fuero penal por entender que la misma se encuentra fundada en cuestiones técnicas y en el beneficio de la duda (fs.946 vta. y 947).

Sobre este punto sostiene "La referida inobservancia resulta de los términos del pronunciamiento en tanto insiste... en que la sentencia penal carece de incidencia alguna en el caso que nos ocupa, aunque presupone que los hechos que la motivaron si acaecieron y los considera configuradores de una situación de peligro a los cuales los menores no pueden some-

terse…Sin embargo con posterioridad el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires confirmo la absolución con argumentos distintos a los que la Excma. Cámara de Apelaciones se obstina en mantener" (fs. 945 vta.).

En el mismo sentido señala que "De la lectura de las sentencias tanto del Tribunal Criminal Nro.1 del Departamento Judciial de Bahía Blanca (fs. 724/35), como del pronunciamiento del Tribunal de Casación Penal la Provincia de Buenos Aires (fs. 775/79) surge ostensiblemente que tanto el artículo 1777 como la doctrina de esta Corte han sido violentadas por la decisión de la Excma. Cámara de Apelaciones. Así respectiva y textualmente dicen: 'Por lo expuesto, no encontrándose suficientemente acreditada la materialidad delictiva del delito de abandono agravado de persona, que se le endilga a R. E. G., corresponde dictar la absolución de la misma…'y 'es de destacar que al analizar las probanzas de la causa, es palmaria la gran incertidumbre que surge acerca de la real existencia de los hechos denunciados, por lo que la absolución de R. G. debe mantenerse inalterable" (fs. 946 vta.).

A ello agrega: "queda evidenciado que si no hubo materialidad delictiva del delito de abandono no hay autoría y el reproche en sede civil debe cesar. Más aun la Casación pone en duda directamente la existencia de los hechos. Ha dicho la Suprema Corte a este respecto: si el juez penal entendió que no podía afirmarse la existencia de relación causal entre la conducta médica y el posterior fallecimiento de la víctima y que la no haberse podido detectar el origen del proceso infeccioso tampoco se acreditó la "materialidad ilícita del delito", tales conclusiones recaídas en el fuero represivo no pueden volver a discutirse en sede civil" (SCBA, LP 105694 S 14/03/2012)" (fs. 946 vta. y 947).

En ese sentido sostiene que "parecería criterio de la Excma. Cámara de Apelaciones que no existe manera alguna a través de la cuál pueda probar mi inocencia y consecuentemente y absurdamente extiende un manto de sospecha perpetuo sobre mi persona, prejuzgando abiertamente en su sentencia y

reprochando con su decisión lo que penalmente no lo fue…" (fs. 947 vta.).

Por último se queja por considerar que se han apartado de la opinión manifestada por lo niños en el marco de la audiencia celebrada ante el juez de grado de querer convivir junto a su madre (fs. 822/23 y vta.). (fs. 942 vta.).

Al respecto sostiene: "Adviértase que la Excma. Cámara de Apelaciones en ningún momento de su sentencia expresa puntualmente porque contradice la voluntad de mis hijos. Si bien es cierto que tal como luce a fs. 918 los jueces manifiestan haber escuchado a los menores, asombrosamente no queda en el expediente constancia alguna de lo que expresaron los niños pero absurdamente fundan su sentencia en el artículo 653 cuyo inc. c) obliga a los magistrados a tener en cuenta la opinión de los menores y que, paradójicamente, han opinado en contra de la resolución adoptada" (fs. 949 vta.).

En tal sentido afirma que "El pronunciamiento recurrido no ha aplicado correctamente los preceptos legales contenidos en el artículo 639 inciso c del C. C. (el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta según su edad y grado de madurez) ni en el 707 del Código Civil (Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar 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)" (fs. 948 vta.).

Sobre este punto destaca la violación de la doctrina legal de esa Corte emanada de las causas C.120.208 (sentencia del 21 de diciembre de 2006) y C. 118.472 (sentencia del 4 de noviembre de 2015), así como la doctrina que surge de los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular del precedente "Atala Riffo e hijas vs. Chile" del año 2012 (fs. 949 vta. y 950).

III. El recurso debe prosperar.

Liminarmente, resulta preciso recordar que "La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los menores de edad, en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los padres, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias, cuya decisión solo puede ser revisada en el caso de que se hubiera configurado absurdo" (SCBA; C 121.539, sent. del 25 de abril de 2018).

En mi opinión, la decisión impugnada evidencia el vicio de absurdidad endilgado en virtud de apartarse de las normas que establecen la prioridad del cuidado personal compartido –con independencia de la convivencia o no de los progenitores– sin justificar los extremos requeridos para la aplicación del régimen de excepción: el cuidado personal exclusivo o unilateral (arts. 648, 650, 651, 653, 658 y ccs., C. C. y C.).

En efecto, resulta sabido que el Código Civil y Comercial incorpora como regla el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta y, como excepción, el cuidado personal compartido con modalidad alternada y el cuidado personal exclusivo unilateral (arts. 651, 650 y 653 respectivamente).

Precisamente es la condición de 'excepcional' la que reclama al intérprete el deber de robustecer las razones para inaplicar la regla (Mizrahi, Mauricio, "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código", La Ley, 20/05/2013 y del mismo autor Responsabilidad Parental, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 386).

Una detenida lectura de las piezas obrantes en la presente permite concluir que la cuestión aquí debatida se centra en la determinación de la residencia de los niños de modo principal o exclusivo junto a su progenitora o a su progenitor, sin que resulte cuestionada la cuestión vinculada con el ejercicio compartido de la responsabilidad parental (art. 641, inc. b y ccs., C. C. y C.).

En consecuencia, corresponde examinar el modo en

que el a quo ha procedido a aplicar las pautas establecidas por el legislador para orientar la labor jurisdiccional destinada a decidir la modalidad de cuidado personal más adecuada para el bienestar de los hijos en oportunidad de concluir el cuidado personal exclusivo a cargo del progenitor que se impugna (arts. 639, 651, 653 y ccs., C. C. y C).

Una lectura de la sentencia cuestionada evidencia que la decisión de la alzada de revocar la decisión de grado que dispuso el cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta –con residencia principal en el domicilio materno– se fundó en las conclusiones de las pericias psicológicas en las que se puso de resalto las dificultades de la progenitora para ejercer el rol materno al inicio de la causa (en el mes de junio del año 2010 y en el mes de septiembre del año 2012; fs. 17/8, 19/22, 582/7, respectivamente), en la ausencia de elementos que descalifiquen la aptitud del progenitor para el ejercicio del rol y, por último, en el principio de estabilidad de los niños –‘ statu quo’– que residieron prácticamente la totalidad de sus vidas junto a su progenitor (arts. 639, 651, 653 y ccs., C. C. y C.).

Concretamente la alzada señaló: “…los niños, que han pasado la mayor parte de su vida conviviendo con su progenitor en la ciudad de Bahía Blanca (art 653 inc. d) C. C. y C. N.) vienen asistiendo al mismo establecimiento educativo con buenos resultados, encontrándose adaptados a el –ver informes socio ambientales de fs. 407 y 795–. A lo que cabe agregar que ambos menores, han manifestado encontrarse a gusto viviendo con su padre y con N. –la pareja del accionante” (fs. 927 y vta).

En la misma línea, sostuvo: “Con respecto al estado de los niños desde que se encuentran con su padre – desde los tres años F. y 10 meses Y.– cabe resaltar el informe ambiental de fs. 407/408 – del 16 de marzo de 2012– llevada a cabo por el Lic. Gustavo Fernández que da cuenta de una entrevista con la directora del Jardín de Infantes nro. ...., Sra. S. F., la cual informa: ‘…los niños no registran ausencias sin justificación y que no generan ningún

tipo de conflictos.', 'sus juegos no son agresivos y cumplen las expectativas que por edad cronológica se espera de los mismos' (sic). Concluye el perito, que el estado general de los niños es muy bueno, encontrándose bien integrados a la familia paterna. Resulta coincidente con el informe efectuado por el mismo perito con fecha 23 de abril de 2014 –ver fs. 795 y vta. –" (fs. 926).

En virtud de ello concluyó que no existen circunstancias suficientes que hagan conveniente modificar su centro de vida (fs. 928).

De ello surge que, más allá del desarrollo efectuado respecto de las dificultades de la progenitora para el ejercicio del rol materno sobre la base de una valoración fragmentada de la prueba rendida – conforme se analizará infra–, la alzada funda su decisión en una consideración central: el principio de estabilidad.

Los niños llevan nueve años –prácticamente la totalidad de sus vidas – conviviendo junto a su padre en virtud de la decisión provisional que hizo lugar a la solicitud de modificación provisoria del régimen de tenencia que fuera oportunamente homologado (fs. 24/27, 50/2, 144/5, 187/8).

En efecto, y tal como lo destaca la alzada, resulta incuestionable el carácter primordial que reviste el principio de estabilidad o 'statu quo' para la determinación de la modalidad de cuidado de los hijos, sin embargo, dicha circunstancia no permite soslayar la trascendencia que corresponde atribuir a la opinión de los niños –actualmente de 10 y 12 años–en oportunidad de adoptar la solución que mejor garantice su bienestar (Mizrahi, M., Responsabilidad Parental, op. cit., p. 399 y ss.).

Al respecto ha sostenido el Procurador General de la Nación –en un dictamen que la Corte Federal hace propio – que "Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor del valor estabilidad, en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación (v. dictamen de Fallos: 331:941 arriba citado). Empero, dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de

juzgar pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Se orienta, más bien, a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero" (Fallos 333:1776).

Si bien se destaca que "...el estado general de los niños es muy bueno, encontrándose bien integrados a la familia paterna" (fs. 926) y que "ambos han manifestado encontrarse a gusto conviviendo con su padre y con N. – la pareja del accionante–" (fs. 928); el razonamiento efectuado omite la consideración de un elemento de juicio esencial: la opinión manifestada por los niños de querer convivir junto a su madre (fs. 822/3 y 830/2).

Es que, con posterioridad a los informes ambientales valorados en la sentencia impugnada –fs. 407/8 y 795 elaborados en marzo de 2012 y abril de 2014, respectivamente– se celebró una audiencia en presencia de los niños, las peritos psicóloga y asistente social, el representante del ministerio público y el juez en la que se destacó "En primer término la perito psicóloga y la perito asistente social hacen ingresar a los niños para conversar y jugar. Luego de transcurrido un tiempo en el que juegan, responden a preguntas de la vida cotidiana y se le administran técnicas gráficas (dibujo libre y persona bajo la lluvia) se indaga sobre si conocen el motivo por el cual se encontraban en esta sede, respondiendo F. de manera espontánea que era para saber con quién querían vivir, advirtiéndose de las palabras y expresiones del niño que su deseo es vivir con su mamá, lo que también se verifica y confirma en los dichos de su hermana. Ante algunos cuestionamientos sobre cómo resolver la escolaridad, compañeros o las actividades extraescolares los mismos niños resuelven espontáneamente pensando en otras posibilidades tales como asistir a otra escuela cerca de su mamá, jugar en un cancha de fútbol cercana, etc. Cuando se les pregunta si en caso de vivir en la casa de su mamá extrañarían a su papá responden que sí sin observarse en ellos signos de angustia o preocupación respecto del tema, sino que se muestran naturales y espontáneos al responder las preguntas. No refieren malestar donde se encuentran ni alguna situación que les disguste, inclusive rescatan lo positivo de cada ámbito familiar. Posteriormente ingresa V.S. con

quien los niños también conversan ofreciendo las mismas respuestas en cuanto a lo mencionado anteriormente. Lo mismo sucedió ante el Asesor de Menores con lo cual se dio por finalizada la entrevista con los menores. Finalmente VS recibe en su despacho a las partes y a sus letrados en presencia de las Peritos y del Asesor de Menores donde se conversa sobre lo expresado por los niños, aclarando VS que de la charla mantenida con Y. y F. no pudo apreciar indicador alguno que evidencie que los pequeños se encuentran influenciados por la opinión de los adultos involucrado en el conflicto. Que los niños le impresionaron como pequeños tranquilos y espontáneos, dispuestos a dialogar de los que les pasa y con deseo de que se los escuche. Que lo manifestado de querer estar más tiempo con su madre impacta sencillamente como lo que resulta ser 'sus ganas' en este momento y tal como lo remarca la Psicóloga evidencia que se trata de niños sanos y de un comportamiento adulto de parte de su progenitor ya que se los ve libres de expresar lo que sienten" (fs. 822 vta.).

En la misma línea la pericia psicológica elaborada respecto de los niños en fecha 3 de agosto de 2015 concluyó: "Se evidencia en ambos el deseo tanto como la necesidad de reparar el vínculo materno-filial. Tal vez por eso el deseo de vivir con ella. No ha sido menos importante la labor ejercida por el progenitor de ambos, quien no solo ha logrado que sus hijos puedan pensar libremente sino que además no ha cercenado la imagen materna de los niños" (fs. 831 y 32).

En suma, de los elementos de juicio agregados con posterioridad a los informes ambientales tenidos en cuenta por la alzada para resolver (fs. 407/8 y 795) surge con claridad no sólo el deseo manifestado por los niños –en ese momento de 6 y 7 años– de querer convivir junto a su madre, sino también las consideraciones efectuadas por el juez, las perito psicóloga y el representante del Ministerio Publico respecto de que esa opinión expresa una voluntad real, es decir, libre de condicionamientos o influencias por parte de los adultos (fs. 822/3 y 830/32).

Estos elementos –indispensables para la prudente determinación de una decisión como la aquí impugnada– sólo han sido meritados por el tribunal para extraer conclusiones respecto del desempeño del progenitor en su rol parental, más sin efectuar ninguna mención respecto del deseo allí expresado por los niños.

En esta omisión radica, en mi opinión, el vicio de absurdidad alegado.

Pues si bien –como también lo señala el a quo– resulta sabido que escuchar al niño no supone aceptar incondicionalmente su opinión, lo que sí le resulta vedado al intérprete es desconocerla.

Al respecto, tiene dicho reiteradamente ese Alto Tribunal: "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 torna 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 99.273 sentencia del 21 de mayo de 2008; C. 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010, entre otras).

En otras palabras, la obligación del juez de tener debidamente en cuenta la opinión de los niños en esta clase de procesos supone el deber de incorporar, entre los fundamentos, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión, máxime si se tiene en consideración las edades de los niños de conformidad con el principio rector

de capacidad o autonomía progresiva (arts.26, 639, 653, 707, y ccs. C. C. y C.; Comité Derechos del Niño, OG12/2009, párr. 45; CIDH, "Atala Riffo vs.Chile" (2012), párr.196-208; Famá María V., "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley, 20 de octubre de 2015; Fernández, Silvia E.,"Nuevos perfiles del derecho de comunicación en el Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, RDF nro 72, Noviembre de 2015, p.129; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan Mariel, "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, noviembre de 2015).

Sobre este punto se ha señalado que "...resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión" (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños en relación con la participación del niño en los procesos, 2016, p.3).

A ello, cabe añadir el déficit evidenciado en el pronunciamiento impugnado respecto de la valoración prueba rendida.

En primer lugar, debido a la valoración fragmentada del material probatorio tendiente a determinar la aptitud de ambos progenitores para ejercer la función parental y, en segundo lugar, debido a la ausencia de elementos dirigidos a evaluar la situación actual de los niños y el impacto de la decisión en su estabilidad emocional en virtud del prolongado tiempo transcurrido desde la realización de las pericias psicológicas y ambientales hasta el dictado de la decisión impugnada (Fallos 333:941 y 331:1776; SCBA C118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C120208, 21 de diciembre de 2016; C122501, entre otras.).

En concreto, la decisión cuestionada concluye que no existen elementos con idoneidad suficiente para poner en duda la aptitud del progenitor para el ejercicio del rol parental, al tiempo que no se advierten elementos capaces de desvirtuar las conclusiones de las pericias psicológicas

que dieron cuenta de las dificultades de la progenitora para el ejercicio del rol materno, cuyas copias lucen agregadas a fs. 17/18 y 19/22.

Sin embargo, dichas afirmaciones no se ajustan, en mi opinión, al análisis integral de la prueba rendida.

Pues, del análisis de la prueba pericial producida por los peritos del equipo técnico departamental, se observa que existe un único informe psicológico-psiquiátrico elaborado respecto de ambos progenitores en el mes de septiembre de 2012 que resulta conteste en señalar los avances y las dificultades evidenciadas en ambos progenitores, sin distinción (fs. 582/7, 738/40, 747/8, 756/7). En particular los peritos concluyeron que "Ambos presentan dificultades para el ejercicio responsable en los roles paterno y materno, siendo dependientes, desde lo afectivo y lo material del entorno propio para compensar las necesidades maternas-paternas de los hijos. Se considera que ambos necesitan ayuda psicológica de manera regular y obligatoria. Del mismo modo, y por el tipo de causa que motivó acciones penales, se considera que los niños también requieren de ayuda psicológica de manera regular y supervisada por terceros responsables" (fs. 586 vta.). En igual sentido, los informes ambientales obrantes a fs. 407/8 y 860/3 dan cuenta de las buenas condiciones afectivas y materiales existentes en los domicilios de ambos progenitores.

Consecuentemente, el contraste señalado por el tribunal en oportunidad de evaluar la aptitud ambos progenitores supone subordinar las conclusiones alcanzadas como resultado de las entrevistas realizadas a ambos progenitores por el cuerpo técnico auxiliar departamental a las consideraciones efectuadas en el marco de pericias efectuadas a los niños y a la progenitora dos años antes y en el marco de la causa penal seguida contra la Sra G..

En efecto, la referencia a las copias de los informes agregados a fs. 17/18 y 19/22 remite a las conclusiones elaboradas en las pericias psicológicas a los niños y a la progenitora durante el mes de junio del año 2010 en el marco de la causa penal seguida por abandono calificado de persona

contra la Sra. G. y respecto de la casual ha recaído sentencia absolutoria (fs. 67/85, 107/18, 705/729, 775/9).

Concretamente, en el marco de la pericia psicológica realizada a los niños, se señaló que "... probablemente R. no cuenta con recursos afectivos y de contención suficientes para poder criar adecuadamente a sus hijos, lo cual podría tratar de compensarse mediante la asistencia social y psicológica apropiada...Los padres de F. y Y. están aún atravesando la etapa adolescente por lo cual necesitan acompañamiento y sostén en su función parental" (fs. 18 vta.). Por su parte, en oportunidad de entrevistar a la progenitora, los peritos concluyeron que "Por lo evaluado se considera que presenta limitaciones psicológicas significativas para ejercer el rol materno con adecuada contención afectiva y registro de las necesidades de los niños, que no coincidan con las propias. Se evalúa necesidades de tratamiento y orientación psicológica de manera regular y obligatoria (supervisado por terceros responsables) con apuntalamiento cotidiano de alguna figura continente de manera que pueda enfrentar las dificultades arriba mencionadas y adecuarse de manera más satisfactoria a las necesidades socio afectivas y cognitivas de sus hijos" (fs. 22 vta.).

Estas conclusiones –elaboradas, insisto, con anterioridad al informe psicológico agregado a fs. 582/7– resultan contemporáneas y contestes con las conclusiones alcanzadas respecto de la progenitora en el informe de interacción familiar ordenado en el marco de la causa por violencia familiar y cuya realización no se ha podido completar debido a la inasistencia del actor en la oportunidad en que fuera citado (fs. 88/92 del anexo).

En particular relación con la prueba destinada a evaluar el impacto de la decisión en la vida de los niños, únicamente se cuenta con el informe ambiental elaborado en el mes de marzo de 2012 a fs. 406/8 – y ampliado en el mes de octubre del año 2014 a petición del representante del ministerio público (fs. 788, 795, 800 y vta. y b 810 y vta.)– y con la pericia psicológica realizada a los niños en el mes de junio del año 2015 (fs. 831/2).

Al respecto resulta sabido la función esencial que reviste la interdisciplina para la determinación del bienestar de los hijos en esta clase de procesos (arts.706, 709, 710 y ccs. C.C.yC.).

Sobre este punto, al Máximo Tribunal ha sostenido que "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 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 trasmitir 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).

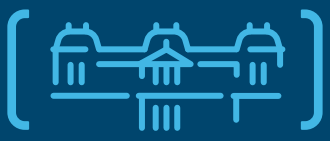
En definitiva, entiendo que si bien el principio de estabilidad resulta una pauta insoslayable para la determinación de la cuestión vinculada con la residencia de los hijos con posterioridad al cese de la convivencia de sus progenitores, su aplicación no exime al juzgador de efectuar una

labor hermenéutica destinada a conjugar, con la actualidad suficiente, los elementos de juicio indispensables para la determinación de la solución que mejor satisfaga el bienestar de los hijos –entre los que resulta insoslayable la opinión expresada por éstos–, en especial cuando se decide aplicar un régimen de cuidado personal excepcional (SCBA C118503, sentencia del 22 de junio de 2016; C120208, 21 de diciembre de 2016; C122501, entre otras).

IV. En virtud de ello entiendo que correspondería hacer lugar al recurso que dejo examinado.

La Plata, 23 de abril de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.501

“R., V. S. c/ D., G. J. s/ tenencia de hijos”, fecha: 11-10-2018

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

C 122.501 "R., V. S.
c/ D., G. J.
s/ tenencia de hijos"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca con fecha 13 de julio de 2017 revocó el decisorio de primera instancia que resolvió otorgar el cuidado personal unilateral de las niñas a su progenitora Sra. V. R. y, en su lugar, decretó el cuidado personal unilateral de las niñas a favor de su progenitor, Sr. G. J. D. (fs. 558/564).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de las niñas, V. R., con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 568/580.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia la violación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 3 de la ley 26061 y de los artículos 24, 26, 66, 404, 425, 595 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba.

En particular, centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada de revocar la decisión de primera instancia y en su lugar otorgar el cuidado personal unilateral al progenitor no conviviente evidencia una absurda apreciación de la prueba, una errónea aplicación del derecho de las niñas a ser oídas y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta y de la noción de centro de vida, como aspecto integrante del principio rector del interés superior.

Específicamente alega que la alzada departamental debió evaluar la opinión de las niñas de conformidad con los resultados de los informes elaborados por el cuerpo interdisciplinario interviniente (fs. 575 y vta.).

Al respecto sostiene que "Como el interés superior del niño, la autonomía progresiva configura un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación requiere una serie de indicadores…la noción de autonomía progresiva atiende a pautas reales y concretas, es el grado de madurez de cada niño lo que permitiría al juez, médico, etc. reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada. La pauta de la edad y grado de madurez están ampliamente acogidas en el Código Civil (arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595). Y precisamente este aspecto es el que no ha sido valorado adecuadamente por la Excma. Cámara departamental (reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada) Y no es un dato menor, pues precisamente el extremo probatorio por el cual se revocó la sentencia del señor juez de Primera Instancia de Familia, es la opinión de las menores. Opinión de menores que debió solicitarse y evacuarse entiendo con la apoyatura y la presencia inmediata de los cuerpos interdisciplinarios competentes en la materia. Baste ver que la propia Excma. Cámara refiere en su sentencia que a fs. 551 la Asesoría de Incapaces sugirió se mantuviera la sentencia de primera instancia y a fin de valorar en qué marco las menores expresaron su opinión no se puede soslayar los informes psicológicos efectuados por los cuerpos interdisciplinarios del Juzgado de Familia de Tres Arroyos. Concretamente si hubo influencia y/o adoctrinamiento por parte de sus padres para expresarse en la forma en que lo hicieron" (fs. 574 vta.)

En la misma línea agrega que "la Cámara debió al momento de evaluar la opinión de las nenas concatenarla con el informe psicológico precedente que a más emerge como un valladar irrefutable para estar en condiciones de ejercer el cuidado de sus hijas. El informe psicológico citado describe en ciertos puntos rasgos agresivos egocéntricos e incapacidad de reconocer al otro como alguien diferente de sí mismo y esto relacionado con sus hijas,

entendiendo que ellas pueden tener un deseo distinto al de él propio, y entendiendo que la solicitud de ser escuchadas por el juez nunca fue pedido por las niñas en sí, sino por su padre, esto se ve reflejado en que no quisieron hablar con el juez de primera instancia cuando fue la audiencia. El punto 2 hace referencia a la habilidad de generar inducción a través de la oralidad, surge que las niñas estaban inducidas por su padre en el momento de la audiencia generada en Cámara, teniendo en cuenta que el padre viajo exclusivamente para verlas antes de la audiencia. De hecho hoy las niñas concurren a un programa de asistencia para casos de maltrato infantil por manipulaciones y violencia psicológica sufridas por su padre (Programa atreverse de la Ciudad de Tres Arroyos). Los hechos de violencia psicológica que fue víctima L. fueron denunciados oportunamente en la comisaría de la mujer de Tres Arroyos. Destaco que L. contaba con 8 años de edad y J. con 5 años de edad al momento de solicitarles su opinión podemos decir que tenían la madurez necesaria requerida en doctrina de la SCBA, como para tomar como parámetro definitivo su opinión para decidir quién de los padres estará a cargo de su cuidado personal" (fs. 575 y vta.).

A mayor abundamiento, destaca que "a partir de la entrevista individual semi dirigida sostenida con la Sra. V. R., en el punto pericial a) solicitado por la parte demandada, el perito refiere que se hablará de un diagnóstico estructural, es decir a su estructura psíquica, no observando en el caso evaluado que la entrevistada tenga una personalidad psicopatológica sino que se refleja una estructura psíquica suficientemente estabilizada…El punto 6) de la pericia versa sobre el tipo de vínculo madre-hijas que mantiene la Sra. R. con L. y J. si el mismo responde a la categoría de 'madre patógena' y si existe una tendencia a separar a sus hijos del padre, contestando el perito Pola que 'se trata de un vínculo donde se observa que la periciada ejerce la llamada función materna o función amparadora primaria, que se refiere al conjunto de cuidados que apuntan a cubrir las necesidades del infante, así como al amparo y sostén biológico y psíquico. No se observan indicadores que conduzcan a pensar en un vínculo de tipo patógeno desde la madre ya que la misma refleja empatía

con sus hijas, ofreciéndose ante ellas como un otro diferenciado, que aporta vivencias de satisfacción a través de los contactos y de los afectos que permiten el primer contexto identificatorio en el que se funda el Yo del infante. No se observa en la Sra. R. tendencia a separar a sus hijos del padre, sino que manifiesta voluntad en llegar a acuerdos a fin de establecer modalidades de contacto de las niñas con él. Observa al progenitor como alguien que se ocupa de sus hijas, más allá de la conflictiva intersubjetiva y las diferencias observadas en el contexto de la relación…explicando en el punto 9) que no se observa ni angustia ni celos en la Sra. R. ante el hecho específico de la separación de sus hijas en los casos en que las mismas pernoctan o vacacionan con el padre…Al evacuar el punto 10) el perito ha expresado que no se observa en la Sra. R. conflictiva con la figura paterna, agregando en el punto 11) no existir indicadores que permitan inferir predisposición a comportamientos violentos por parte de las madres de las niñas" (fs. 576 y 577).

Para concluir se pregunta de qué modo "en una sola entrevista de cortos minutos pueden evaluar la madurez del niño? desestimando todo el material probatorio desplegado en el expediente. En este caso no se tuvo en cuenta ninguna prueba aportada y solo se basó este decisorio en una corta entrevista de escasos minutos y en la falacia de que la suscripta impide o dificulta la relación del padre con las niñas, hecho que no esta probado en el expediente" (fs. 578).

En relación con la cuestión vinculada con el traslado de las niñas a la ciudad de Tres Arroyos, la impugnante sostiene que "El Sr. D. firmó un acuerdo en la CABA en diciembre de 2013 donde coincide en que las niñas vivan en Tres Arroyos con su madre, lo hizo con total libertad, haciendo perfecto uso de sus facultades normales y sin presiones externas, luego para invalidar esa decisión (a la cual le cabe la teoría de los actos propios), desplego las conductas procesales que se observan a lo largo del expediente" (fs. 577).

Concretamente, alega: "Nunca le impedí verlas ni llevarlas ni hablar por teléfono con ellas, no se incumplió en ningún momento con

el régimen de visitas que estableciera el Señor juez de primera instancia, todo lo contrario, muchas veces tuve dificultades económicas pues me hacía 100% cargo de la manutención y cada vez que iba a Bs. As. a buscar a las nenas como dice el régimen, significaba un gasto extra que solvente yo gracias a mi familia y amigos … No vine a tres Arroyos de manera ilegítima, en repetidas oportunidades quise separarme y D. me presionaba económicamente ya que no tenía donde ir, mi familia es de Tres Arroyos, por lo tanto dadas las circunstancias de violencia económica hacia mi persona, realice una exposición Civil, en la Municipalidad de Pilar (la cual se encuentra en el expediente) y vine a la casa de mis padres, donde viví durante un tiempo hasta encontrar trabajo. El mismo día que me retiré del domicilio se lo informé al Sr. D., por lo tanto él siempre supo dónde estaba. Claramente el centro de vida de las menores fue y es la ciudad de Tres Arroyos" (fs. 577 vta.).

En esa línea, argumenta que "Llega la Excma. Cámara a la conclusión errónea: cómo puede evaluar o preveer a futuro que la estabilidad actual de las menores en la ciudad de Tres Arroyos producirá una daño mayor que la alteración de la misma, cuando la totalidad de los informes interdisciplinarios elaborados por los cuerpos específicos dependientes del Juzgado de Familia de la ciudad de Tres Arroyos indican precisamente lo contrario (óptimo bienestar de las menores) e informes totalmente favorables del colegio al cual concurren. No se ha evaluado correctamente que esa alteración del centro de vida supone cambio de colegio, de amigos, de casa, de ciudad, de hábitos, de rutina" (fs. 578 vta.).

En definitiva, concluye que "un análisis concienzudo de toda la prueba arrimada, conforme principios de la sana crítica, nos permite arribar sin hesitación alguna, a la conclusión, a la cual arribara, en su ocasión el señor Juez de Primera Instancia en cuanto me otorgó el cuidado personal de mis hijas" (fs. 579).

III. El recurso de inaplicabilidad de ley debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que "La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de

los menores de edad, en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los padres, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias, cuya decisión solo puede ser revisada en el caso de que se hubiera configurado absurdo" (SCBA; C 121539, sent. del 25 de abril de 2018). Al respecto adelanto mi opinión según la cuál el absurdo ha quedado configurado en la especie.

En rigor, la alzada decide modificar el cuidado personal unilateral de las niñas a favor del progenitor no conviviente sobre la base de valorar la opinión manifestada por J. (6) y L. (10) en oportunidad de la audiencia celebrada a los fines de tomar contacto personal y directo con los magistrados (fs. 555), sin valorar ningún otro elemento de prueba concluyente como sustento de la decisión.

Concretamente la alzada sostiene: "Conforme surge de los informes psicológicos y socio ambientales, no aparecen inconvenientes para que cualquiera de los progenitores ejerza el cuidado personal de sus hijas sin que pueda ponerse a ninguno de ellos en una situación de preferencia –por capacidad o predisposición pare ello– sobre el otro (informes de fs. 379/85, 407/416 y 424/26). A idéntica conclusión llego con apoyo en las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 439/447 y 474/74" (fs. 560 vta. y 561). En igual sentido, señala que "el hecho de que las menores han desarrollado en los últimos cuatro años una vida supuestamente 'normal', concurriendo a una entidad educativa que emite informes positivos, realizando actividades propias de la edad, con un contacto óptimo en relación a la familia materna; concluyendo de contar solo con esos datos –tal como lo hizo el a quo– que resulta conveniente mantener el statu quo, fijando el centro de vida en el lugar físico donde se desarrolla la misma, conforme el principio de estabilidad o continuidad" (fs. 561 vta.).

Sin embargo, a continuación afirma: "El punto es que contamos en esta instancia con un aporte probatorio del que no dispuso el Sr. Juez de grado: haber escuchado a las niñas, debiendo hacer valer su opinión, la que será tenida en cuenta (art. 3, inc. b), ley 26061) en pos de cumplir con el obje-

tivo último, el interés superior de las menores…En la audiencia referida, con base en un cuestionario flexible que se autogeneraba a medida que avanzaba la entrevista, las niñas expresaron sus deseos e intereses con total libertad y de manera clara. Se pudo inferir la concreta pretensión que tienen de volver con su padre a la Ciudad de Buenos Aires, encontrado mérito suficiente en sus expresiones –las que fueron expuestas con una madurez y decisión poco común en sus edades– para fijar en dicho lugar su centro de vida, resultando en consecuencia indudable que su residencia actual, es solo eso, el sitio donde viven, pero no el lugar al que sienten pertenecer. No se ha producido – conforme lo expresan– ningún tipo de arraigo en la localidad de Tres Arroyos. El solo paso del tiempo vivido en dicha ciudad no alcanzó para que las mismas se encuentren a gusto allí, sino que por el contario anhelan que su residencia principal se fije junto a su padre en la ciudad de Buenos Aires (art. 384 CPCC y 31 CDN)" (fs. 562).

En virtud de ello, concluye que "Lo expuesto, cambia drásticamente el análisis de la situación. Probado quedó que el centro de vida de las menores no pueden fijarse en Tres Arroyos. Las manifestaciones de las niñas, demuestran que no han encontrado en dicha localidad, en el grupo escolar y en el núcleo familiar materno, 'su lugar'; no generando pertenencia alguna, y refiriendo la pertenencia por vivir en la Ciudad de Bs. As. con su padre, demostrándose la intención clara y concreta de las niñas, de volver a dicha ciudad, donde si podemos fijar su centro de vida, atento ser ese el lugar al que sienten pertenecer. Queda claro que mantener la situación existente en pos de cumplir con el principio de estabilidad y continuidad antes señalado, solo generaría en las pequeñas un daño mayor al que podría ocasionar la alteración de las mismas. Por ello, en cumplimiento de lo normado por los arts. 2 y 3 de la ley 26061, habiendo escuchado a las pequeñas, teniendo en cuenta sus opiniones (art.3 inc. b)), hago mérito de su grado de madurez, la claridad con la que expusieron sus intenciones –sin perder de vista el equilibrio entre sus derechos y las exigencias del bien común–, atento que la fijación del centro de vida se ubica –para ellas, pese al tiempo transcurrido desde que fueron sacadas del mismo– en la ciudad de

Buenos Aires junto a su padre, y teniendo siempre como objetivo último hacer prevalecer los derechos e intereses de la niñas por sobre los de sus progenitores (hoy en conflicto) sostengo que corresponde revocar la sentencia, haciendo lugar a la reconvención deducida" (fs. 562 y vta.).

La argumentación desplegada evidencia de qué modo la conclusión sostenida se desconecta de los hechos probados y contradice las pautas establecidas por el legislador para orientar la delicada labor jurisdiccional destinada a decidir la modalidad de cuidado personal más adecuada al bienestar de los hijos (art. 639, 651, 653 y ccs., CCyC).

Adviértase que el razonamiento efectuado parte del reconocimiento de la ausencia de elementos de juicio que justifiquen el apartamiento del principio de estabilidad o continuidad (art. 653 inc. d) C.C.y C.) y luego –sin más razones que las opiniones manifestadas por las niñas en la audiencia celebrada con los magistrados del tribunal (fs. 555) – concluye en la necesidad de modificar el régimen unilateral de cuidado establecido a favor de la progenitora y, en su lugar, atribuírselo de manera unilateral al progenitor.

El apartamiento de las conclusiones de la prueba producida en autos (fs. 379/85, 407/16 y 424/6) sumado a la ausencia de otras razones que justifiquen el tramo final del decisorio –más allá de la impresión personal recogida en la audiencia mantenida con las niñas– evidencian, en mi opinión, el quiebre en la argumentación efectuada.

Al respecto se ha señalado que "si bien las pericias no tienen carácter vinculante el apartamiento de las conclusiones a las que arriban los peritos especializados en un área que el juez desconoce debe ser fundado" (SCBA; 92267, sent. del 31-10-2007).

En efecto, si bien resulta sabido que la consideración de la opinión de las niñas resulta una pauta insoslayable en esta clase de procesos, ello no supone admitir que su opinión sea determinante para la resolución del conflicto (SCBA, C107820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010).

Al respecto ha dicho 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 torna 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. 99.273 sent del 21 -5-2008, C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C. 91.622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

La discrecionalidad reconocida al juez en esta clase de procesos –de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 653 del Código Civil y Comercial– robustece el deber del intérprete de fundar las sentencias en los hechos.

En autos los magistrados afirman que: “... las niñas expresaron sus deseos e intereses con total libertad y de manera clara... Se pudo inferir la concreta pretensión que tienen de volver con su padre a la Ciudad de Buenos Aires, encontrado mérito suficiente en sus expresiones –las que fueron expuestas con una madurez y decisión poco común en sus edades– para fijar en dicho lugar su centro de vida, resultando en consecuencia indudable que su residencia actual, es solo eso, el sitio donde viven...Queda claro que mantener la situación existente en pos de cumplir con el principio de estabilidad y continuidad antes señalado, solo generaría en las pequeñas un daño mayor al que podría ocasionar la alteración de las mismas” (destacado propio). Sin embargo, ninguna de esas afirmaciones se desprende de las pruebas recolectadas.

Adviértase además que en autos no se ha producido ninguna prueba tendiente a evaluar la situación actual de las niñas, ni el impacto que una decisión como la aquí adoptada puede ocasionar en su estabilidad emocional ni en su desarrollo integral.

A ello debe añadirse la ausencia de elementos de juicio indispensables para conocer las condiciones de madurez y el soporte de las preferencias de las opiniones manifestadas por las niñas en la audiencia, con el objeto de desvirtuar la eventual existencia de condicionamientos o influencias indebidas por parte de los adultos (en especial, si se considera la decisión de ambas niñas de no querer expresar sus opiniones ante el magistrado de primera instancia, en presencia del asesor de incapaces y del psicólogo del equipo técnico –fs. 452–).

En otras palabras, la obligación del juez de tener debidamente en cuenta la opinión de los niños en esta clase de procesos supone el deber de incorporar, entre los fundamentos del decisorio, los motivos por los que estima conveniente considerar o apartarse de su opinión (arts. 653, 706, 707, 709 y 710 y ccs.) (Comité Derechos del Niño, OG12/2009, párr. 45; CIDH, "Atala Riffo vs. Chile" (2012), párr.196-208; Famá María V., "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley, 20 de octubre de 2015; Fernández, Silvia E., "Nuevos perfiles del derecho de comunicación en el Código Civil y Comercial dela Nación, Abeledo perrot, RDF nro 72, Noviembre de 2015, p.129; Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan Mariel, "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015, noviembre de 2015).

Al respecto, resulta ilustrativo mencionar las pautas elaboradas en el Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños que, en relación con la participación del niño en esa clase de procesos establecen que "Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o

administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesible y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión" (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños en relación con la participación del niño en los procesos, 2016, p.3).

En definitiva, si bien resulta indispensable conocer la opinión de las niñas a los fines de determinar en concreto la modalidad de cuidado personal más adecuada, la prudente determinación de una decisión como la aquí impugnada reclama una labor interpretativa destinada a valorar y demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niñas de conformidad con "la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de este tipo requiere..." (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

Sobre este punto ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación que "...la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente, los jueces –en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico–, 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. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines. (...) He aquí, precisamente, uno de los estándares de aplicación constante en este ámbito. Me refiero al mantenimiento del 'status' cuando de medidas provisionales se habla, salvo –claro está– que se hayan constatado importantes anomalías en el desarrollo de la guarda por parte de quien la ejerce al iniciarse la intervención jurisdiccional" (conf. CSJN, Fallos 331:941, sent. del 29-4-2008).

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a V. E. hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 11 de octubre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.543

“G., P. J. c/ D., M. s/ Régimen de visitas”, fecha: 01-06-2017

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

C 121.543 "G., P. J.
c/ D., M. s/ Régimen
de Visitas"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Excma.Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen con fecha veintiseis de octubre de 2016 hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el progenitor de los niños contra la decisión de primera instancia que, a su turno, ordenó el establecimiento del cuidado personal de los niños de manera unilateral a favor de la progenitora y, en su lugar, dispuso establecer un régimen de cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta (fs. 893/5 y vta., 1027/30).

Contra dicho resolutorio se alza la progenitora de los niños, patrocinada por defensor particular, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs. 1042/58.

II. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia violación de los artículos 3,9,y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; de los artículos 26, 639, 641 inc b), 642, 651, 656 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación y de los artículos 384, 476 y ccs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

En primer lugar, se queja por considerar que la sentencia en crisis "Incurre en contradicción al afirmar que los niños manifiestan seguir como hasta ahora, e impone el régimen de cuidado compartido indistinto. Los operadores jurídicos y las partes son contestes en que hasta ahora detenté la tenencia de los niños. La sentencia de primera instancia dice que 'no hay razones que justifiquen cambiar el 'statu quo' pero va más allá y dice que sería perjudicial hacerlo. Los niños fueron escuchados en varias oportunidades: se realizaron dos informes periciales con entrevistas a los niños (fs 643/4

y fs 998/9), El Asesor los entrevistó en dos oportunidades en su despacho (fs 94 y 572). Fueron recibidos por el Dr. Lettieri de la Excma Cámara (fs 960). Los niños manifestaron que desean continuar como hasta ahora pero el fallo le asigna otra entidad a esos dichos, por lo que se aplica erróneamente el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 26 del CCyC" (fs. 1055).

En el mismo sentido agrega que "…se encuentra acreditado que la situación de hecho preexistente al dictado del fallo es el cuidado personal unilateral. Mi parte no desea que se le quiete la responsabilidad parental al Sr. G., lo que mi parte pretende es que durante el tiempo que los niños pasan con su padre, conforme el régimen comunicacional vigente, sigan teniendo un médico, un odontólogo, un celular al que podamos comunicarnos padre y madre, porque esta acreditado que sino los niños son revisados por dos médicos, dos odontólogos, la psicóloga es de un lugar al que yo no puedo tener acceso. Ha existido siempre desacuerdo en estos temas, pese a que mis decisiones en materia de educación y salud no provocaron perjuicio para los niños ni afectaron el vínculo afectivo con su padre" (fs. 1055 vta.).

Puntualmente señala que "El Sr. G. nunca esta conforme con mis decisiones: haber regresado a vivir al lugar donde tengo mi familia, mis raíces y sentido de pertenencia, inscribir a los niños el jardín de infantes, anotarlos para realizar actividades extraescolares porque siente que se interponen con su régimen de visitas y hasta la asistencia médica que les proveo. Siempre va a estar en desacuerdo porque no aceptó nunca la decisión de que me fuera de su lado" (fs. 1055 vta.).

En efecto, afirma que "La Sra Presidente de la Excma. Cámara pudo comprobar el día de la maratónica audiencia del día 30-3-16, el nivel de desacuerdo que existe entre las partes, por lo que no es posible acordar un plan de parentalidad. Por ejemplo, no fue posible acordar el lugar de retiro y restitución de los niños, pese a que se viene realizando en la escuela de los niños y que así lo estableció la sentencia de primera instancia, porque el Sr. G. propuso hacerlo frente

al Destacamento de Policía. Lo absurdo de la cuestión (le recuerdo a VE que estamos hablando de una localidad de 1800 habitantes que cuenta con un solo Jardín de Infantes, una sola escuela.., una sola iglesia) es que el lugar que propuso dista a 50 mts. lineales del lugar establecido, que no hace diferencia" (fs. 1056 vta.).

En el mismo sentido, señala que "resulta particularmente ilustrativa la presentación de la apoderada del Sr. G., Dra R., de fs. 539/42 informa que S. comenzó tratamiento psicológico en Buenos Aires, al que la lleva su padre: si bien la profesional, como lo desarrollaremos en el apartado siguiente, ha indicado tratamiento semanal, lo cierto es que el Sr. G. sólo puede llevarla los días en que la niña esta con el por disposición del Juzgado, es decir, cada quince días. En el párrafo anterior menciona que recorre 1320 km por mes para ver sus hijos y debe, aún cuando las visitas caen en semana largo y el feriado es el lunes, devolverlos el día domingo. En realidad, por Ruta Nacional 33 son 156 km de T. L. a B., ocho viajes por mes son 1248 km. Pero para llevar a la niña a la psicóloga a la Cuidad de Buenos Aires tiene 453 km., dos viajes mensuales son 1812 km. Un 45% más de km. para llevarla a la psicóloga de los que hace para ver a los niños: los niños viajan con su padre 624 km para ir a T. L. y 1812 km para ir a ver a la psicóloga. En total 2436 km cuando están con su padre. Aclaro que la Sra. D. vive a 5 km. de B. y los niños están acostumbrados a viajar y andar en la ruta. Pero de todos modos es irrazonable la actitud paterna de llevar a la niña a una psicóloga en C.A.B.A. cuando hay otras en T. L. o G. V. Esta es una de las cuestiones graves vinculadas a los niños que ameritan la revocación de la sentencia impugnada".

Por otra parte, alega que "El fallo tampoco tiene en cuenta los períodos que el padre se ausenta por razones laborales. De acuerdo a las constancias de la causa, de uno a tres meses en el año suele viajar al exterior a jugar al polo (...). Durante esos largos períodos que se repiten año a año los niños están bajo mi cuidado exclusivamente" (fs. 1055).

Al respecto también señala que "Nunca medió un acto mío de impedimento de contacto y me comprometo a continuar facilitándolo

como lo hice siempre. Nuestros hijos cuentan con ambos padres. La sentencia de primera instancia señala con precisión los inconvenientes que se presentan en el caso: el lugar de residencia del padre y la ocupación. Con el régimen actual se mantuvo una fluida comunicación con el padre no conviviente. La sentencia de primera instancia resuelve teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, en tanto la sentencia revisora se funda en un precepto jurídico, como si se tratara de resolver una cuestión de puro derecho" (fs. 1056 vta.).

Asimismo se agravia por la errónea aplicación de los artículos 642 y 656 del CCyC en cuanto señala que "no se trata de un entorpecimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino de establecer una modalidad de cuidado personal más beneficiosa para el interés de los niños….A modo de ejemplo, es totalmente irracional que viviendo en B., cumpliendo el régimen comunicacional en T. L., la asista a S. una psicóloga de Buenos Aires. Esta es una conducta concreta del progenitor que lesiona el bienestar de los niños en los términos del art. 656 CCyC. También lo lesiona cuando los lleva a sacar sangre para confirmar un diagnóstico, en lugar de hablar con su pediatra de cabecera y organizar los estudios y análisis en el lugar correspondiente al de su centro de vida. Los llevó a otra odontóloga para confirmar lo que le dijo la madre y la profesional le sacó una placa. Si cada uno le va a sacar una placa, sangre, estamos exponiendo gravemente a nuestros hijos a riesgos ciertos, no presuntos. Por esto pido el cuidado personal. El desacuerdo lamentablemente va a continuar, y no podemos estar todo el tiempo supeditados a lo que resuelva del juez. Lo decidido en primera instancia es lo más práctico para la familia, porque son 7 años y medio de juicio, es agotador para cualquier núcleo familiar vivir en constantes desacuerdos y cuestionamientos. Si hoy nos encontramos en esta instancia procesal es porque mi parte instó el dictado de las sentencias, tanto en primera instancia como en segunda instancia. Sino aún estaríamos discutiendo desacuerdo tras descuerdo.- Tenga presente VE que durante tres años seguidos se habilitó la feria de enero por cuestiones en las que nunca estuvo perjudicado el interés superior de los niños a mantener un vínculo fluido con su progenitor" (fs. 1056 vta.).

Sobre este punto también destaca que no es lo mismo litigar para el padre que para la quejosa "El Sr. G. es abogado, hijo de un camarista laboral de la Provincia de Mendoza, está acostumbrado a los avatares de la Justicia. Yo, en cambio, vivo a 156 km. del Juzgado, los jueces de mis causas no son los que corresponden según el centro de vida de los niños. Mi letrada vive a 110 km. del juzgado y hemos tenido que contestar traslados por 24/48 hs un verdadero sin sentido" (fs. 1057 vta.).

Por otra parte se agravia por "la errónea aplicación del art. 384 del CPCC ya que demasiadas probanzas existen en autos para dar cuenta de que el cuidado personal compartido indistinto es perjudicial para los niños. El fallo se apoya en la pericia del Lic. N. su fundamentación probatoria es muy escasa ante la profusa producción de prueba. También me agravia la errónea aplicación del art. 476 Código Procesal Civil y Comercial. Señalo que la pericia de fs. 634/4 elaborada por la Lic. G. también es fundamental para resolver estos autos. Y también lo es la pericia socioambiental de fs 770/7 y fs 778/92 de la Trabajadora Social P., que brindó elementos importantísimos para establecer el cuidado que reciben los niños en su hogar, las diferentes concepciones de los progenitores y sus enormes diferencias. En su momento –equivocadamente– me opuse a esta pericia y su relectura me aportó gran claridad sobre la cuestión" (fs. 1055 vta.).

Por último se queja por considerar que el Sr. G. no es un padre que cumpla acabadamente con sus obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, en tanto ni siquiera cumple con la cuota alimentaria establecida en el fallo de la Cámara (cuya revisión se encuentra pendiente de tratamiento ante la Suprema Corte de la Provincia)" (fs. 1057 vta.).

III. En mi opinión el remedio no debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que "la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246,

sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648, sent. del 9-5-1989- en "Acuerdos y Sentencias", 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)" (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, no ha sido denunciado ni demostrado.

Sabido es que tal circunstancia conlleva sin más la insuficiencia del remedio bajo examen, sin embargo, en atención a la naturaleza de los intereses en juego, considero preciso ingresar al análisis de la queja de la progenitora contra la decisión que reconoce el cuidado personal compartido de los niños bajo la modalidad indistinta por considerar que el ejercicio del cuidado personal unilateral a su cargo es la solución que mejor satisface el interés superior de los niños.

Al respecto, resulta sabido que el Código Civil y Comercial establece, como regla, el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta, y define al cuidado personal como "el conjunto de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo" (arts. 648, 650, 651 y 658 C. C. y C.).

Sin embargo, de la lectura de los agravios traídos se desprende que la quejosa impugna el decisorio por considerar que en autos corresponde apartarse de la regla legal que establece como prioridad la fijación de un régimen de cuidado personal compartido indistinto (art. 651 C. C. y C.) en virtud de considerar que, en el caso, la conveniencia de preservar el statu quo así como la existencia de constantes desacuerdos con el progenitor respecto de la toma de decisiones sobre la vida cotidiana de los niños justifican la necesidad de establecer el cuidado personal unilateral de los niños a favor de la progenitora por resultar ésta la solución que mejor satisface el interés superior de los niños.

En mi opinión, estos agravios tampoco pueden prosperar.

i. En primer lugar, considero que la queja articulada respecto de la inconveniencia de "alterar" la residencia de los niños junto a su

progenitora, deviene abstracta, en tanto el cuidado compartido bajo la modalidad indistinta no implica, como lo expresa la sentencia impugnada, desconocer la permanencia de los niños junto a su progenitora de manera principal –como viene aconteciendo hasta ahora– (fs. 1027).

Pues, si bien no resulta posible desconocer las confusiones ocasionadas por la terminología utilizada en las disposiciones relativas con el cuidado personal de los hijos, ello no debe conducirnos al yerro de equiparar al "cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta" con la derogada figura de la "tenencia compartida".

Al respecto, se ha señalado que "El Código Civil y Comercial ha tenido el gran mérito de sustituir denominaciones perimidas y no acordes con los tiempos actuales, tales como eliminar el viejo empleo de las palabras 'tenencia' y 'régimen de visitas'. Sin embargo, en la materia que nos estamos ocupando, el nuevo Código ha acudido a otros giros idiomáticos que no son del todo precisos, algunos bastantes confusos, que podrían ser objeto de una mala interpretación. Por de pronto, y como lo dicen con corrección los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar a la normativa vigente, la expresión 'cuidado personal' vino a sustituir a la palabra 'tenencia'. No obstante, la apuntada situación —esto es, la identificación entre el 'cuidado personal' y la 'tenencia'—no aparecería del todo clara en el articulado del Código dado que, en puridad, un padre podría cuidar personalmente a su hijo sin residir, alojarse ni convivir con él. Complica todavía más la cuestión, y ratifica lo que acabamos de decir, la redacción del art. 648 del mencionado cuerpo legal, en tanto dice que 'Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo'. Es que para nada se alude aquí a un dato fundamental, cual es que ese progenitor —para que tenga cabida el 'cuidado personal'— tiene necesariamente que convivir con su hijo; tal como se interpretaba cuando se utilizaba el vocablo 'tenencia'." (Mizrahi, Mauricio, "Código Civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", La Ley, DF y P, 10 de mayo de 2017, AR/DOC/983/2017).

En rigor, el Código reconoce dos modalidades de cuidado personal compartido: la alternada – que supone que el niño resida con ambos progenitores de manera 'equitativa'– y la indistinta que supone reconocer la convivencia del hijo con uno de los progenitores de manera principal y con el otro, por ende, de manera secundaria, sin perjuicio de que ambos compartan las decisiones vinculadas con la vida cotidiana de los hijos. (Mizrahi, Mauricio, op. cit).

En esta línea se enrola la decisión impugnada al sostener que "En la especie, S. y P. –quienes cuentan con 9 y 7 años de edad según fs. 7/8–, por manera que es dable presumir que cuentan con el gardo de madurez suficiente para que su opinión sea tenida en cuenta, arts. 12 Convención citada, 26 tercer párrafo y 639 Código Civil y Comercial, han manifestado a fs. 960/ vta. que desean continuar como hasta ahora, es decir, residiendo de manera principal con su mamá aunque mateniendo el régimen de comunicación quincenal con su papá… De suerte que, no encontrando en la causa motivos que impongan apartarse de la regla general del artículo 651 del Código Civil y Comercial sobre un cuidado compartido de modalidad indistinta, regla que –como se dijo – es también la querida por S. y P. G., estimo que debe hacerse lugar a la apelación de fs 909, estableciendo un régimen cuidado personal compartido indistinto a cargo de M. D. y P. J. G.. sobre sus hijos P. y S.. En ese camino, puede observarse en la más reciente pericia psicológica llevada a cabo por el licenciado J. E. N., con fecha 1 de julio de este año (fs. 998/9 vta.) que no existen indicadores para habilitar un sistema distinto al propuesto supra, pues se denota en M. D. que presenta un vínculo materno filial de orden afectivo con sus hijos mientras que en P. J. G. no se advierten elementos de desafectivización; a su vez, se aprecia en S. que mantiene vínculo afectivo con ambos padres y en P. pudo observarse un buen vínculo tanto con su padre como con su madre.." (fs. 1027 vta. y 1028).

Dicho ello, entiendo que yerra la quejosa en cuanto señala que la sentencia impugnada supone contradecir sus propios fundamentos en cuanto señala "que no existen razones que justifiquen modificar el *statu*

quo" según el cual los niños se encontraban bajo el cuidado unilateral de su progenitora. Pues, en rigor, la sentencia impugnada supone, en los hechos, ratificar la permanencia de los niños de manera principal junto a su progenitora –como lo vienen haciendo a esta ahora–, sin perjuicio de reconocer como principio general una regla *inclusiva y paritaria* respecto de la toma de decisiones sobre la vida cotidiana de los niños, como se desprende del ejercicio de la responsabilidad parental compartida, convivan o no los progenitores. (Mizrahi, Mauricio, *Responsabilidad Parental*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 251).

En definitiva, las nueva disposiciones invocadas en la sentencia impugnada vedan la posibilidad de identificar el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta con la derogada figura de la "tenencia compartida" – como interpreta la quejosa–. Pues, en rigor, en lo atinente a la cuestión de la convivencia, podríamos decir que el cuidado compartido bajo la modalidad indistinta podría equipararse, en todo caso, a la derogada "tenencia unilateral" en cuanto implica una residencia principal y otra secundaria más allá de que, como señalamos, no resulta posible equiparar ambas figuras en lo relativo al modo en que deben tomarse las decisiones respecto de la vida cotidiana de los hijos.

En virtud de ello, entiendo que el primero de los agravios traídos por la recurrente respecto de la decisión de la Cámara de apartarse del *statu quo* que implica la permanencia de los niños en la residencia materna y desconocer los elementos de juicio que dan cuenta de que –en virtud de la distancia que media entre las residencias de ambos padres (150 km) y la ocupación del Sr. G. –cría de caballos de polo– (en virtud de la cuál debe efectuar viajes y traslados periódicos, incluso en el extranjero –fs 33, 204, 419 y ccs.–), la residencia materna es la opción que mejor satisface el bienestar de los niños no puede prosperar toda vez que, en rigor, de los términos de la sentencia impugnada, surge que los niños permanecerán residiendo en el hogar materno.

ii. En segundo término, también considero que corresponde desestimar los agravios vinculados con las dificultades evidencia-

das por las partes para la toma de decisiones respecto de la vida cotidiana de los hijos (vgr. día, horario y lugar de retiro y reintegro de los niños, atención de la salud, concurrencia a la psicóloga, etc.) como fundamento para solicitar el establecimiento del cuidado personal unilateral a favor de la progenitora.

Pues, como vimos, el legislador ha partido del presupuesto de asumir el cuidado personal compartido como la opción que mejor satisface los derechos de los hijos, sea que sus progenitores convivan o no. Con carácter excepcional, por acuerdo de los progenitores o por decisión judicial, reserva la posibilidad de establecer en interés de los hijos un régimen de cuidado personal unilateral o el establecimiento de otras modalidades En concordancia con ello, también parte de la presunción de asumir que los actos de uno cuentan con la conformidad del otro – con excepción de los supuestos del artículo 645 –, convivan o no los progenitores, más allá de del derecho de oposición *extrajudicial* que, como consecuencia del ejercicio de la responsabilidad parental compartida, le es reconocido a ambos progenitores. (art. 641, incs. a y b, CCyC).

Concretamente la cuestión traída a revisión vinculada con la existencia de constantes y repetidos desacuerdos entre los progenitores se encuentra específicamente prevista en el artículo 642 del Código Civil y Comercial (art 264 ter del Código Civil y derogado). Al respecto, el Código establece un mecanismo especial en virtud del cual cualquiera de los progenitores puede solicitar la intervención del juez a los efectos de que haga uso de las facultades allí previstas tendientes a proporcionar condiciones para que las partes puedan alcanzar, preferentemente mediante la *autocomposición*, el desarrollo de una plan de parentalidad que contemple las necesidades de sus hijos incluso contando con instancias de mediación y apoyo interdisciplinario (arts. 642 y 655 CCyC y ccs., ver Mizrahi, M., *La responsabilidad parental*, op. cit., p. 279). Es decir, ante la situación acreditada en autos de constantes desacuerdos, la citada norma autoriza a las partes a solicitar la intervención judicial, la cuál –en ejercicio de las amplias facultades reconocidas, entre las que se menciona la facultad de atribuir de manera unilateral el cuidado personal – deberá procurar dirimir,

en virtud de las circunstancias del caso, los desacuerdos o los obstáculos que entorpezcan el desenvolvimiento del ejercicio de la responsabilidad parental.

Al respecto, en particular relación con los actos que quedan comprendidos por el mecanismo previsto en el artículo 642 y la determinación de las facultades del juez, la doctrina ha señalado que "...creemos que comprende –con total amplitud– cualquier acto relativo al desenvolvimiento de la vida de los hijos, como podría ser la elección del establecimiento escolar al que han de concurrir, si se les imparte o no educación religiosa, sus tratamientos clínicos, intervenciones quirúrgicas que se aconseja practicarles, traslados dentro del interior del país, el tipo de instrucción que han de recibir, sus vacaciones y esparcimientos, etc. Así las cosas, sólo quedarán excluídos los supuestos previstos en el artículo 645 del Código Civil y Comercial... El límite de las facultades judiciales es que no pueden superar los dos años, lo que se entiende razonable y ello porque en ese período los padres pudieron haber hallado el camino para resolver sus diferencias o, tal vez, variaron las circunstancias tenidas en mira cuando se decidió la cuestión, mutación que podría aconsejar realizar una distribución distintas de las funciones atribuidas. No obstante, no se descarta que el juez resuelva el punto no atado al transcurso de un plazo cronológico (por ejemplo, uno o dos años) sino vinculado a un determinado acontecimiento..." (Mizrahi, *Responsabilidad parental*, p. 277).

Más concretamente se afirmó que "En el sentido expresado es un error interpretar –como se ha hecho al analizar el art. 264 ter del Cód. Civ. anterior– que el artículo regula una *sanción* que se concreta en la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental o de determinadas funciones que a dicho ejercicio incumben. Pensamos que la única finalidad de esta preceptiva es la conveniencia del niño, y debe ser el norte que tiene que guiar la decisión judicial, más allá de que medie una conducta obstruccionista de alguno de los progenitores que, a todo evento, podrá ser objeto de una sanción distinta" (Mizrahi M., *Responsabilidad parental*, op.cit., p 271).

Ello resulta conteste con lo expresado por el Máximo Tribunal de la Nación en relación con la determinación del principio del interés superior del niño en esta clase de conflictos, al afirmar que "Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (....) Entonces, la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente, los jueces –en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico– 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. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines..." (conf. CSJN, Fallos 331:941, sentencia del 29 de abril de 2008).

En autos, a pesar del excesivo del tiempo consumido en el trámite del presente conflicto (7 años y medio, fs. 10) y de las manifestaciones vertidas a fs 615/6, 794, 796 y vta., 806/7, 808/9 y ccs, no han sido agotadas las facultades judiciales ni las medidas de intervención previstas en el derogado artículo 264 *ter* ni en el actual 642 *in fine*. Muestra de ello resulta lo

dispuesto por la propia Cámara departamental en la sentencia impugnada al encomendar a "M. D. y P. J. G. a que, en lo posible, mantenga un relación que preserve a los niños de los conflictos que aparezcan entre ellos, evitando exponerlos a entornos que pudieran ser perjudiciales para la integridad psíquica y emocional de ellos. Así como confiarles arbitrar la mayor flexibilidad que posibilite acuerdos que allanen las dificultades que pueda presentar la relación, a modo de autocomponer cuestiones, deponiendo posturas cuya rigidez conduzca el caso a nuevas intervenciones judiciales, donde cobrarían vigencia las facultades judiciales enunciadas en el artículo 642, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial" (fs. 1029).

En virtud de ello, entiendo que resulta prematuro atender a los agravios planteados en esta instancia respecto de los desacuerdos manifestados por la actora, toda vez que éstos no han merecido adecuado tratamiento por parte de la jurisdicción de grado.

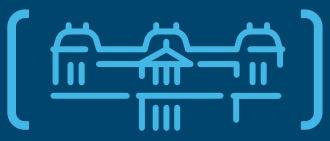
Por ello, en virtud de entender que la decisión judicial de otorgar la cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta encuentra razonable fundamento en los elementos de la causa, en especial si se considera que el cuidado personal unilateral se encuentra previsto para situaciones excepcionales, que – salvo que exista acuerdo de ambos padres– deberán ser evaluadas discrecionalmente por el juez a los fines de valorar en concreto la solución que mejor satisfaga la conveniencia de los niños, considero preciso propiciar a V.E. se rechace el remedio examinado que dejo examinado por no encontrarse acreditadas las violaciones alegadas.

La Plata, 1 de junio de 2017.

DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA

Subprocurador General ante la Suprema Corte

de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.539

“P., B. E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias”, fecha: 10-05-2017

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

C 121.539 "P., B. E. G. c/ B., K. E. s/medidas precautorias"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate Campana con fecha veintisiete de diciembre de 2017 rechazó los numerosos recursos de apelación planteados por el progenitor de los niños (fs. 202/8 y 704/9), por el adolescente F. P., B. (fs. 202/19, 754/5 y 772/7) y por la Asesora de Incapaces (fs. 529/42) contra: (1) la resolución de fs. 142/9 y vta. que ordenó el reintegro de los niños a su progenitora, conjuntamente con medidas especiales destinadas a garantizar el tratamiento psicológico de todo el grupo familiar (fs 142/9 con fecha 29 de diciembre de 2015); (2) contra la resolución de fs 509/9bis que, con fecha 25 de febrero de 2016, ordenó al Sr. P., B. a que proceda a la inscripción de sus hijos en el Colegio " ....." de ... y haga efectivo el traslado de los niños a dicha institución diariamente; (3) contra la resolución de fs 691/3 que, con fecha 5 de septiembre de 2016, dispuso el inmediato inicio de una terapia de revinculación entre los menores y su madre a realizarse con la intervención de un perito psicólogo a desasincular de la lista del organismo de control –con la debida colaboración del progenitor–, el rechazo de la solicitud de designación de un abogado del niño para los menores F. y M. y la ratificación del abogado D. M. como letrado del menor F.; y (4) por último, contra lo decidido a fs 767 vta., con fecha 17 de octubre de 2016, respecto del rechazo de los planteos de incompetencia y recusación formulados por el adolescente

Asimismo hizo lugar parcialmente al remedio planteado por la progenitora a fs. 720 respecto de la designación del letrado patrocinante Dr. M. como abogado del niño F. (13 años de edad edad), (fs. 799/815).

Contra dicho resolutorio se alza el sr. progenitor de los niños, Sr. P., B., como abogado en causa propia a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs. 906/32.

II. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

El quejoso denuncia violación de los artículos 18 de la Constitución Nacional; 15, 168 y 171 de la Constitución Provincial, 702 inc. d), 703, 704, 706 inc. a), b) y c), 707, 710 y 716 del Código Civil y Comercial de la Nación; los derechos reconocidos en la ley nacional sobre protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (26.061) y en las leyes nro. 24.417 y su par provincial 14.509 sobre protección contra la violencia familiar; de la doctrina legal de esa Corte relativa a la aplicación del interés superior del niño, en especial, aquella vinculada con el centro de vida de éste y con su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba.

Más concretamente, y con el objeto de sistematizar el extenso y puntilloso desarrollo de los agravios traídos, me permito reunir las quejas traídas al amparo de las denuncias sobre absurda valoración de la prueba, de la vulneración del principio del interés superior del niño y de la garantía del debido proceso legal, de la siguiente manera: (i) la omisión del tratamiento de las denuncia de violencia familiar formulada por el hijo F. contra su madre (fs 913 y vta. y 914); (ii) la vulneración de los principios procesales de bilateralidad e incongruencia al resolver la cuestión sin sustanciación previa (fs.931 y vta. y ccs.); (iii) el incumplimiento del mandato que establece la obligación de tomar en cuenta la opinión de sus hijos de 8 ,9 y 13 años de edad de conformidad con la garantía constitucional que exige que los niños sean oídos y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta de acuerdo con su edad y grado y de madurez- capacidad progresiva- (fs. 908 vta. y 909, 910); (iv) el desconocimiento del derecho de los niños y adolescente a contar con

asistencia letrada al revocarse la designación del abogado del niño F. (fs. 927 y vta.); y por último, (v) la vulneración del concepto de centro de vida como parte integrante del principio del interés superior del niño (fs. 918/20 y ccs.).

(i) En primer lugar sostiene que "...la sentencia en crisis no se encuentra debidamente fundada, a tal punto se advertirá que respecto del objeto principal de estas actuaciones, es decir la denuncia de violencia familiar, y luego de mencionar algunas de las manifestaciones de F. en su denuncia de violencia, el fallo dice "más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismo no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrada la cuestión en el supuesto del artículo 272 del CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva." (fs. 917).

En igual sentido, afirma que "la sentencia recurrida rechaza mi agravio respecto del reintegro inmediato de los niños al domicilio materno en función de la existencia de acuerdos homologados sobre tenencia y régimen de visitas. Aquí vemos como el no haber tratado la violencia denunciada lleva a que la decisión tomada por la Excma. Cámara resulte absolutamente arbitraria y contradictoria. Ello, ya que no ordena el reintegro inmediato en virtud de no estar dadas las condiciones, pero rechaza mi agravio al respecto, careciendo de sentido dicho análisis, las cosas pueden ser o no ser, pero no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Nótese que no esta fundado el por qué los niños no pueden ser restituidos en forma inmediata, a excepción de la denuncia de violencia que si bien no la trataron, fue calificada como grave por la propia Cámara" (fs. 922 vta.).

A ello agrega que "la resolución es arbitraria porque sobre un mismo tema resuelve en forma dispar para las partes, por un lado descalifica el informe pericial psicológico de la experta que ha evaluado a los

menores por iguales motivos que podría según su entender descalificar a los profesionales que han brindado informes de la Sra B., nada más arbitrario, ofensivo y gravoso, ello es, resolver en forma dispar en beneficio de una parte en disvalor de la otra ante una misma situación dada. La defensa en juicio fue afectada habida cuenta de que no solo se dictó una medida distinta a la peticionada por el actor sino que no se resolvió el fondo de la cuestión planteada por el propio demandante aún considerándose la gravedad del tema traído a la jurisdicción (violencia ejercida contra los menores). En este estado de cosas, se alcanza a percibir que la alzada incurrió en un exceso ritual manifiesto y omitió sentenciar sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción frustrando el derecho federal invocado" (fs. 930).

En sustento de su queja, destaca que "el equipo técnico del juzgado de familia, como la psicóloga de la Asesoría de Incapaces y la propia Asesora de Incapaces dieron sustento a las denuncias de los niños." (fs. 917 y vta.).

Concretamente afirma que lo que "…debió haber resuelto la Excma. Cámara de Apelaciones es haber devuelto los autos a primera instancia a efectos de que se sustancia la denuncia de violencia familiar y se produzcan las pruebas pertinentes. De ninguna manera podría resolver desoyendo el objeto principal de estos actuados la violencia. Entonces, esta parte se pregunta en virtud de qué resuelve el resto de las cuestiones, es decir, si el proceso comienza con una denuncia de violencia familiar y una reconvención, y la violencia no es tratada ni sustanciada, a qué se debe la revinculación, ¿por qué no se ordena el reintegro?, en virtud de qué se expide sobre el centro de vida, si es que los niños hace casi un año y medio viven en Buenos Aires y concurren al Colegio ….. y tienen su redes de contención Buenos Aires, por qué se dice que actué de hecho si no se ha sustanciado la violencia, nunca se pudo demostrar con las pruebas que requiere el Tribunal, ya que a los niños aparentemente no les cree, que en realidad mi accionar fue justificado en su protección, ajustado a derecho y, es

más, quien inició el expediente tanto en Capital Federal como en Campana fue el suscripto. Como vemos, son cuestiones imposibles de resolver si no se trata la causa de todo esto, niños que denuncia haber vivido graves, reiterados, y sostenidos hechos de violencia por parte de su madre. Ello trae aparejada la cuestión de la competencia, toda vez que el juez que debe intervenir en la problemática denunciada por los niños es el que tenga jurisdicción en el lugar de residencia de los niños, sin que aporte a su respecto si el mismo se produjo en forma legítima o no" (fs. 918 vta.).

Sobre este punto, puso de relieve que "Un día después de la presentación efectuada por F., es decir el 27 de enero de 2016, se diligenció en mi domicilio una orden de restitución por medio de oficiales de justica y con el auxilio de la fuerza pública, es decir, al otro día en que F. solicita ser protegido por la justicia de la provincia de buenos aires por la violencia de la que habían sido víctimas él y sus hermanos, se presentaron dos oficiales de justicia y alrededor de cinco policías intentando llevárselos por la fuerza, además de estar presente la madre de los niños y su letrado. Dicha medida fracasó por advertir los oficiales de justicia y los miembros de la policía federal, que los niños genuinamente se negaban a volver con su madre, en medio de un ataque de nervios, llantos y gritos de desesperación, más allá de la colaboración que el suscripta estaba prestando intentando calmar a los niños " (fs. 913 y vta.).

Por último puntualizó que "Ruego que se lea la petición de la Sra. B. en su presentación de fs. 628 punto IV de medidas requeridas. Si luego de dicha lectura no se prueba la violencia y el desinterés en el bienestar de nuestros hijos, es que no se vela por el derecho sino por el capricho de alguien que incita a la violencia, son solo para obligar a sus hijos que niegan estar conviviendo con la misma a que se los reintegre por la fuerza pública como así también solicitar que no se le comunique a la Asesora la medida a realizarse. Parece increíble que ello suceda en un expediente judicial que haya sido peticionado por una madre que asimismo es abogada, que el expediente sea de violencia denunciada en su contra y que además tengan acogida sus

pretensiones por el *a quo*. Todos y cada uno de los informes presentados por la Asesora de Menores que interviene en la causa han quedado en letra muerta, ello es, no se ha atendido a la auxiliar que debe velar por los intereses de los menores. Tampoco se la ha escuchado No sólo en interés de los menores no se ha escuchado a los mismos son también se ha pretendido y se pretende (ya que a la fecha tampoco han cambiado su voluntad) compelerlos a la fuerza a vivir un estilo de vida indeseado y actuar para con ellos a la fuerza cuando se encuentran bajo el cuidado de su padre, con su pariente afín, en un establecimiento escolar que hablar maravillas de ellos…" (fs. 929).

(ii) En segundo término se agravia por considerar la incongruencia del fallo apelado al sostener que "La sentencia recurrida, traspuso el ámbito de conocimiento que le es propio e ingresó arbitrariamente en un capítulo no propuesto por la parte accionante. Al hacerlo, conculcó, en definitiva, el principio capital de la incongruencia. De tal suerte, la actuación de la sala conlleva a un menoscabo a la garantía del debido proceso, con la consecuente afectación, de indiscutible gravedad. …El Tribunal de alzada decidió confirmar un pronunciamiento dictado en flagrante violación del principio de congruencia. En su escrito de inicio he manifestado hechos de violencia vividos por mis hijos, de modo que la sentencia con un inaceptable desvío conceptual de la atribución del *iura novit curia* resolvió otorgar una medida de restitución lo que ha importado una demasía decisoria que torna nulo el pronunciamiento y obliga a su invalidación incluso *ex officio*. Es decir, la incongruencia del fallo radica en seguir los lineamientos de la resolución dictada en primera instancia en función de la restitución inmediata de los niños al domicilio materno a la localidad de C., donde la lógica indicaba que los tratamientos psicológicos y su escolarización se realizaran en dicha jurisdicción, más no cuando se estableció en forma previa un proceso de revinculación progresivo reconociendo en forma expresa que la residencia actual de los niños es en la C. A. B. A., pero manteniendo los tratamientos psicológicos y la escolarización en la localidad de C.. Máxime cuando el interés

superior de los niños bajo dichas condiciones no se encuentra mínimamente respetado, dado que se los somete a un esfuerzo inhumano y privándolos de esta forma de una vida plena que comprenda el esparcimiento, la sociabilización, el descanso e incluso el tiempo para el estudio" (fs. 931 y vta.).

Puntualmente, pone de relieve que "...es dable observar, que en el andarivel elegido por el Tribunal apartándose del que se propusiera en la demanda como pretensión cautelar, resulta ostensible el quiebre del principio de bilateralidad y contradicción que, como es sabido, constituye el eco procesal de una manda constitucional que los jueces deben privilegiar. En el caso de autos se ha decidido derechamente como pretensión principal agotándose así el objeto del proceso, sin que la real parte actora que debe soportar las consecuencias de la decisión, haya tenido la más mínima oportunidad de ser oída en forma actual...Asimismo es agraviante la conversión *extra petita* de la medida cautelar peticionada por esta parte, sin previa resolución cierta del objeto principal, reitero, denuncia de violencia acontecida para con mis hijos menores de edad." (fs. 926 vta.).

En definitiva sostiene que, "En tales circunstancias se alcanza a vislumbrar sin hesitación alguna que la decisión de la Cámara no resulta válida, toda vez que ha producido una directa afectación del carácter contencioso del conflicto y ha comprometido la garantía constitucional de la defensa en juicio, así como el orden público que inspira todas las disposiciones que gobiernan el debido proceso legal... la privación del acceso a la tutela judicial efectiva no puede ser convalidada. La magnitud del vicio que en el caso se destaca, encuadra en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado a casos extremos como el de autos... El grave remedio procesal de anulación oficiosa en la instancia extraordinaria, corresponde, entonces, ante tal inusual supuesto de absoluta incompatibilidad con el debido proceso..., entiendo que corresponde declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado a partir de las peticiones de medidas formuladas por la Sra. Asesora de Incapaces de primera instancia de fecha 29

de diciembre de 2015, toda vez que fueron peticionadas a efectos de poder emitir su dictamen y que a la fecha aún o se han producido" (fs. 927 y vta.).

(iii) En tercer lugar, sostiene que "la decisión impugnada incurre en un perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía progresiva de los niños. La sentencia no valora debidamente los principios protegidos en la Constitución Nacional, al presumir *iure et de iure* que se genera un daño para los niños. La situación de los menores no ha sido evaluada por el Tribunal *a quo* a los fines de decidir en la forma en que lo hizo, en tanto omitió tener contacto personal actual con los niños conforme el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sostengo que el fallo no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartir a sus hijos cuidado y educación tal como lo dispone el art. 5to de la mencionada Convención, y ante la violencia ejercida por la madre y denunciada pos los niños me vi en la obligación de protegerlo, primero físicamente e inmediatamente poner en conocimiento a la Justicia de dicha situación. Mal puede decirse que actué de hecho y por fuera de la ley, menos aún en forma inconsulta, cuando fueron los propios niños los que pidieron no volver" (fs. 924 vta.).

Específicamente alega que si bien F., M. y F. han sido escuchados "...sus opiniones no fueron tenidas en cuenta, sino que, por el contrario han sido absolutamente desestimadas y devaluadas. La alusión a que los tres niños se encuentran tomados por las palabras del padre, que su opinión se encuentra absolutamente invalidada por una suerte de alienación con el discurso paterno, no es más que seguir sosteniendo las viejas prácticas que avalaban la teoría del niño fabulador...Es por ello que, ya hace años, distintos especialistas vienen tratando de desmontar estas supuestas teorías anticientíficas que terminan convirtiendo al derecho humano de los niños a ser oídos en meros actos formales. Lo escuchamos, nadie puede negarlo, pero no le creemos nada, no conmueven sus palabras, ni siquiera a riesgo de poner en peligro su integridad física, psíquica y espiritual" (fs. 920 vta.).

Por ello, alega que “las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. Y póngase atención a esta última definición caso por caso. Aquí se trata un adolescente de trece años, una niña de ocho y un niño de diez Nos preguntamos ¿se analizó el caso por caso o se invalidó la palabra de los tres en bloque?, ¿cuál es el fundamento para haber negado la más mínima verosimilitud a las palabras de cada uno de ellos?... La Cámara dice ‘..que ha oído a los niños en presencia de la Asesora de Menores, en los términos del art. 103 del CyC en cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que si bien han expresado una negativa a retomar la convivencia con su progenitora dejando a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con la misma, no es menos cierto que se advierte un encono con el rol materno que se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicitar tal cerrazón, dando lugar a considerar que la misma es en gran medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015’. Que se advierta encono con el rol materno y que el mismo se ‘presente llamativo’ y que de lugar a considerar que la misma tiene causa en el accionar del progenitor, no son más que inferencias que realiza el Tribunal y no parecen los términos más convincentes para fundar una sentencia. Más aun, teniendo en cuenta, además, que valoran por un lado que los hechos alegados por los niños no revisten entidad ni gravedad para explicitar sus opiniones cuando, por el otro, párrafos más arriba, a fs. 259 se afirma que ‘Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas’, entonces ¿los hechos denunciados por los niños, en particular por F. son de poca entidad o son graves?...la sentencia en crisis adolece de incongruencias, pero también esta teñida de prejuicios en relación a la capacidad de los niños de poder habar ,v es decir, opinar sobre aquellos que le acontece, sin necesidad que nadie les lave la cabeza” (fs. 922).

Por último, se agravia por considerar que se ha

omitido el deber de comunicar a los niños y explicar de qué modo sus opiniones han sido tenidas en cuenta (fs. 922 y vta.).

(iii.a) Por otra parte alega que se ha privado a los niños del derecho a contar con una defensa técnica especial. Al respecto sostiene que "…en el corto e incompleto trámite que se le imprimió en primera instancia previo al dictado de la sentencia, en ningún momento se le informó a los niños su derecho constitucional, recogido por la nacional 26061 y provincial 14568 a contar con patrocinio letrado, más allá de la defensa promiscua de la Asesoría de incapaces, pero, peor aún, pese al expreso pedido formulado por el suscripto, la Asesora de Incapaces y el propio F., como vemos, la Sra. Juez de primera instancia hizo oídos sordos a dicha solicitud, sin siquiera merituarlas, violando de esta forma el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y principalmente el interés superior del niño y demás principios rectores. Es decir, se dictó la sentencia de primera instancia sin sustanciarse la violencia denunciada, sin dictamen de la asesoría de incapaces departamental y sin nombrar abogado a ninguno de los niños, en especial, tampoco a F., quien expresamente lo había solicitado" (fs. 911).

Concretamente, entiende que "Se cubre el Tribunal aduciendo que se encuentran representados por el Ministerio Pupilar, sin embargo vemos que esto es contrario a la ley 14568 en cuanto a que dispone que los niños deberán tener letrado independientemente del patrocinio promiscuo de la Asesoría de Menores. No olvidemos que la Asesoría de Incapaces, solicitó previo a dictaminar se llevaran a cabo determinadas medidas periciales en protección de sus asistidas, petición que no fuera ni siquiera tenida en cuenta al momento de dictarse la sentencia de primera instancia y que tampoco fueron producidas previo al dictado de la sentencia de alzada" (fs. 923). Asimismo se agravia por las consideraciones vertidas por la alzada departamental respecto de la designación del Dr. M., como abogado del adolescente F. en cuanto señaló que dicha designación no resultaba adecuada a las exigencias legales y considera que, además, éste defendió los intereses

del progenitor, y no los del adolescente (fs. 923 vta. y 924).

(iv) Por último, el impugnante alega violación del concepto de centro de vida, como parte integrante del principio del interés superior del niño (fs. 918/9). En este aspecto, reitera sus agravios respecto de la omisión de considerar la opinión de los niños, quejándose, en particular, por las afirmaciones efectuadas respecto de que 'el discurso de los niños se encuentra alineado al de los adultos, sin que se les permita pensar autónomamente ni desear por ellos mismos' (fs. 910 vta.).

Sobre este el punto, expresa que "...más allá del accionar ilegítimo que se me achaca y que he venido negando sistemáticamente en cada presentación, explicando que la decisión tomada lo fue en protección de la integridad física y psíquica de mis hijos, no resulta posible concluir en que los niños posean un 'centro de vida' estable y permanente en C.... Mis hijos desde octubre de 2015 viven en la C. A. B. A., aquí concurren al colegio y han desarrollado amistades y afectos. ...Sin embargo, obligar a los chicos a concurrir al Colegio en C., a 80 km de donde hoy residen, a las 8.00 de la mañana para comenzar el retorno a las 17 hs, para arribar al hogar luego de una hs. y media de viaje al menos, luego de haber transcurrido la doble jornada escolar no solo implica levantarse contra su interés superior, sino que los somete a un sacrificio cotidiano que no tiene, a juicio de esta parte, ningún fundamento jurídico. En el mismo sentido se ha expedido la Sra. Asesora de Incapaces quien apeló la resolución que disponía que los niños concurrieran a dicho establecimiento diciendo que '...resultaba una sin razón que repercutirá en la integridad psico física de sus asistidos' (fs. 919 vta.). Concretamente, alega que la Excma. Cámara de Apelaciones resuelve que "...los niños viajen todos los días hasta la localidad de los C. Máxime cuando se advierte de la misma resolución que uno de los dos motivos que se da para que el proceso de revinculación, colegio y tratamiento psicológico sea llevado a cabo en Z. C. es la inmediatez con el juzgado, con lo que pareciera que prima la cercanía con el Tribunal por sobre el interés superior del niño, ya que viven en

Bs As. Independientemente de ello, no consta en autos informe alguno sobre el estado actual de los niños para enfrentar un proceso sin las pericias previas necesarias. Desde ya si hay algo seguro, es que su opinión no ha sido tenida en cuenta al resolver como lo hizo" (fs. 918).

A mayor abundamiento se agravia por el fragmento del decisorio que resuelve hacer cesar los tratamientos psicológicos que llevan a cabo los niños, "poniendo en riesgo su salud psíquica creando u impacto emocional disvaliosa, traumático, generando sentimientos de desamparo, inseguridad, pérdida de confianza y peor aún descreimiento en las leyes y en la justicia" (fs. 918).

III. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que "la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246, sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648, sent. del 9-5-1989- en 'Acuerdos y Sentencias', 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)" (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, considero configurado.

En efecto, resulta sabido que, de conformidad con la doctrina legal de esa Corte,"Para la configuración del absurdo, no es suficiente denunciarlo y exponer una interpretación o valoración propia, sino que hace falta demostrar fehacientemente que el procedimiento lógico-jurídico empleado por el juzgador resultó irrazonable y contradictorio, partiendo siempre de que el error en la apreciación de la prueba debe ser palmario y grave, de modo que lleve a conclusiones contradictorias, inconciliables con las constancias objetivas de la causa" (SCBA, A70.986, sentencia del 28 de diciembre de 2016, entre muchas otras).

Al respecto ha sostenido Augusto Morello que "la configuración del absurdo no es rigurosamente un vicio de actividad, sino el

resultado de esa actividad en la sentencia, en el área de la prueba. El sentido de ella es el que a su vez acuerda significación jurídica y define la dirección del fallo. Por la valoración errónea los hechos –admitidos o probados– no son respetados y este defecto repercute frontalmente en la derivada tarea de la aplicación de la ley. El vicio de esa motivación desborda el error de actividad y se encasilla en los de la decisión (juzgamiento)" (Morello, Augusto, *Los recursos extraordinarios y la eficacia de proceso*, v. 2, p. 559 citado en Hitters Juan Carlos, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da ed., La Plata, Edit. Platense, 1998, p. 464).

Siguiendo tales pautas, adelanto mi opinión según la cuál la sentencia impugnada adolece del vicio de *incongruencia*, al arribar a soluciones incompatibles entre sí e incurre en el vicio de *falta de motivación* al omitir brindar adecuado tratamiento a las graves cuestiones sometidas a su revisión, especialmente en el contexto de elevada conflictividad en el que se enmarcan las quejas planteadas por cada una de las partes involucradas.

Adviértase que, en rigor, al rechazar los agravios planteados en la totalidad de los remedios analizados –con excepción del rechazo parcial que mereció el recurso planteado por la progenitora–, se confirmó la decisión de fs. 142/9 y vta., (29 de diciembre de 2015) que, en lo sustancial, dispuso el reintegro de los niños a su madre y, al mismo tiempo, se confirmaron las decisiones de 509/9bis y 691/3 (25 de febrero de 2016 y 5 de septiembre de 2016 respectivamente) que ordenaron el traslado diario de los niños a la Localidad de los C. a los fines de concurrir a la escuela y la habilitación de un dispositivo de revinculación con su madre –lo que supone, y precisamente allí radica la incongruencia, ratificar la permanencia de los niños junto a su progenitor–. En otras palabras, tal como sostiene el recurrente en su remedio, no surge con claridad de los términos de la decisión impugnada si ésta ordena el inmediato reintegro de los niños a su progenitora (como fuera decidido a fs. 142/9 y vta.), o si, en cambio, dispone el mantenimiento de la guarda de los niños en cabeza del progenitor, al decretar el traslado diario de los niños a L. C. con el objeto de asistir a la escuela, y la revinculación con su madre con intervención terapéutica especializada.

Por otra parte, la ausencia de motivación suficiente se expresa a través de la omisión del tratamiento de las cuestiones esenciales llevadas a conocimiento del órgano revisor, a través de los múltiples remedios articulados, entre los que cabe destacar: a) la férrea y reiterada oposición de los niños a regresar junto a su madre, a pesar de la orden de reintegro dispuesta a fs. 142/9 vta.; b) la oposición de los niños a vincularse con su madre (ver fs. 551/2, 637/641 y ccs.); c) los hechos de violencia denunciados por los niños contra ésta (fs. 209/19 vta.); d) el riesgo alegado por el padre y por la Sra. Asesora respecto los niños en virtud de las decisiones que, ante la imposibilidad de efectivizar la ejecución de la medida de reintegro de los niños al hogar materno en la localidad de C. (fs. 164, 254/7, 313/6, 519, 529/42 y ccs.), dispusieron el traslado diario de los mismos a aquella localidad a los fines de concurrir a terapia y de asistir al colegio.

Pues, adviértase, en primer lugar, que de la lectura del decisorio impugnado surge que prácticamente la totalidad de los agravios considerados por el tribunal fueron desestimados por razones de índole eminentemente formal desconectadas de la urgencia y gravedad de los hechos sometidos a revisión, vulnerando a las claras los principios generales que gobiernan los procesos de familia, en especial, los principios de la tutela judicial efectiva, del interés superior del niño, de apoyo interdisciplinario y de oficiosidad (arts. 706, 707, 709, 710 y ccs. Cód. Civ. y Com.).

Más concretamente, una lectura detallada del pronunciamiento en crisis evidencia que, en aquellos tramos en que la argumentación se enderezó al tratamiento de los agravios desde una perspectiva de derecho de fondo, las razones desplegadas se redujeron a replicar los términos en que fuera oportunamente resuelta la cuestión vinculada con la determinación del centro de vida de los niños, cuya decisión se encuentra firme y consentida. (Sent. Sala B, Cám. Nac. Civ. fs. 2/8 -13 de noviembre de 2015-).

Agrava lo expuesto la circunstancia de que, en oportunidad de ingresar al análisis del agravio vinculado con la violencia denunciada por F. contra su madre, la alzada concluyó que "Más allá de la gravedad de los hechos narrados por F. los mismos no dejan de ser manifestaciones unilaterales que no se encuentran acreditadas, además, no han sido expuestas a la decisión de la jueza de primera instancia, por lo que no han podido ser sustanciados. Hallándose comprometidos los principios de bilateralidad y debido proceso y encuadrando la cuestión en el supuesto del art. 272 CPCC, el Tribunal no procederá a abordar el agravio en cuestión en esta vía recursiva" (fs. 807).

Ello pues, no caben dudas que tal conclusión no sólo resulta inconciliable con las constancias de la causa (ver fs. 209/20, 221/3, 224, 235, 320/7, 364 y ccs.), sino que vulnera la totalidad de normas específicas – incluso la doctrina legal de esa Corte – que obligan a los jueces a adoptar medidas urgentes para asegurar la protección contra cualquier forma de violencia familiar, especialmente, como en el caso, cuando se trata de personas menores de edad (Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General del Comité de Derechos del Niño nro. 13/2009 sobre el Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, leyes 24779 y 14509 sobre protección contra la violencia familiar y ccs.). Es decir, más allá de la inoportunidad procesal destacada por la alzada respecto de las manifestaciones vertidas, si éstas expresan situaciones graves y urgentes, corresponde al juez adoptar medidas adecuadas, e incluso, ante la ausencia de elementos de prueba acreditados, ordenar la realización de pruebas oficiosamente a los fines de contar con los elementos necesarios para poder adoptar las medidas precautorias adecuadas (art. 709, CCyC) .

En autos, se omitió adoptar las medidas de prueba indispensables para valorar rigurosamente los efectos y eventuales riesgos que

pudieran implicar las decisiones a adoptar respecto de la vida de estos niños.

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que "La única medida dispuesta por el Tribunal fue la comparecencia del grupo familiar (fs. 11) cuando la legislación especial aplicable -ley de violencia familiar- determina amplias facultades para sustanciar pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos, cuya realización resulta indispensable como paso previo a determinar la medida protectoria adecuada, máxime que, por la propia naturaleza del problema, necesita del impulso de oficio y de una justicia de acompañamiento. En virtud de lo expresado, considero que el **'a quo'** no brindó un contexto resguardador de los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias desfavorables de especial vulnerabilidad, por hallarse afectados por cuestiones de violencia familiar. En tales condiciones se privó al denunciante y a su grupo familiar del acceso a la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la Constitución nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Por lo demás, tampoco se cumplió con el mandato constitucional de garantizar el acceso a la jurisdicción, en condiciones de igualdad; garantía que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ...La magnitud del vicio apuntado se enraíza en el marco excepcionalísimo que conforma la invalidez de oficio, prerrogativa que este Tribunal ha reservado para casos extremos (véase Morello, 'La anulación de oficio de las sentencias', en 'La casación. Un modelo intermedio eficiente', ed. Platense, 1993, p. 379 y sgtes.)", (SCBA, del voto del dr. De Lázzari en causa C99204, sentencia del 20 de septiembre de 2006).

Puntualmente, se ha afirmado que "Lo único que se le prohíbe al juez en la ley 12.569 es no hacer nada. Quedarse impasible frente a la violencia, cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas tan vulnerables como las que sufren agresiones, máxime, cuando estamos hablando de menores. De lo contrario, le sumaríamos a la

violencia en el hogar la violencia institucional, dejaríamos a la víctima sin ninguna puerta para golpear y en total desamparo" (SCBA, del voto del Dr. Genoud en causa C.99.204, sentencia del 20 de septiembre de 2006).

Más recientemente, esa misma Corte señaló que "Ante la víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones, se requiere de medidas de especial protección a través de la aplicación del mandato constitucional y convencional nivelador (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nacional y 2 de la C.E.D.A.W. junto a Belém do Pará; 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) que permitan al juzgador, advertido de la situación contextual por la que atraviesa, ser agente de cambio en el diseño y ejecución de su proyecto de vida (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.; 2, 3, 6 inc. a y 7, inc. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará). Si no se da una intervención oportuna en auxilio de la víctima, sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional. (SCBA, C 118.472, sentencia del 4 de noviembre de 2015).

Concretamente, del trámite de las presentes actuaciones surge que, sobre la exclusiva base de los informes elaborados por el equipo técnico del juzgado y por parte de la perito psicóloga de la Asesoría de Incapaces con fecha 9 y 10 de diciembre de 2015 –a fs. 68/9 y 80/2 de los que surge la recomendación de establecer un régimen de revinculación paulatino entre los niños y su madre–, se adoptaron la totalidad de las 'oscilantes' decisiones que fueron objeto de revisión ante la Cámara departamental.

Adviértase que más allá de lo ordenado a fs. 142/9 –y reiterado a fs. 549, 596, 601 y 676– el único informe agregado con posterioridad a los informes citados preferentemente (fs. 68/9 y 80/2), fue la pericia ambiental realizada en el domicilio de la progenitora obrante a fs. 695 (5 de septiembre de 2016) en la que se entrevistó a la Sra. B. y se concluyó que " Sería importante que los hijos retomen la vinculación con su progenitora bajo la supervisión de un profesional que evalúe dichos encuentros, si bien al

momento de ser entrevistada por la suscripta no se observan en la Sra. B. características que puedan resultar nocivas para sus hijos" (fs. 696).

En otras palabras, se advierte del trámite de las actuaciones que las modificaciones operadas respecto de los alcances de las resoluciones adoptadas a lo largo del trámite de la causa –justificadas, sustancialmente, en la imposibilidad de ejecutar la decisión adoptada a fs. 142/9 en virtud de la férrea oposición de los niños (fs. 164 y vta.; 166/; 193/4; 218/9; 231/33vta; 254/; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta.; 529/42; 558 ; 637/41 y ccs.)– han sido decididas sin contar con ninguna prueba tendiente a proporcionar elementos para evaluar con carácter previo el riesgo o impacto directo de cada una de las decisiones en la vida de los niños.

Si bien las citadas omisiones resultan suficientes, a mi entender, para descalificar el decisorio impugnado, no resulta posible soslayar el grosero error que evidencia el decisorio en relación con una cuestión cuyo tratamiento, expresa, en rigor, el *quid* del conflicto sometido a la jurisdicción: la oposición sostenida y contundente manifestada por F. (13), M. (10) y F. (8) de regresar a convivir junto a su madre al punto de imposibilitar la ejecución de las medidas adoptadas por la jurisdicción (fs. 164 y vta., 166/; 193/4; 218/9; 231/33 vta.; 254/7; 272/3; 315/7; 320/7; 509/9bis; 519 y vta., 529/42; 558; 637/41 y ccs.).

En relación con la manifestación expresada por F. a través de los remedios de apelación articulados por sí, patrocinado por el Dr M. como abogado del niño, la alzada sostuvo que " el encono hacia el rol materno se presenta llamativo por su falta de sustento en hechos concretos y comprobados de la causa que revistan entidad y gravedad para explicar tal cerrazón, dando lugar a que la misma es en gran medida un efecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo que tuvo lugar a partir de octubre de 2015". De ello se sigue, sin más, que la Cámara resuelve descartar la opinión manifestada por un adolescente de 13 años (fs. 66, 68/9, 80/2, 126/9, 637/9, 641

y ccs), en contradicción con la presunción de capacidad establecida para los adolescentes (art. 26 y ccs., CCYC y sin ninguna prueba que le sirva de sustento para justificar tan severa afirmación. (arts. 706, 707 y ccs CCyC).

En efecto, como lo señalara precedentemente, no luce agregada ninguna pericia psiquiátrica ni ambiental a los progenitores, ni ninguna otra destinada a evaluar la situación actual de los niños que permita brindar sustento a la conclusión según la cuál la opinión de los niños resulta 'influenciada' por el progenitor conviviente. En rigor, si bien la alzada remite al informe del equipo técnico del juzgado que fuera utilizado por la magistrada de primera instancia como fundamento de su decisión (ver fs. 804 vta., 144 y 68/9), es preciso recordar que el citado informe concluye que "De los encuentros con los niños P., B. se podría inferir *un discurso alineado al de los adultos responsables*, quedando los mismos expuestos a una conflictiva de larga data entre las partes." (destacado propio), sin que surja de ello elemento alguno que proporcione sustento a las conclusiones sostenidas por la magistrada de primera instancia según la cual "los niños no se encuentran en condiciones de pensar autónomamente ni desear por sí mismos" (fs. 146 y vta.) y por la Cámara departamental en cuanto afirmó la negativa expresada por los tres niños a mantener encuentros supervisados con su progenitora "carece de sustento en hechos concretos y comprobados en la causa que revistan entidad y gravedad para explicar tal cerrazón" (fs. 813).

Es decir, en mi opinión, las conclusiones referidas encuentran sustento en afirmaciones desprovistas de prueba suficiente cuya prudente determinación exige la acreditación fehaciente de sus extremos mediante elementos de juicio concluyentes, ausentes en el *sub examine*.

En el mismo sentido se inscribe el informe recientemente remitido por la Sra Asesora de Incapaces y recibido por esa Corte con fecha 8 de mayo del corriente, en el que se pone en conocimiento de ese Tribunal

la traumática situación que atraviesan los niños en la actualidad al ser *obligado*s a asistir al Colegio "." en ... en contra de su voluntad que se continúa mostrando *inquebrantable* y se acompaña un detallado informe elaborado por las autoridades del instituto educativo .en el que se hace saber que, atento a la imposibilidad de lograr un proceso de aprendizaje y enseñanza adecuado se ha adoptado un dispositivo especial consistente en " dos días de trabajo en la escuela y tres días de producción de los estudiantes en su casa, con el objetivo de lograr paulatinamente la integración de los alumnos, la continuidad de la escolaridad y el reajuste emocional" (sic).

De conformidad con lo expuesto considero que el pronunciamiento en crisis ha desenfocado el punto de partida de la cuestión pues, si bien, la conducta del progenitor que ha procedido a modificar el centro de vida de los niños de manera ilegítima resulta una cuestión esencial para el adecuado análisis del conflicto que se ventila, la sola comprobación de este extremo sin una adecuada valoración sobre la existencia de las condiciones para el desarrollo integral de los niños de conformidad con su superior interés –que supone tener en cuenta su opinión conforme su edad y grado de madurez– conduce a conclusiones inconciliables con el principio según el cuál "No se trata de castigar a los adultos sino de privilegiar por sobre los intereses de aquellos los de un niño..."(SCBA C 91.622, sentencia del 26 de octubre de 2010).

En definitiva, la determinación de la conducta del progenitor adoptada por la alzada, no exime al juzgador de la tarea de valorar ni demostrar de qué modo la decisión adoptada preserva el interés superior de los niños de conformidad con "la satisfacción de sus necesidades específicas en función de su realidad biográfica" (SCBA, C 107.820, sentencia del 11 de agosto de 2010) pues, como se refirió *ut supra*, el eje de la cuestión ventilada se centra en el bienestar de los niños, más allá de los eventuales derechos de los padres.

En relación con la controvertida aplicación del

principio rector del interés superior del niño cabe recordar que el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que "Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (....) Entonces, la verdadera 'quaestio' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces. De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto. Consecuentemente, los jueces –en el desenvolvimiento de su ministerio eminentemente práctico– 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. En ese orden, si se quiere que aquella idea general sea operativa y conduzca a un resultado justo, los tribunales deben integrarla en forma razonable, lo cual implica sopesar las circunstancias del caso concreto, sobre la base de los parámetros aceptados por la prudencia judicial y la doctrina, y enriquecidas por las disciplinas afines..." (conf. CSJN, Fallos 331:941, sentencia del 29 de abril de 2018).

Sobre este punto ha sostenido esa Corte que "al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión del niño." (SCBA, C 107.820, sent. del 11-8-2010 y C 91.622, sent. del 26-10-2010) y 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 torna 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).

En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al afirmar que "Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia" (párrafo 45, Observación General nro. 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En idéntico sentido, la Corte Interamericana señaló que "La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el

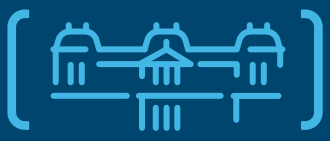
supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R." (CIDH, "Atala Riffo vs. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 196-208).

Por último, en relación con los alcances brindados por la resolución impugnada respecto de la designación de abogados para los tres niños considero que no corresponde expedirse en esta instancia en virtud de resultar abstracta la cuestión en razón del desistimiento formulado por el progenitor respecto de la solicitud de designación de abogado para los niños M. y F., y de la decisión de la propia Cámara de tratar los planteos efectuado por el Dr. M. en su carácter de abogado patrocinante del menor F. P., B., sin perjuicio de las manifestaciones vertidas en los puntos V) y VI) de fs. 813 y vta.

En virtud de lo expuesto, propicio a V.E. hacer lugar al remedio que dejo examinado y devolver los autos a la instancia de origen a fin de que proceda a resolver la problemática traída a estos autos, de conformidad con las pautas señaladas.

La Plata, 10 de mayo de 2017.

DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.612

“M., V. y otros s/ homologación de convenio”,
fecha: 10-09-2018

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

C 121.612 "M., V. y otro
s/ homologación de convenio"

Suprema Corte:

I. La Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de la Plata con fecha 21 de marzo de 2017 confirmó el fallo de primera instancia que ordenó, con carácter cautelar, la restitución de los niños L. y S. R., M. a la ciudad de La Plata por considerar que la decisión de la madre de mudar el domicilio de sus hijos a la ciudad de Tres Arroyos fue unilateral e inconsulta (fs. 164/7).

Contra tal forma de decidir se alzó la progenitora de los niños, V. M., con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 171/182 (fs. 183, 199/200 y 212/228).

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa denuncia la violación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial el artículo 3 primer párrafo de conformidad con la Observación General 14/2013 del Comité de Derechos del Niño, de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la ley nacional 26.061 y su decreto 415/06, de la ley 14.568 sobre abogado del niño de la Provincia de Buenos Aires, de los artículos 638, 639, 641, 642, 646 y ccs. del Código Civil y Comercial de la Nación y del artículo 34 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 173 y vta., 176 vta. y 178).

En particular, centra sus agravios en considerar que la decisión de obligar a la progenitora a reintegrar a sus hijos a la ciudad de La Plata, evidencia una errónea aplicación al caso de la noción de "centro de vida", del principio rector del interés superior del niño y de su derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta.

Concretamente alega que "El fallo expresa que el análisis debe partir del concepto de superior interés del niño definido como 'la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley' (art. 3, ley 26061), el cual debe respetar, entre otras cuestiones, su 'centro de vida' (inc. f), entendiéndose por éste 'el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia'; y cita jurisprudencia de la S.C.B.A. del año 2012 - C 115.227 in re 'F.C.J. contra C. M.L. s/ tenencia de hijo'. Dicho fallo aborda una casuística que no guarda relación con el presente ni con la realidad de L. y de S. pues dirime un conflicto de competencia, cuestión que no se plantea en los presentes autos. En él se expresa que es la residencia del niño el eje a tener en cuenta para determinar el juez competente; que se desplaza el centro de imputación, es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales. El punto de conexión debe ser su centro de vida, el lugar de residencia habitual. En ese marco conceptual debería el sentenciante haber revocado el fallo del a quo y requerir las medidas necesarias en términos de verificar la vida de L. y de S. en Tres Arroyos. Esa hubiera sido la correcta aplicación de la ley. La sentencia cita la normativa nacional –art. 716 C.C.C.N. y 3 inc. f) ley 26061– pero no fundamenta la aplicación de la misma en la vida de L. y de S.. No se ha definido la tutela de los derechos de L. y de S. en su superior interés valorando su situación vital y su actual entorno social. Ello pues no se aplican correctamente los preceptos legales cuando la valoración jurídica hace caso omiso de las circunstancias fácticas" (fs. 174 vta.).

Más precisamente afirma que "El fallo no da razón de la decisión que impone la vida en La Plata, tampoco da fundamento del riesgo cierto que ha implicado para L. y para S. el traslado a la ciudad de Tres Arroyos...La sentencia expresa que a los chicos no les favorece la ciudad de Tres Arroyos sin analizar a la luz de la vida que desarrollan. La sentencia NO FUNDAMENTA NI JUSTIFICA el motivo por el cual se hace lugar a una medida cautelar" (fs. 175 y vta.).

En esa línea, se pregunta "¿Es acaso, todo ello, actuar bajo el principio del interés superior de L. y S.? ¿no sería conveniente darle presencia y voz a L. y a S.? Porque parece que lo que está escrito merece lecturas diversas. L. y S. no manifiestan procesalmente la necesidad de ver a su papá. No obstante, se encuentra acreditado en la causa penal como les ha afectado cuando la abuela y tía paternas han invocado la posible presencia del padre en los encuentros que mantenían. No da cuenta la sentencia de ello ni analiza a la luz del superior interés de los niños lo más conveniente" (fs. 176).

En el mismo sentido alega que el fallo que impugna desconoció las circunstancias fácticas que hacen a la vida familiar de los niños. Señala que ella es sostén alimentario de sus hijos (ya que el progenitor incumple con la cuota alimentaria), que el progenitor no mantiene contacto con sus hijos hace dos años y siete meses en virtud de las conductas acreditadas en la causa caratulada "R., J. P. s/abuso sexual" (siendo únicamente la abuela y los tíos paternos de los niños los que mantiene comunicación con los niños los fines de semana) (fs. 175 y vta.).

Sobre ese punto destaca que "La vida en La Plata significaba un nivel de exigencia laboral que impedía compartir momentos con ellos, sin poder con el tiempo aspirar a mejorar la calidad de vida de mi familia, todo lo que trae aparejado un cambio, que considero favorable y necesario, en cuanto a la vida cotidiana de mis hijos y la mía. Brindándonos la posibilidad de compartir el tiempo sin tantas restricciones, desde lo afectivo hasta lo económico" (fs. 175 y vta.).

En relación con la aplicación al caso del principio del interés superior del niño y de su derecho a ser oídos señala "A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior sea considerado; cualquier decisión sobre los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la

evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en el caso concreto y la manera en la que se han ponderado. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que ha tomado (OG. N 14 –La Argumentación Jurídica– Párrafo 97). El destacado es propio. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras cosas consideraciones que prevalecieron frente al interés superior. La manda convencional y constitucional es escuchar a los niños y actuar en consecuencia. La Cámara Segunda Sala II citó a L. y a S. – ver acta fs. 160–, pero no da cuenta en el fallo de lo sucedido en dicho encuentro. Sus manifestaciones, las impresiones de los jueces al estar y conversar con los niños no han sido desarrolladas en la sentencia en crisis de manera de poder sopesar los intereses en juego y el modo en que el ad quem tutela a los niños. Se aplica erróneamente el art. 3 de la ley 26061 pues la OG 14 sobre el Interés Superior del Niño en su correlato con la OG 12 sobre el Derecho a Ser Oído requieren garantizar las condiciones de expresión y reflejar cabalmente dichas expresiones. En ningún pasaje del fallo en crisis se cita la palabra de los niños que han podido expresarse en audiencia y resulta una artificiosa interpretación en manos de los camaristas de lo que consideran mejor para L. y S. sin dedicarles un solo párrafo a sus dichos y vivencias del caso de autos. La citación de L. y S. sin abogado del niño incumple con lo dispuesto en el art.27 de la Ley N° 26061, el Decreto 415/06 y la Ley N° 14568 de Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires" (fs. 177 vta. y 178).

Asimismo agrega que "Pero la escucha que se realiza debe traducirse en explicitar las expresiones y luego desplegar las razones que dan lugar a la toma de determinada decisión. Los jueces no dan razón de cuál es el riesgo cierto en el traslado de mis hijos, declaman en abstracto cuando expresan 'ni que ni alejarlos de su lugar de residencia habitual resulte beneficioso para ellos'" (fs. 179 vta.).

Por último cuestiona el tramo de la sentencia de Cámara que afirma que "…el concepto técnico de centro de vida se construye a partir de considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derechos… Los

elementos locativo y temporal y la existencia de condiciones legítimas conforman el núcleo a partir del cual corresponde determinar el concepto de centro de vida sin desconsiderar el contexto familiar, social y psicológico en que se despliega la existencia de los niños". En este tramo alega la quejosa que la cámara aplica erróneamente la ley al hacer prevalecer el factor temporal respecto de otros factores jurídicos determinantes (fs. 180 vta. y 181).

En relación con ello sostiene que "De esta manera la sentencia entiende al 'centro de vida' como un concepto estático y con pretensión de permanencia, pues el dinamismo es el que homogeniza al factor tiempo. Por ello no importa el quantum temporal acumulado en un lugar si no lo que importa es la vitalidad de la instalación. Las condiciones de vida legítima son un resultado de la conglomeración de varios factores no repelentes entre sí y de criterio extrajurídico –económicos, sociales, culturales, afectivos–. Por ello el tiempo transcurrido en La Plata no necesariamente implica el cumplimiento total de las condiciones de vida legítima. La sentencia no fundamenta por qué L. y S. no tienen las mismas condiciones de vida en Tres Arroyos que en La Plata. Si tanto en Tres Arroyos como en La Plata ambos asisten a un colegio que les gusta, pudieron hacer amistades, realizan tareas recreativas en familia y se rodean de un ambiente de cariño familiar, bienestar físico y psíquico y ello es sustentable económicamente. La sentencia en crisis se divorcia de la situación fáctica de L. y de S. omitiendo considerar extremos circunstanciales de los cuales surjan que la modificación de la situación actual, resulte beneficiosa en algún sentido de la vida de L. y S." (fs. 181).

En sustento de su posición, cita el precedente C 119.645 del 4 de noviembre de 2015 de esa Suprema Corte conjuntamente con la sentencia "R.J.D. vs. D.M.R. s/tenencia" del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes y destaca que en ambos se ha desplazado el criterio vinculado con la legitimidad o licitud del traslado a la hora de determinar jurídicamente el centro de vida de los niños (fs. 180 y vta.).

En definitiva, concluye que "El resolutorio en crisis resulta un artículo doctrinario que describe el interés superior del niño sin considerar la situación actual de L. y S., sin evaluar la medida en la cual los puede afectar lo resuelto en autos, resultando un fallo dogmático, carente de sustrato material en el cual enclavarse" (fs. 181).

III. De la lectura de los agravios se advierte que el recurso que aquí se examina tiene por objeto que se revoque la sentencia que dispone el reintegro de los niños a la ciudad de La Plata, sobre la base de alegar que dicha solución no se corresponde con la adecuada aplicación al caso del principio rector del interés superior del niño.

Adelanto mi opinión según la cual, el recurrente, no alcanza a conmover los sólidos fundamentos brindados por la alzada departamental para decidir como lo hizo.

En primer lugar, entiendo que la queja vinculada con la inaplicación al caso del principio rector del interés superior del niño –fundado, principalmente, en la falta de motivación y en la ausencia de medidas especiales destinadas a comprobar 'la nueva realidad de vida de los niños en Tres Arroyos'– resulta una afirmación generalizada y por ello insuficiente para rebatir el argumento central desplegado por la alzada para decidir: la imposibilidad de determinar el centro de vida o residencia habitual de los niños sobre la base de un traslado o retención ilícitos.

Concretamente la Cámara fundó su decisión en estos términos: "En casos como el de autos, en el que se encuentran en discusión cuestiones atinentes a personas menores de edad, el análisis debe partir del concepto del superior interés del niño, definido como 'la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley' (art. 3 ley 26061), el cual debe respetar entre otras cuestiones 'su centro de vida' (inc. f) entendiéndose por éste "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en

condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (SCBA C 115227 in re "F.C.J. contra C.M.L., tenencia de hijo" sent. del 14-3-12). El concepto técnico del centro de vida se construye a partir de considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derecho (conf. arts. 716 CCCN, 3 inc. a ley 26061). Los elementos locativo y temporal y la existencia de condiciones legítimas conforman el núcleo a partir del cual corresponde determinar el concepto centro de vida sin desconsiderar, por supuesto, el contexto familiar, social y psicológico en que se despliega la existencia de los niños…Como es sabido, la decisión del traslado de los niños adoptada unilateralmente por el progenitor conviviente sin consultar ni consensuar con el otro, conculca los derechos y deberes que la responsabilidad parental acuerda al primero (arts. 638, 639, 641, 642, 646 C.C.C.N.). En el caso de autos, el cuidado de los niños fue atribuido a la madre de común acuerdo, convenio en el cual se pactó un régimen comunicacional (fs. 14/15, 20). Por lo que la alteración de esas pautas, alcanzada por la preclusión y por tal con valor de ley para las partes, implica para ambos que para apartarse de su contenido, deba existir conformidad entre los padres o una nueva decisión judicial…No obstante la medida de restricción dispuesta en los autos "M., V. s/Medidas Precautorias", en trámite por ante el Juzgado de Familia nro. 5 departamental (v. fs. 212) la recurrente no puede obviar unilateralmente, sin el aval de una decisión judicial –en caso de disenso con el padre– una situación con respaldo jurisdiccional. La posibilidad de mudar el domicilio de ella y los niños debió ser planteado previamente en la causa judicial y no informar a posteriori de ejecutada la acción. Por ello, no le asiste razón a la apelante cuando expresa que ante el escrito que presentó –haciendo conocer que se había mudado a Tres Arroyos con los niños– el a quo debió disponer las medidas del caso y solicitar informes para conocer la situación de los niños (fs. 124 vta.), pues todo ello debió ser solicitado por ella con anterioridad, a fin de demostrar la conveniencia para sus hijos del cambio de su residencia habitual" (fs. 165, 166 y vta.).

Del análisis de los agravios y de la decisión impugnada se advierte que la cuestión a dilucidar se centra, en rigor, en la controversia

sobre el establecimiento de las pautas que resultan relevantes para la determinación, en concreto, del concepto de centro de vida del niño.

Como surge de la trascripción efectuada del tramo de la sentencia impugnada, el fundamento del decisorio se basó en la concreta aplicación de la regla establecida en el artículo 716 del Código Civil y Comercial, de conformidad con el inciso f) del artículo 3 de la ley 26061 y la jurisprudencia consolidada en ese sentido (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial).

En efecto, el artículo 3, inciso f), de la ley 26061 establece que "...A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:...f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

En concordancia con ello, el decreto reglamentario 415/06 reafirma que "El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad".

Ese criterio ha sido asimismo sostenido por esa Corte provincial en los precedentes Rc. 115.227 (sent. del 14 de marzo de 2012) y C 117.874 (sent. del 11 de junio de 2014) –coincidentes con las opiniones esgrimidas

por esta Procuración General– y ratificado mediante las resoluciones dictadas en las causas C 119.984 (sent. del 15 de julio de 2015), C 120.271 (sent. del 7 de octubre 2015), C 120.602 (sent. del 22 de marzo de 2016), C 121.599 (sent. del 23 de mayo de 2017), C 121.725, (sent. del 5 de julio de 2017), C 122.214 (sent. del 21 de febrero de 2018), entre otras.

En la misma línea se ha pronunciado el Máximo Tribunal de la Nación en Fallos 338:1149 (sent. del 27 de octubre de 2015), "M.J.C. y otros s/guarda con fines de adopción" (sent. del 21 de febrero de 2017); 340:415 (sent. del 11 de abril de 2017); "F.S.D y otro c/M.S.C. s/reintegro de hijo" (sent. del 19 de septiembre de 2017), "A.P.G.C. c/ S.M.L. s/ denuncia por violencia familiar" (sent. del 22 de mayo de 2018), entre muchas otras.

En virtud de ello resulta insoslayable reconocer que, de conformidad con la ley y con la jurisprudencia aplicable, la ilicitud o la ilegitimidad que dieron lugar al traslado o retención resulta una consideración ineludible para la determinación en concreto de la noción del centro de vida como pauta derivada de la aplicación del principio rector del interés superior (conf. arts. 716 y 2614 C.C.y C., art. 3 ley 26.061 y art. 3 decreto reglamentario 415/06).

En tal sentido, es posible advertir el esfuerzo evidenciado por la impugnante para intentar conmover el argumento principal del decisorio: el carácter unilateral, inconsulto e ilícito del traslado efectuado por la progenitora de los niños. A tal efecto la quejosa invoca el precedente C. 119645 de esa Corte (sent. del 4 de noviembre de 2015), en el que V.E. se aparta de la pauta de 'legitimidad' y declara como 'centro de vida' el lugar al que los niños fueron trasladados sin el consentimiento materno ni la correspondiente autorización judicial.

Sin embargo, como lo aclara la propia Corte en su pronunciamiento, el criterio allí adoptado obedeció a circunstancias fácticas excepcionales que no corresponden equiparar a la plataforma fáctica de autos.

Concretamente el ministro Pettigiani señaló "Ha quedado acreditado en autos que las niñas residen desde fines de 2013 con carácter estable y permanente junto a su padre en la ciudad de Virrey del Pino, partido de La Matanza... y si bien la legalidad de dicha residencia es justamente disputada aquí por la progenitora, quien insiste en la ausencia de todo consentimiento suyo para que una visita a la casa paterna con el objeto de pasar las fiestas navideñas pudiera adquirir el carácter de radicación permanente y definitiva para las niñas, en tanto ella era la encargada de su cuidado (a partir de un acuerdo sobre tenencia judicialmente homologado), *cierto es no obstante que la anterior residencia habitual de las menores, ubicada en la localidad de C., partido de T. de F. carece hoy de todo anclaje familiar, toda vez que por justificadas razones laborales la madre vive desde julio de 2014 en la provincia de S. F.* ....considerando las circunstancias sobrevinientemente acaecidas... (conf. art. 163 inc. 6, párr. 2°, C.P.C.C. y su doctrina legal, Rc. 117.145, resol. del 05-III-2014; C. 107.718, sent. del 10-VIII-2011; C. 97.940, sent. del 01-VI-2011; C. 108.514, sent. del 10-III-2011 (entre otras), se observan razones de peso que justifican la radicación de la presente ante el Juzgado de Familia n° 7 del Departamento Judicial La Matanza, en tanto allí también tramita la gran mayoría de las restantes causas judiciales vinculadas con la misma conflictiva familiar, tenencia de hijos y alimentos, por lo que resulta evidente la ventaja de que todos los expedientes sean de conocimiento de un único órgano judicial (art. 41, inc. b, Acordada 3397/2008; arg. art. 830, C.P.C.C.; doctr. C. 118.746, resol. del 18-XII-2013; C. 118.689, resol. del 5-II-2014; entre otras). Confirma lo expuesto la circunstancia de que dicha jurisdicción coincida con el actual centro de vida de las niñas (art. 716, Cód. Civil y Com.), *aún cuando éste no pueda ser preliminarmente reputado como su residencia habitual lícita* (merced a los planteos efectuados por la progenitora, conf. art. 3 inc. f y ccdtes., Ley 26.061, a la luz de su reglamentación por el Dto. 115/2006 y la doctrina en la materia, conf. C.S.J.N., Fallos: 318:1269, entre otros; así como lo expresamente receptado por el art. 2614, últ. párr., Cód. Civ. y Com.), toda vez que ello permitiría la mejor inme-

diación del magistrado actuante a los fines de un más acabado conocimiento y una más urgente resolución de la problemática, en salvaguarda de los derechos fundamentales de las niñas (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1°, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 1°, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; arts. 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298). Así, las particulares circunstancias del caso me llevan a considerar –al igual que mis colegas– que corresponde reconocer en autos la competencia territorial del Juzgado de Familia n° 7 del Departamento Judicial La Matanza" (destacado propio).

Con arreglo a lo expuesto, el precedente invocado evidencia la adopción de un criterio excepcional por parte de ese Alto Tribunal –justificado, de manera expresa, en la inexistencia de un centro de vida anterior al traslado ilícito de los niños–, inaplicable a las circunstancias fácticas acreditadas en autos.

En definitiva, considero que no asiste razón a la quejosa toda vez que la decisión recurrida evidencia una correcta aplicación de la ley y de la doctrina legal sostenida por ese Alto Tribunal en situaciones análogas a la aquí examinada.

IV. En tales condiciones, opino que V.E. debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo analizado.

La Plata, 10 de septimebree de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.102

“Asesoría de Incapaces 1 Lomas de Zamora c/ N. J. L. s/ Acciones de Impugnación de Filiación”, fecha: 26-04-2018

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

C 122.102 "Asesoría de Incapaces uno Lomas de Zamora c/ N., J. L. s/Acciones de Impugnación de Filiación"

Suprema Corte:

I. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora dictó sentencia confirmando la decisión de fs. 51/ 52, que reconoció al Asesor de Incapaces legitimación para actuar en nombre del hijo menor de edad en la impugnación de filiación, y rechazó la caducidad de instancia impetrada por el demandado (fs. 64/66).

II. Contra dicho pronunciamiento, el señor J. L. N., por derecho propio, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la violación y/o errónea aplicación de los artículos 103 y 593 del Código Civil y Comercial (fs. 89/93).

Esgrime que, en la materia, se tiende a preservar el principio constitucional de seguridad jurídica mediante la limitación en el tiempo del ejercicio de la acción de impugnación de la filiación; lo que evita el perjuicio respecto de quien aparece como hijo.

Es la propia ley –dice- la que se encarga de establecer la excepción temporal, reconociendo exclusivamente al hijo como único legitimado para impugnar en cualquier tiempo su reconocimiento filiatorio; ello a condición de así decidirlo una vez alcanzada la mayoría de edad o grado de madurez suficiente.

De allí, sostiene, que resulta impropia la interpretación que efectúan los sentenciantes de las funciones del Ministerio Público Tutelar al reconocerle plena legitimación para impugnar el reconocimiento filial. Que la activi-

dad de este funcionario se encuentra reservada a integrar un sistema de asistencia y apoyos al niño en el ámbito judicial; por lo que resulta inaceptable consentir la convalidación de lo actuado por el Asesor de Incapaces a quien la propia ley le impide arrogarse en el sub-lite la representación de su hijo; máxime cuando la misma es ejercida por sus progenitores, respecto de quienes no pesa ninguna causal de exclusión.

III. Plantea el recurrente la cuestión del alcance de las atribuciones del Ministerio Público en cumplimiento de la función tutelar, consistente en garantizar los derechos de las personas que carecen de capacidad suficiente para ejercitarlos por sí mismas (arts. 24, 100 y 103 del C.C. y C.).

Al respecto, cabe recordar la pacífica doctrina de V.E., establecida aún con anterioridad al nuevo Código Civil y Comercial: "...aunque se admita que, en principio, las funciones del Asesor de Incapaces son fundamentalmente de asistencia y contralor conforme ciertas normas legales, no puede negarse que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad".

"Asimismo, en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y, con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada" (conf. S.C.B.A. causas Ac. 27.579, sent. del 19-VIII-1980; Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 y L. 64.499, sent. del 5-VII-2000 y Dictamen P.G., causa L.83.196, del 26-XII-2002).

También sostuvo V.E. en la materia: "Se ha declarado que las funciones del Asesor de Menores, más que de representación legal propia-

mente dicha -que es ejercida por el representante necesario- son de asistencia y contralor, las cuales sin embargo no se agotan en una actuación conjunta con el representante legal del incapaz toda vez que en ciertas circunstancias cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y **es necesario impedir la frustración de un derecho, aquél será representante directo**" (el destacado me pertenece).

"Es así que el art. 59 del Código Civil le confiere el carácter de representante promiscuo y de parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, todo ello bajo pena de nulidad. Tan amplios términos tienen su razón de ser en el interés público de ver protegidos la persona y el patrimonio de los menores (recuérdese la nota de Vélez al art. 58 del referido Código y la propia organización del Ministerio de Menores en la legislación de fondo -arts. 491 a 494-, como institución peculiar del país)".

"Además en todo supuesto judicial donde la intervención del Asesor de Incapaces sea necesaria para la adecuada defensa de los intereses de los menores debe admitirse su actuación, sea de mera asistencia o de representación y con mayor razón si se trata de suplir la defectuosa defensa hecha por los representantes legales o de complementar ésta en la forma que se considere adecuada (conf. causas Ac. 27.759, sent. del 19-VIII-1980 en "D.J.B.A.", 119-682, Ac. 41.005, sent. del 27-II-1990 en "Acuerdos y Sentencias ", 1990-I-240; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 12ª. edición, Tº I, págs. 398/399; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Edit. Abeledo Perrot, 19ª edición, Tº I, pág. 379; Highton, Elena I., "Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control", en "La Ley", 1978-B-904; Bossert, Gustavo- Zannoni, Eduardo "Manual de Derecho de Familia", Edit. Astrea, 1988, págs. 449; Ortiz de Rozas, Abel "Manual de Derecho de Familia", Edit. Lexis Nexis, 2004, pág. 426)" -del voto del Ministro Genoud en causa L. 83.196, sent. del 13-II-2008-.

Más recientemente, ya sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación –aunque todavía no vigente-, esa Suprema Corte provincial, haciendo referencia a la intervención del Ministerio Público Tutelar, se ha manifestado dando cuenta del nuevo paradigma protectorio y de tutela diferenciada que establece nuestro ordenamiento jurídico en general, y civil y comercial, en particular (conf. S.C.B.A., causa 117.505, sent. del 22-IV-2015).

En esa línea, un nuevo protagonismo le ha sido reconocido al Asesor, refiriendo que su intervención ha cobrado un posicionamiento superior a partir de la Constitución, y de las normas convencionales especialmente referidas a los derechos de niños y niñas, con la imposición de adecuaciones procesales que garanticen el pleno goce del acceso a la justicia de quienes se encuentran en condiciones desventajosas para el ejercicio de derechos propios (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 CADH y 2, 3.1, 5, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, O.G. N°17/28 de agosto de 2002, "Condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño", art. 75 inc. 22 y 23 CN, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, 2008, -citados en el voto del Ministro de Lázzari, en la causa aludida-); reposicionamiento que también se refleja en la nueva regulación sustantiva, que en su art. 103 determina que la intervención del Asesor puede ser "complementaria" de la de los representantes legales de los menores (representación dual) en todos los procesos en que se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, pero en caso de que ocurran determinadas circunstancias -cuando tales derechos estuvieran comprometidos y existiera inacción de los representantes legales-, dicha actuación habrá de convertirse en "principal" con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el goce de la tutela de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores.

Se destacó igualmente que si bien esta función no resulta totalmente novedosa, toda vez que la doctrina ya asignaba tales alcances

al artículo 59 del Código de Vélez, hoy aparece de modo explícito en la redacción del art. 103, cuyas previsiones debe integrarse con lo que al respecto dispone el artículo 38 inc. 4° de la ley 14.442, reglamentaria a nivel provincial de las funciones inherentes al Ministerio Público Tutelar.

De conformidad, cito la reflexión de Gustavo D. Moreno en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" (Directora Silvia Eugenia Fernández), Ed. Abeledo Perrot, Tomo III, págs. 2695 y ss., en torno a las funciones del Asesor de Menores e Incapaces que ha diseñado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: "debe reconocerse su intervención como una "garantía orgánica" o un "plus de garantía de derechos" en el marco de la exigibilidad de todos los derechos de la infancia como de la salud mental, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849; de raigambre constitucional, art. 75, inc. 22, CN), de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280), y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ley 26.378); como las leyes nacionales de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) y de Salud Mental (ley 26.657)".

Añadiendo que le cabe "asumir una representación que importe la actuación en todo supuesto en que los derechos del niño o de la persona con padecimiento mental, requieran una actuación judicial o extrajudicial, ya sea en coordinación con los representantes individuales, legales y necesarios -coadyudando en la representación, en tanto el planteo se ajuste a derecho y a las necesidades de la persona incapaz-; **o actuando en reemplazo y hasta en contra de los representantes legales (padres, tutores, curadores) o sistemas de apoyo, cuando éstos no amparan a la persona por falta, exceso o defecto en su intervención"** (el destacado me pertenece).

iii. Conforme lo expuesto, queda despejada la habilitación del Asesor de Incapaces como legitimado directo o principal para el inicio y

prosecución del "sub lite", tal como lo ha decidido la Alzada.

En orden al fundamento de su actuación, señalo que puntualmente hay en este proceso elementos de prueba que tienen valor autónomo y que permiten inferir, con importante grado de certeza, una situación irregular respecto de la paternidad del señor N., y en orden al reconocimiento de hijo que oportunamente efectuara (v. partida de fs. 5; pericial genética de fs. 22/26 y 28); hecho que motivó el inicio de la causa penal 13010/14 de trámite por ante el Juzgado de Instrucción, Correccional y de Menores n° 2 de Paso de los Libres, Provincia de Corrientes, en el que con fecha 3 de marzo de 2017 se dictó el procesamiento del citado N., que reza como sigue en la parte que aquí interesa: "**RESUELVO: 1°).- PROCESAR a J. L. N., D.N.I. N° .....,** y a **Z. B. B., D.N.I. N° .....**, ambos, de las demás circunstancias personales obrantes en autos, por la comisión ´prima facie´ del delito de **SUPOSICION DE LA IDENTIDAD Y FALSEDAD IDEOLOGICA en CONCURSO IDEAL**, previsto y penado por los artículos 139 inciso 2° y 293 en razón del artículo 54, todos del Código Penal Argentino, en calidad de coautores materiales.- **2°).- DECRETAR la PRISION PREVENTIVA** de los procesados **N., y B., las que no se harán efectiva**s, por haberse concedido la Exención de Prisión al primero y por no evidenciarse alguna restricción contenida en las previsiones del artículo 315 del CPP, para la segunda, (artículo 308 del Código Procesal Penal).- **3°)** Hágase saber, agréguese copia al principal, regístrese, cúmplase con la Ley N° 22.117, ofíciese y notifíquese.- **Fdo.** Dr. Daniel Leonardo Insaurralde, Juez. Juz. de Inst. Correc. y Menores N° 2, Paso de los Libres-Ctes." (v. fs. 9/ fs. 28 e informe que acompaño).

Resalto la relevancia de la cuestión bajo análisis, pues se trata de dilucidar el estado de hijo, en el que se encuentran comprometidos altos valores humanos, familiares y personales, que hacen al interés general, a cuyo resguardo acude el Ministerio Público, y por definición el Asesor de Incapaces cuando se trata de garantizar la efectividad de los derechos del niño; en el

caso, a su identidad y a su verdadera identificación, en términos penales “prima facie” alterada gravemente en concurso ideal con falsedad ideológica (fs. 6/8, arts. 139, inc. 2 y 293 del C.P.).

El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ha consagrado la jerarquía en ese nivel de la Convención sobre los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en New York el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la ley 23.849 de nuestro país, a partir de la reforma operada en 1994. De este valioso instrumento, que extiende su influencia y primacía sobre toda la legislación infraconstitucional sustantiva y adjetiva nacional, y obviamente provincial (art. 31, Constitución Nacional), resulta que conforme al art. 3º "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen ...los tribunales... una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", debiendo los Estados Partes adoptar todas la medidas no sólo administrativas y legislativas, sino de cualquier otra índole "para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención" (art. 4º) entre los que cabe mencionar el que les asiste "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art. 7.1.). "a preservar su identidad" (art. 8.1.).

La jerarquía de los derechos que aquí aparecen vulnerados, interesan sin duda alguna al interés público, y a la consideración primordial del interés del niño, que debe guiar la solución del caso en orden a restablecerlos con el menor costo posible, entendido esto último en términos de economía y celeridad procesales, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces.

En esta línea de pensamiento, la intervención del Ministerio Público Tutelar no puede limitarse a un mero análisis superficial de las actuaciones que se someten a su conocimiento, como parece pretenderlo el recurrente, sino que debe extenderse a una evaluación sustancial en torno a

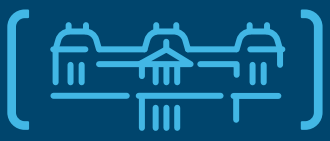
analizar si los derechos del menor cuya inobservancia emerge de aquellas se encuentran adecuadamente reclamados y defendidos por sus representantes legales. En caso contrario, plantear concreta y claramente los remedios que corresponde arbitrar para su subsanación, y la remoción de los obstáculos que pudieran existir, formulando las peticiones que fueran menester para la defensa de los intereses que le han sido encomendados por imperativo mandato de la ley.

Y es en supuestos como el bajo análisis, donde se patentiza la importancia de las atribuciones del Ministerio Público Tutelar, desplegadas con diligencia al máximo de su potencial en protección y garantía de los derechos de este niño, cuya identidad jurídica no se compadece con la biológica; y en cumplimiento de la manda supraconstitucional del art. 8.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

IV. En virtud de lo expuesto, opino que V.E. debería confirmar el pronunciamiento recurrido y, por lo tanto, rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo análisis.

La Plata, 26 de abril de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.650

“A., H. J. c/ H., G. S. y otro/a s/ patria potestad. Ejercicio/sanciones”, fecha: 16-08-2017

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

C 121.650

"A., H. J. c/ H., G. S. y otro/a s/ patria potestad. Ejercicio/sanciones"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, con fecha 7 de marzo de 2017, confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno resolvió hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad planteado contra el derogado artículo 263 del Código Civil –actual 593 del Código Civil y Comercial– y, consecuentemente, declaró inaplicable el artículo 593 del Código Civil y Comercial en relación con la fijación del plazo de un año previsto para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial por parte del tercero interesado (fs. 53/61).

Contra tal forma de decidir se alzó el Fiscal General departamental, Dr. Federico Nieva Woodgate, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 341/53 que a continuación paso a examinar.

II. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

El quejoso centra sus agravios en impugnar la decisión del *ad quem* que declaró la inconstitucionalidad del artículo 593 del Código Civil y Comercial, en cuanto establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción de impugnación por parte del tercero interesado (fs. 69 vta.).

Alega –en síntesis- que el pronunciamiento yerra al sostener que el antiguo art. 263 del Código Civil, hoy 593 del Código Civil y Comercial de la Nación, es inconstitucional porque el plazo fijado al tercero interesado viola el derecho a la identidad del niño. Tal afirmación, desconoce que el

derecho a la identidad, consagrado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde al niño L., respecto de quien la norma no establece plazo, pudiendo instar la acción de reconocimiento en cualquier momento. De modo que la reglamentación del ejercicio de los derechos, efectuada en el hoy art. 593 del Código Civil y Comercial de la Nación no altera el derecho a la identidad del niño reconocido en la Constitución nacional, ya que el plazo de caducidad fijado para los interesados busca establecer estabilidad y seguridad jurídica, protegiendo el interés del niño y también de todas las partes involucradas.

Esgrime que en la decisión impugnada se trata a la filiación y a la identidad biológica como iguales y no lo son.

Que el bloque supraconstitucional consagra el derecho a la identidad como un derecho personalísimo del ser humano imposible de cambiar por decisión judicial. Es por ello, que en todo tiempo, el hijo puede reclamar judicialmente su verdadera identidad. Pero la acción es personalísima, y resulta equivocado admitir como "parte" al menor de edad que no actúa por sí mismo, sino representado por otro, en este caso su progenitora, sin que conste la verdadera voluntad del titular único e indiscutible del derecho a la identidad.

De tal suerte, el protagonista principal de este juicio, el niño L. R. H., ni siquiera figura en la carátula del expediente, su interés personalísimo se ha admitido en una representación ficta, y se le otorgó una filiación ficta, produciendo un verdadero conflicto de intereses; y sobre todo, confundiendo el hecho biológico de la relación paterno-filial, con la relación jurídica que surge de la filiación. Centrar todo lo discutido en la identidad biológica, violenta el derecho del niño a mantener su filiación adquirida, dejando en la nada su derecho a ser él mismo y en su mayor edad poder decidir cómo quiere ser conocido.

En tal orden afirma, que no resulta posible conceder facultad a los jueces para decidir sobre la identidad de L. cuando él no lo ha soli-

citado, y los terceros, por interesados que sean, dejaron caducar su interés por propia inacción en tiempo útil. De modo, que la declaración de inconstitucionalidad decretada ha venido a colocar en un pie de igualdad un derecho personalísimo con el previsto para terceros; lo que resulta igual que despojarlo de esa calidad, supraconstitucionalmente consagrada.

En segundo lugar, expone que también yerra la Alzada al confirmar la presentación conjunta de la demanda y la contestación, conforme el art. 335 Código Procesal Civil y Comercial, que no es aplicable a las cuestiones de familia y que el hecho de no haberlo cuestionado en su momento, obedeció al criterio que siempre sostuvo el Ministerio Público Fiscal respecto a que la acción había caducado para el accionante y, en consecuencia, mal podía inferirse que por ser una única presentación, la madre también había instado la acción de impugnación de la filiación en representación de su hijo.

Refuerza su argumento señalando que la demanda y contestación conjunta permite al actor y demandado acumular en un mismo escrito sus presentaciones contrapuestas y que el fundamento de esta norma reside en la concentración y la economía procesal; pero es importante que exista una controversia, no sólo un conflicto de intereses sino una disputa que la jurisdicción deba resolver. Este artículo no autoriza procesos aparentes o simulados, no siendo admisible, dice, que las partes se valgan de este instituto con el fin de homologar convenios que no son permitidos, como el de autos.

III. En mi opinión, el recurso examinado no debe prosperar.

La cuestión sometida a revisión se centra en dos cuestiones esenciales: (a) aquella relativa a la constitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento, por parte del tercero interesado, establecido en el apartado *in fine* del artículo 593 del Código Civil y Comercial de la Nación y (b) una segunda cuestión vinculada con los alcances

que corresponde atribuir a los términos de la "contestación", "allanamiento" o "adhesión" formulada por la progenitora en representación del hijo, a los fines de determinar si es posible tener por ejercitada en autos la acción de impugnación de reconocimiento por parte del hijo menor de edad.

Ahora bien, y previo a pasar al examen de los agravios planteados, estimo necesario recordar el criterio según el cual la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico (doct. de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, entre muchos otros).

Consigno, en primer término, ciertos principios generales acuñados por la jurisprudencia del Alto Tribunal en materia de control de constitucionalidad.

En tal sentido, es conocida doctrina de la Corte Suprema que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (conf. Fallos 247:121 y sus citas; 324:3219). En tal comprobación los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (conf. Fallos 327:5723).

Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (conf. Fallos 300:1029; 305:1304). En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguri-

dad jurídica (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 324:3219).

El Alto Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que "... la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación"; "... cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera"; y que "... la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad" (conf. *in re* "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27-11-2012, consid. 13 y 14).

Finalmente, se ha dicho que la declaración judicial de inconstitucionalidad no sólo requiere que la norma impugnada pueda causar un gravamen constitucional, sino que se haya afirmado y acreditado fehacientemente que ello ocurre en el caso concreto sometido a decisión (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 256:602; 258:255; 297:108; 299:368; 300:352; 301:410; 302:355, entre otros).

Esto establecido, y en virtud de las particularidades fácticas que dan origen al recurso interpuesto, entiendo conveniente ingresar a su análisis a través del segundo de los agravios –vinculado con los efectos procesales que cabe reconocer a la presentación efectuada por la progenitora en

representación del hijo– y desplazar –por razones de jerarquía– la delicada cuestión vinculada con la constitucionalidad del plazo previsto por la norma.

En otras palabras, analizaré en primer término la cuestión vinculada con la aplicación del plazo de caducidad establecido para impugnar el reconocimiento por parte de los terceros interesados –cuando, como en el caso, éste se encuentra ampliamente vencido– en relación con los derechos del hijo cuya acción de impugnación resulta imprescriptible.

Adviértase que las constancias de juicio evidencian que el niño L. (actualmente de 9 años de edad) no sólo resulta ser el hijo biológico del actor –Sr. A.– sino que se encuentra en posesión de estado de hijo respecto de éste desde los siete meses de edad (fs. 8 y vta., 59 vta. y ccs.) y que no existe controversia respecto de los hechos ni de las pruebas –incluida la prueba genética– por parte de ninguna de las partes intervinientes (es decir, ni por el padre biológico, ni por el reconociente ni por la progenitora).

En rigor, la ausencia de controversia de las partes respecto de los hechos y las pruebas no resulta suficiente para valorar la procedencia de la acción en una materia, como la que aquí se debate, en la que se encuentra comprometido el orden público. Sin embargo, más allá de tales manifestaciones, tampoco resulta posible desconocer que en autos se encuentra debidamente acreditado que el niño L. resulta ser el hijo biológico del señor A., además de gozar de la posesión de estado de hijo respecto de éste desde los siete meses de edad (fs. 3, 4 y ccs.).

En este sentido, se ha sostenido que “por las especiales características del estado de familia que se proyectan en las acciones de estado, estos modos anormales de terminación del proceso revisten una eficacia relativa en el procedimiento filiatorio en particular…En cuanto al allanamiento entendiendo como la declaración de voluntad del demandado en cuya virtud reconoce la fundabilidad de la pretensión interpuesta por el actor, en tanto importa un

reconocimiento del derecho pretendido por el demandante y, por consiguiente, un abandono a la oposición o discusión a la pretensión, sólo resulta admisible en los procesos de filiación cuando lo que se persigue en el juicio puede ser realizado voluntariamente por el interesado (así, p.ej. en la acción de reclamación de filiación, porque el demandado puede en cualquier momento reconocer voluntariamente al hijo). A la inversa, en las acciones de desplazamiento de estado, al encontrarse en juego el orden público familiar ajeno a la autonomía de la voluntad de las partes, el allanamiento del o los demandados resulta insuficiente para determinar la procedencia de la acción, siendo necesario abrir a prueba el expediente y esperar el resultado de la sentencia que modifique la situación jurídica o estado filial anterior" (Famá, María Victoria, *La Filiación, Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Segunda edición, Buenos Aires, 2011, p. 238/9).

Siguiendo esta línea, resulta preciso recordar el carácter *determinante* que cabe reconocer a la prueba genética en esta clase de procesos. Al respecto, se ha señalado que "Lo cierto es que es lamentable que un proceso de estas características, tendiente a determinar la identidad de las personas, deba someterse a las reglas del procedimiento ordinario, que es el más prolongado y complejo de nuestro sistema procesal. Ello especialmente en la actualidad debido a la certeza probatoria del examen de ADN que –como veremos en el capítulo VII– hace innecesaria en la gran mayoría de los casos la producción de otros medios probatorios. Dejo sentada, pues, mi postura tendiente a regular de manera específica el trámite de los procesos de filiación, de modo de acortar los procedimientos engorrosos a la luz de las características propias de la temática que les da sustento. Esta idea no es más que un reflejo de lo que sucede en la práctica judicial, en que este tipo de procesos suele limitarse a la producción de la prueba genética" (Famá, op. cit., p. 224 y 225).

En virtud de ello, y de conformidad con el principio del *iura novit curia* y los principios de flexibilidad de las formas, tiempo razonable,

economía procesal y oficiosidad que gobiernan los procesos de familia en general (art. 706 Código Civil y Comercial y ccs.), no resulta posible convalidar una interpretación que desconozca no solo la relevancia de la prueba genética sino la propia "pretensión" del hijo –representado por su progenitora–. Es que en autos resulta evidente que, más allá de la deficiencia procesal exhibida, resulta categórica y contundente su voluntad de impugnar la filiación respecto del señor R. por no resultar acorde con su realidad biológica, ni con su realidad afectiva, y de reclamar la filiación del señor A..

Concretamente, la progenitora ha manifestado "…estar en un todo de acuerdo con la realidad biológica que se denuncia corresponde entre el menor en cuestión y el demandante y que resulta del examen de ADN que A., L. y yo realizamos por intermedio de los peritos de la Asesoría Pericial Departamental que se adjunta; por tal motivo, adhiero a los medios probatorios ofrecidos por el actor en el principal y al derecho invocado en su sustento, adhiriendo también al planteo de inconstitucionalidad articulado" (fs. 8 vta.).

Asimismo, sostuvo que "Es en ese carácter entonces (representante legal de L.) que formulé la demanda bilateral prevista en el art. 335 del Código Procesal….Ello equivale a decir que mi representado, el pequeño L., no reviste técnicamente la calidad de demandado sino que en esta demanda presentada conjuntamente con los restantes litigantes, Sres. A. y R., *posee un interés propio, personal y particular tendiente a obtener una sentencia que consagre su derecho a la identidad de modo tal que le permita reflejar en su documentación la posesión de estado de que goza como hijo de H. A. a mérito de su realidad biológica acreditada con la prueba agregada a la causa.* Ergo, no puede desconocerse que en este proceso iniciado de manera conjunta con A. y R., el menor aquí representado por mí a la par de adherir al planteo de inconstitucionalidad formulado por su padre biológico *se encuentra reclamando se reconozca su derecho a la identidad y su emplazamiento en el estado de hijo de H. A.*. Ante tan incon-

trastable realidad, llama la atención que el Sr. Agente Fiscal sostenga como argumento de su recurso que el precepto citado del Código Civil y Comercial de ningún modo vulnera el derecho de identidad del menor debido a que el hijo puede en cualquier momento impugnar el reconocimiento de paternidad a través de su representante legal. Precisamente ésta es la acción que incoa el hijo a través de su representante legal, conjuntamente con los restantes litigantes, para obtener el reconocimiento de su derecho a la identidad. A esta altura de los acontecimientos y a partir de los argumentos sobre los cuales el Sr. Agente Fiscal funda la apelación deducida, es necesario precisar a V.S. con mayores detalles cómo transcurre L. su existencia en el seno de su hogar. Desde que el niño contaba con pocos meses hemos conformado una familia A. y la suscripta, naciendo de esa unión dos hijos más: A. F. y A. H. A....Ello equivale a decir que el argumento sostenido por el Sr. Agente Fiscal en nada se compadece con la realidad de vida de L....Nada más alejado de la realidad. Fuerza reiterar que L. no conoce a R., ni siquiera sabe de su existencia. Su vida transcurre en el seno de su familia biológica y cree llevar el apellido de su papá, H. A.. Precisamente en razón de esa realidad es que en representación de L. he prestado conformidad con el planteo de inconstitucionalidad articulado por su padre H. J. A., en el entendimiento que en las circunstancias fácticas descriptas no puede analizarse la norma en crisis sólo desde el punto de vista dogmático." (destacado propio, fs. 38 vta., 39 y 40).

Por último, manifestó que "...aún con absoluta independencia de la declaración de inconstitucionalidad dispuesta en autos y toda vez que se encuentra agregada la prueba por excelencia que demuestra incontrastablemente la identidad de mi hijo, con la concurrencia en el pleito de todos los interesados, indudablemente las actuaciones se encuentran en condiciones para que se dé curso a la acción de fondo, prescindiéndose de la apertura a prueba y procediéndose sin más, previa vista al Sr. Agente Fiscal, a dictar sentencia desplazando al niño del estado de hijo de J. C. R. y emplazándolo como hijo de H. J. A..... Sólo resta señalar que –fuerza reiterarlo– hallándose en estos obra-

dos presentados todos los interesados, sin lugar a dudas la circunstancia de tener que acudir a un nuevo proceso, en el que deberá convocarse nuevamente a idénticas partes para formular similar petición apoyándose en la prueba que se encuentra agregada en estas actuaciones, todo lo cual ciertamente demandó un esfuerzo y tiempo considerables sobre todo en relación con la concurrencia del Sr. R., traerá aparejado un perjuicio mayúsculo para L.... Finalmente he de señalar que si bien es cierto que el último apartado del art. 335 del Código Procesal excluye las acciones fundadas en el derecho de familia, no puede dejar de advertirse que la prueba que acompaña la presentación resulta fundamental para acreditar que no se ha pretendido en la especie violar el orden público familiar avanzando sobre derechos no disponibles" (fs. 41 y vta.).

En sentido concordante, resulta preciso tener en cuenta que estos argumentos fueron compartidos por el representante del Ministerio Pupilar (fs. 50).

Las manifestaciones citadas no dejan espacio para la duda: la pretensión del niño, representado por su progenitora, fue hacer valer la acción de impugnación contra el reconociente y de reclamación de paternidad contra el padre biológico. Una solución que se desentienda de ello supone avalar, en esencia, la configuración de un excesivo rigor formal.

En esta línea, se ha señalado que "las formas externas del proceso de estado de familia deberán ser compatibilizadas con las peculiaridades propias del derecho de familia, en general, y con las acciones de estado de familia, en particular. Ello es así porque las características especiales de las acciones de estado deberán cotejarse con las normas procesales para determinar los casos en que se encuentra un cauce adecuado dentro de este ordenamiento adjetivo y aquellos supuestos en que resulta necesario interpretar esta normativa en concordancia con los principios imperativos del derecho familiar" (Azpiri Jorge, *Juicio de Filiación y Patria Potestad*, 2da., ed. Hammurabi, Buenos

Aires, 2006, p. 125 y 16 citado por Famá maría V., op.cit., Segunda edición, Buenos Aires, 2011, p. 223).

En particular relación con la cuestión de la caducidad de instancia en esta clase de procesos, incluso se ha alcanzado a plantear que "es evidente que aun decretada la caducidad de instancia, el hijo puede entablar las acciones de emplazamiento o desplazamiento en cualquier tiempo, ya que el dispositivo de fondo no establece plazo de caducidad para accionar en tales supuestos. Sin perjuicio de ello, me pregunto si en los procesos de filiación, donde está en juego el derecho a la identidad de las personas, deviene constitucional la aplicación de lo normado por el citado art. 314 CPCCN, contra los menores de edad. Y ello en cuanto, por más que el hijo tenga abierta la legitimación activa en cualquier momento, redundaría obviamente en su perjuicio y sería contrario al principio de economía procesal la iniciación de nuevas actuaciones por haberse decretado la caducidad de instancia en las anteriores; caducidad que obviamente no le es imputable. Máxime cuando el propio ordenamiento civil otorga al juez un amplio poder dispositivo de oficio en esta tipo de procesos (conf. art 253 C. Civ.) y el inc. c), art 54, ley 24946, señala entre los deberes y atribuciones de los defensores de Menores e Incapaces, el de "suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo" (Famá M., op. cit., 240 vta.).

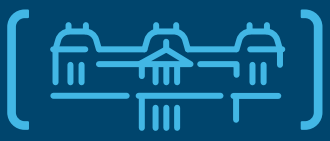
En definitiva, los principios procesales que integran la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, sumado al derecho a la identidad en juego de todas las partes intervinientes –en especial, del niño– , justifican la necesidad de efectuar una interpretación amplia y flexible respecto de la articulación de la acción de impugnación por parte del hijo representado por la madre –y, por ende, no sujeta a plazo– y descartar, en consecuencia, la solución sostenida por el quejoso en su remedio que, fundada en la necesidad de priorizar el plazo de caducidad del tercero interesado, supone admitir el rechazo

de la acción de impugnación y, por ende, obligar a la progenitora –en representación del hijo– a dar inicio a un nuevo juicio a los fines de reproducir todos y cada uno de los extremos aquí acreditados (fs. 58 vta. y 59).

IV. En virtud los argumentos expuestos, es que estimo preciso propiciar a V.E. se rechace el recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto.

La Plata, 16 de agosto de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.832

“S., M. L. c/ R., M. A. s/ Materia a categorizar”, fecha: 24-10-2018

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

C 122.832 "S., M. L.

c/ R., M. A. s/ Materia

a categorizar"

Suprema Corte:

I. La Ecxma. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de Mar del Plata, con fecha 16 de mayo de 2018 confirmó, por mayoría, la sentencia del Juzgado de Familia n° 6 del mismo Departamento Judicial, que hizo lugar a la atribución de hogar en favor de la Sra. M. L. S. y de los niños K. P. R., P. S. L. y C. A. R. (fs. 584/611).

Contra dicho decisorio la actora planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal -arts. 161 inc. 3° a) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 278, 279, 281, siguientes y concordantes del CPCC- (fs. 622/644), el que fue concedido por la Excma. Cámara con fecha 5 de julio de 2018 (fs. 645/645 vta.).

II. Del recurso de inaplicabilidad de ley

De la lectura del recurso extraordinario en análisis se desprende que la quejosa se agravia en primer término, del rechazo de la nulidad impetrada contra la Sentencia de fs. 477/490, en virtud de que la señora jueza de grado no se habría abocado al tratamiento de lo dispuesto por el art. 526 del CCyC. Refiere, asimismo, que la Sentencia de Cámara omite atender todas y cada una de las cuestiones planteadas por su parte al momento de la traba de la litis por lo que deviene incongruente, replicando el agravio expuesto al tiempo de apelar, donde el recurrente expresaba que el plazo de dos años que prevé el artículo 526 se encontraba excedido y que correspondía establecer una renta compensatoria en su favor. Reitera, por tanto, el pedido de aplicación al caso del art. 253 del CPC.

Sostiene por otra parte, que el fallo de la Excma. Cámara desestimó la nulidad mediante argumentos configurativos de absurdo. Funda ello en que, a su entender, el fundamento utilizado por el Dr. Ricardo Monterisi para rechazar la nulidad, denota que confunde la nulidad de los actos procesales (arts. 169/174 del CPCC), con la consagrada en el art. 253 del CPCC que se refiere a la nulidad por los defectos de sentencia -lo que a su entender configura absurdo-; como así también en el fundamento del Dr. Loustaunau, que para llegar a la misma conclusión invocó que no corresponde declarar la nulidad de una resolución si del contexto del fallo surge que se ponderó el material fáctico con criterio totalizador, lo que –a entender del recurrente- resulta inadmisible pues no podía rechazarse implícitamente un tema fundamental para la resolución de la cuestión de fondo como es la normativa contenida en el art. 526, inc. b, del CCyC pues conculca su derecho de defensa en juicio (art. 18 CN).

Así, concluye que el fallo atacado incurre en inaplicabilidad e inobservancia de las normativas contenidas en los arts. 34 inc. 4 y 163 del CPCC, inaplicabilidad de los arts. 253 del CPCC y 526 del CCyC y errónea aplicación de los arts. 169 y ss. del CPCC.

En segundo lugar, se agravia el señor R. del rechazo de los restantes agravios formulados en su escrito de apelación por entender que la Cámara no entró en un análisis profundo de los mismos.

En tal sentido, se agravia por la normativa legal aplicable, reiterando el agravio articulado al apelar la Sentencia de primera instancia en el sentido de que al momento de iniciarse el expediente de atribución del hogar las consecuencias de la guarda de los menores ya se había extinguido en virtud de lo dispuesto en el art. 614 del CCyC por lo que –a su criterio- no correspondía aplicar la nueva normativa. Entiende que al momento de pronunciarse sobre dicho agravio la Cámara no evaluó que la Magistrada de primera instancia había incumplido las mandas contenidas en los arts. 7, 614 y 616 del CCyC.

Del mismo, modo, respecto del rechazo del agravio de falta de legitimación activa, sostiene que el Dr. Monterisi, a cuyo voto adhirió la Dra. Zampini, omitió tratar con profundidad el agravio, desestimándolo en base a consideraciones genéricas, con erróneo fundamento en el art. 526 del CPCC, ya que -según sostiene- la señora S. no tenía otorgada la guarda con fines de adopción y carecía de legitimación a la luz de prescripto por el art. 657 del CCyC.

Destaca que no podía fundarse, como se hizo, la legitimación en una sentencia interlocutoria de la jueza de primera instancia que, con fecha 4 de mayo de 2017, ampliaba la guarda por un año en favor de la guardadora otorgándole facultades de representación para iniciar acciones legales en favor de los niños, pues por un lado ello vulnera el principio de igualdad antes la ley (art. 16 CN), el derecho de propiedad (art. 17 CN) y el de defensa en juicio (art. 18 CN) y , por el otro –refiere el agraviante- la presente demanda fue iniciada el 6 de mayo de 2015 -dos años antes de dicha medida judicial-.

En otro orden, se agravia del rechazo de la falta de legitimación pasiva. Reitera –como lo expresó en el escrito de apelación- que sólo detentó la guarda simple de los menores por seis meses y que los compromisos que asumió en la audiencia del 8 de abril de 2015 lo fueron sin el debido patrocinio letrado.

Refiere que no es cierto que –como afirma el Dr. Monterisi- no haya llevado a cabo ninguna actuación útil a ese respecto, pues como surge del acta de la audiencia del día 13 de abril de 2015, manifestó no tener vínculo jurídico con los niños, que deseaba desistir del trámite de adopción y de abonar la cuota alimentaria. En consecuencia, denuncia inaplicabilidad de los arts. 56 del CPCC; 18 CN y 676 CCyC.

Asimismo, se agravia del rechazo del agravio referido a la imposición a su parte de la figura del padre afín. Sostiene que los argumentos que llevaron a desestimar el agravio se fundan en la voluntad del juzgador y configuran una innegable violación a la manda contenida en el art. 673 del CCyC. Sos-

tiene, en este aspecto, que el fallo ha inaplicado los arts. 673 y 676 CCyC, 34 incs 4 y 5 del CPCC y 16 de la CN.

En quinto lugar, se agravia del rechazo del agravio referido al plazo de la atribución del hogar convivencial hasta la mayoría de edad de los niños.

Para fundar este agravio comienza por referirse a la obligación subsidiaria en materia alimentaria que, en todo caso –y aunque niega asumir tal carácter- correspondería al padre afín, respecto de los padres biológicos de los menores. Así también en el plazo de dos años que surge del art. 526 del CCyC; en la imposibilidad de aplicar al caso la doctrina de los propios actos, destacando nuevamente la inexistencia del acta de fecha 8 de abril de 2015 por encontrarse –según refiere- sin patrocinio letrado y en la inaplicabilidad del principio del superior interés de los niños involucrados, por no resultar padre afín de los mismos.

Invoca en este aspecto el incumplimiento de las mandas contenidas en los arts. 523, 526 y 676 del CCyC; 17 y 18 de la CN; 18, inc. 1 de la CDN y 7 de la ley 26.061.

Finalmente, destaca que el Tribunal ha omitido tratar el agravio referido a la violación al derecho de propiedad, al limitar su derecho de copropiedad, atribuyendo el hogar a la señora S. hasta la mayoría de edad de los menores, sin apoyatura legal para lograrlo.

III.- La sola formulación de los agravios evidencia la improcedencia del recurso.

En efecto, es sabido que "*Para que el escrito con que se interpone y funda el recurso de inaplicabilidad de ley cumpla con la misión que le asigna el art. 279, CPCC, es decir, demostrar la existencia de violación o error en la aplicación de la ley, los argumentos que en él se formulen deben referirse directa y concretamente a los conceptos que estructuran la construcción jurídica en que se*

asienta la sentencia debiendo el letrado explicar minuciosamente cuál es la norma o doctrina legal violada"... "*Deberá mostrar -en suma- en qué consiste la transgresión, cómo ésta se configura, qué alcance tiene y qué perjuicio acarrea*" (conf. Camps, Carlos Enrique. "Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires. Anotado. Comentado y Concordado. Tomo I, Ed. Lexis Nexis, 2004, p. 510).

Asimismo, respecto del absurdo alegado señala Hitters que el mismo "*se configura cuando lo resuelto escapa a las leyes lógicas, o resulta imposible o inconcebible; implicando en consecuencia un desvío notorio de la aplicación del raciocinio, o una grosera degeneración interpretativa*" y que "*si se atribuye absurdo o arbitrariedad en la apreciación de la prueba, para el éxito de la queja no sólo basta alegar esos vicios, sino que además hay que probarlos*" (*Hitters, Juan Carlos. "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*", Librería Editora Platense, 2° edición, La Plata, 1998, p. 453 y 609).

En tal sentido, ese Alto Tribunal, tiene dicho que "*Resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que no cumple con lo dispuesto en el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial al no controvertir los fundamentos en los cuales se basa el fallo, limitándose a esbozar argumentos que trasuntan su disconformidad con la sentencia dictada, alcanzando la crítica, solamente, a constituir una mera discrepancia subjetiva con el criterio del juzgador, dejando así incumplida la carga recursiva impuesta*" (SCBA LP C 112228 S 08/05/2013, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/Transportes La Primera de José C. Paz S.A. y otros s/Apremio"; C 118589 S 21/06/2018, "Flandes Riquelme, Juan Ignacio contra Contreras Inostroza, Raúl Atilio y otros. Daños y perjuicios", entre muchos otros).

Y, del mismo modo, ha sostenido que "*El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley debe ser autosuficiente para que de su lectura pueda advertirse el error o la transgresión en la aplicación de la ley, carga procesal que sólo se cumple si se concreta una impugnación eficaz de las motivaciones de la sentencia y se demuestra la violación de los preceptos que la sustentan,*

supuesto ausente en el caso de autos. Mas aún cuando se limita a reproducir las quejas arrimadas a la Cámara". (SCBA LP, C 101.554 S 09/09/2009, "Carátula: M. d. o. ,F. Y. c/B. ,H. s/Filiación y Daños y perjuicios").

En el caso, el recurso traído a dictamen justamente se limita a replicar las consideraciones ya expuestas en la apelación de la sentencia de primera instancia, sin abordar adecuadamente las razones argumentales expresadas por la alzada, sin rebatir el marco jurídico sobre el cual se asienta el fallo ni demostrar la existencia de error grosero alguno para conmover –a su vez- los sólidos fundamentos que la Excma. Cámara de Apelaciones ha esgrimido para confirmar, en un todo, el fallo de la instancia de origen, tratando todos y cada uno de los agravios planteados.

IV.- Sin perjuicio de ello, debo advertir que actualmente, como señala Basset, en el Código Civil y Comercial "*hay obligación alimentaria entre personas que no están vinculadas por un estado de familia en la hipótesis del progenitor afín no casado (no es pariente por afinidad) y en los alimentos post-divorcio o post-ruptura convivencial. Algunos efectos de naturaleza alimentaria, como la vivienda, están incluso llamados a proteger o tener en cuenta "otros integrantes" del grupo familiar, cuyo contorno no resulta claro de la norma… en cuanto a los alimentos entre el progenitor afín e hijo afín …subsisten contraídos después de la ruptura cuando su cese intempestivo ocasionaría graves perjuicios al hijo afín y si el conviviente los asumió durante la vida en común (art. 676)*" (Basset, Úrsula C. "*Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿Responsabilidad civil o alimentos?*". En: D F y P 2016 (febrero), 51).

En el caso, en que el objeto de la Litis es la atribución de la vivienda, si bien es cierto que el caso en estudio no resulta encuadrado completa y técnicamente en el art. 676 del CCyCN -que establece la obligación alimentaria del progenitor afín-, no lo es menos que la *finalidad* con que fue incorporada dicha norma a nuestro ordenamiento jurídico coincide en un todo con la situación que analizamos: proveer de lo imprescindible a los menores que en este caso, si bien no son hijos se encuentran en proceso de declaración de adoptabilidad para ser ado-

potados -de prosperar- por la señora S. -su ex convivente-, cuyas necesidades fueron cubiertas voluntariamente por el señor R. y que su corte abrupto e intempestivo podría ocasionar un grave daño (art. 2 del del CCyCN).

Como ha señalado Galli Fiant comentando un caso similar al presente, la norma del progenitor afín "*aporta una solución última, extrema y limitada, imponiendo una obligación asistencial para evitar un grave daño que pudiera derivarse de la ruptura de la convivencia. La cuestión se resuelve desde el ángulo del resguardo y la protección a la persona en situación de vulnerabilidad*" (Galli Fiant, María Magdalena "*Alimentos por frustración de la guarda*". En: La Ley del 3/10/16, 7. La Ley 2016-E, 442).

Resulta ilustrativo en este sentido, el fallo de la Excma. Cámara al señalar que "*Si bien en el caso, el accionado aún no había sido emplazado en estado de padre adoptivo, el cese intempestivo de la guarda por su propia voluntad ha provocado –tal como ha quedado acabadamente demostrado con todas las intervenciones interdisciplinarias dispuestas en la instancia previa-, un impacto dañoso en los niños en los que se encuentra inmerso el desamparo material –que incluye la proporción de su derecho a una vivienda digna- derivado directamente de tal disrupción del vínculo afectivo –que se encontraba consolidado- habido con ellos*"…."*Atento lo expresado, habiendo el demandado asumido durante la vida en común con la aquí accionante el sustento económico de los niños, incluido el aporte material del rubro vivienda, y que un cambio de situación al respecto les ocasionaría un grave daño a aquéllos, la exigibilidad prevista en el art. 676 del CCyC, en este caso, y por analogía jurídica con la figura del padre afín, deviene incuestionable*". (fs. 603 vta.).

Por otra parte, no ha sido ese el único fundamento jurídico para la resolución del caso que tiene como protagonistas principales a tres niños que resultan destinatarios de una protección particular por su fragilidad.

También el artículo 526 del Código Civil y Comercial -cuya aplicación el recurrente solicita y que ha sido expresamente evaluado en el

fallo de la Excma. Cámara de Apelaciones-, ampara la solución a que arriban los atacados fallos, ya que como bien se ha sostenido "*En sintonía con la concepción pluralista de la familia, y la protección brindada a los derechos fundamentales de todas las personas, el art. 526 del nuevo Código Civil y Comercial contempla la atribución del uso de la vivienda en el caso de ruptura de la unión convivencial a favor de uno de los convivientes. A diferencia del matrimonio, el plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos años a contar desde que se produjo el cese. Este límite no rige cuando hay hijos menores de edad o con capacidad restringida, porque en este caso, ellos son los verdaderos beneficiarios de la atribución del uso*". Ello pues "*La protección de la vivienda de los niños, niñas y adolescentes receptada en el nuevo Código Civil y Comercial se nutre de un plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional argentino, cuales son la dignidad de la persona, la igualdad real de oportunidades y el derecho humano a la vida familiar*" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, MARIEL F. "*La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y comercial*". En: Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, p. 111).

Todo lo expuesto es coherente, finalmente, con lo normado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece en el artículo 27, parágrafo 3, que "3. *Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda*".

A la luz de tales directivas, es necesario ponderar una consideración de la mayor importancia: en el caso, tanto el señor R. como la señora S. han revestido, sin ningún lugar a dudas, el carácter de responsables por estos niños para dar efectividad a estos derechos.

Se encuentra corroborado con los extremos analizados

que la señora S. en cuanto guardadora de los menores no tiene otra posibilidad de vivienda que la que se encuentra en condominio con el señor R. (fs. 379/380), que ambos han asumido voluntariamente la guarda de los menores y han ratificado dicha voluntad en reiteradas oportunidades (fs 41 del expediente S., M. L. c/ R., M. A. s/ Alimentos" y 236, 251/251, vta, 268/270 vta., 286, 289, 293 del expediente "R., C. A. s/ guarda de personas"), conformando un grupo familiar para esos niños (fs 242, 253, 255, 289, 209/291, 293 de este último expediente), comprometiéndose el señor R. -incluso después de la separación de la señora S.- a brindar a los menores alimentos y vivienda (fs 289 del mismo expediente sobre guarda de personas).

Todo ello –como bien ha analizado la Excma. Cámara de Apelaciones, confirmando el fallo de la primera instancia-, conlleva a que el recurrente no pueda pretender desligarse de esa situación –desdecirse de su compromiso- de un modo abrupto e imprevisible, produciendo daños que podrían resultar irreparables en la vida de las tres personas que se encontraban bajo su cuidado y protección -reitero, a su pedido y no por imposición-.

En este contexto, la doctrina de los propios actos, la normativa nacional e internacional invocada y los principios y valores que inspiran dichos sistemas, que han sido expresamente sopesados por los fallos en crisis, sin que el recurrente haya logrado desvirtuar en modo alguno dichos extremos, sellan la suerte del recurso traído a estudio.

V- En virtud de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el recurso impetrado.

La Plata, 24 de octubre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.322

“A., G. L. I. c/ R., M. G. H. s/ restitución internacional de menores”, fecha: 10-07-2019

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

C 123.322 "A., G. L. I.
c/ R., M. G. H.
s/ restitución internacional
de menores."

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Quilmes con fecha 5 de octubre de 2018 confirmó el decisorio de primera instancia que dispuso hacer lugar a la restitución internacional reclamada por la progenitora de las niñas N. y A. R., A. a la Ciudad de Palafolls, Barcelona, España (fs. 232/41).

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños, con patrocinio letrado particular, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrante a fs. 277/91.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

El quejoso centra sus agravios en considerar que la decisión de la alzada fue adoptada sin haber escuchado adecuadamente a las niñas. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba dirigida a determinar su residencia habitual y, en consecuencia, el carácter ilícito del traslado.

En sustento de su queja denuncia la violación de los artículos16, 18 y 75 inc. 22 y 23 dela Constitución Nacional; 1, 8, 17, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 11 y 15 Constitución Provincial; 3, 9, 12, 27 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; la Observación General nro. 12 y número 14 del Comité de Derechos del Niño; Opinión Consultiva nro. 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 13 del Convenio de la Haya; los artículos 25, 26, 638, 639, 646, 647, 706, 707 del Código Civil y Comercial; 1,

2, 3, 27 y 29 de la ley 26.061 y 27 del dto. 415/06; la ley provincial 14568 y su decreto 62/2015, las Reglas de Brasilia y la Carta de Cancún (fs. 278 y vta., 281, 283).

En particular, alega que la sentencia ha incumplido con la garantía de las niñas N. y A. a ser escuchadas de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 281 y vta.).

Concretamente sostiene "la resolución de Cámara es contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y además, resultaba arbitraria por no aplicar la ley vigente 26.061 en atención que la escucha de NN y A se realiza con asistencia letrada de un abogado del niño especializado, que es la garantía de debido proceso y la defensa en juicio, en atención que consta la opinión de las mismas en acta, el interés particular de las mismas" (fs. 281 vta.).

En la misma línea destaca: "Es claro entonces que la ley 26061 no establece ninguna restricción para que el niño sea oído en juicio. Ello es así pues la mención a la madurez y al desarrollo –artículo 24 inc. b) de la ley 26061– es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera es un requisito para escucharlo…Como es sabido, una concepción integral y garantista del derecho de defensa no puede dejar de lado su aspecto técnico. La continua complicación de los procedimientos exige los conocimientos jurídicos de un abogado especializado a efectos de desarrollar un estrategia eficaz que pueda habilitar la participación de quien es parte …Cuando hablamos de la participación activa de las niñas y niños en un procedimientos significa 'hablar del reconocimiento de un status especial' del niño al respecto, mediante el cual 'en su carácter de parte dentro del procedimiento', esta facultado para actuar en cualquier proceso e instancia y contra con una 'representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle' (fs. 284 y vta. y 285).

En virtud de ello, concluye que "De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica

de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño sin sustituir su voluntad…De manera tal que, el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y adolescentes por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de la protección integral, que establece una noción ampliada de legitimación procesal, deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño" (fs. 285 vta. y 286).

En ese razonamiento, agrega que debió haberse oficiado al Registro de Abogados del Niño del Colegio de Abogados departamental a los efectos de proveer de asistencia letrada a las niñas de autos, de conformidad con lo establecido en la ley provincial de abogados del niño y su decreto reglamentario (fs. 287).

En definitiva, sostiene: "De todo ello se desprende que sin lugar a dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza y en caso de no hacerlo el estado le deberá asignar uno de oficio. Es decir, el niño y adolescente puede elegir a su abogado defensor, como derecho personalísimo a la libre elección del profesional letrado, sin intervención de terceros" (fs. 288).

Cita, en sustento de su queja, los precedentes de la Corte Federal "G.M.S. c/ J.V.L. s/ divorcio vincular" y "M.G. c/ P.C.A" de fechas 26 de octubre de 2010 y 26 de junio de 2012 (fs. 288 y vta.).

En segundo término se agravia del tramo de la sentencia que establece que la residencia habitual de las niñas reside en Palafolls, Barcelona y que la integración al nuevo medio no constituye motivo autónomo de oposición ya que el centro de vida no puedo adquirirse a través de un ilícito art. 2614 in fine del CCyCN (fs. 289 vta.).

En particular señala que la cuestión vinculada con la residencia habitual de las niñas ha sido valorada absurdamente, toda vez que la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en Barcelona (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014).

En ese sentido agrega que "Parafolls, Barcelona donde residieron en abril de 2014 a julio de 2016 y los años anteriores de 2009 a 2014 todo el grupo familiar residió en la argentina, entonces mal podría ser Barcelona su centro de vida, pasaron más años en la Argentina, sumado a que la progenitora se le vencerá su permiso de residencia en mayo de 2019, la misma no tiene ciudadanía española, que ha quedado demostrado la integración de A. y N. al presente ambiente en Bernal, que es un lugar donde han pasado más tiempo, donde están sus abuelos, tíos, primos, amigos y sus colegios, art 13 Convención de la Haya art 13 inc. b- ley 23857- sumado a que ejerzo la custodia tal como lo expongo "ut supra" que al ejercía antes de llegar a la Argentina con las niñas" (fs. 290).

En definitiva concluye: "al no cumplirse con el derecho a la escucha 'per se' es una sentencia arbitraria y nula, en violación a las garantías constitucionales y convencionales, en perjuicio del interés superior de N. y N., toda vez que no se ha ejercido el derecho a la escucha que gozan, no se ha cumplido con el artículo 12 CDN, art 24 ley 26061, en virtud de ello no pudieron ser escuchadas en las cuestiones relativas a su regreso a España y su opinión ser tenida en cuenta el cuál resulta esencial para resolución de la presente causa de marras (arts. 384 y ss CPCC, art 12 CDN, art 27 inc c) de la ley 26061, art 13 inc. a y b. Convenio de La Haya, ley 23857…Por todo lo expuesto afirmo que, con lo indicado "ut supra", per se, mis hijas A. y N. han hecho operativa la excepción prevista en el artículo 13 de la Convención de La Haya, ley 23857, por lo que, a mi entendimiento, ya sea por la vía de la nulidad de las resoluciones dictadas sin participación de las niñas, o por la excepción aludida, corresponde suspender la ejecución de la sentencia dictada en autos" (fs. 289 vta y 290 vta.).

II. El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

i. Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, los agravios vinculados con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por el apelante respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada por el tribunal en oportunidad de determinar la residencia habitual de las niñas A. (13) y N. (9) –v. fs. 14/17 y ccs. –.

Al respecto, adelanto mi opinión según la cuál los agravios del impugnante carecen de entidad para conmover la argumentación desplegada por la cámara departamental para determinar la residencia habitual de las niñas A. y N. de conformidad con lo términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH1980) y con los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de la Nación y sostenidos por esa Corte (Fallos 318:1296;328:4511; 333:604; 333:2396; 334:913; 334:1287; 334:1445; 335:1559; 336:97; 336:658; 339:609, 339:849; 341:1136; 341:2019; SCBA, C121958, sentencia del 27 de junio de 2018, C120761, sentencia del 24 de agosto de 2018, C120328, sentencia del 19 de octubre de 201, C 119110, sentencia del 10 de junio de 2015, entre muchas otras).

En esa línea cabe recordar el criterio sostenido reiteradamente por el Máximo Tribunal de la Nación, según el cuál “en reiteradas oportunidades esta Corte ha dejado en claro que ‘la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia ...en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho’ (conf. Fallos: 318: 1269). La adaptación de las niñas a la vida en este país tampoco resultaría, prima facie, un obstáculo para ordenar su regreso ya que la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquel, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por

parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (Fallos: 333:604; 334:1445; 336:97 y 339:609)" (Fallos 339:1534).

En particular, comparto los argumentos desplegados por la alzada para considerar aplicable a la especie el CH1980 sobre la base de determinar que el traslado de las niñas A. y N. a nuestro país debe considerarse ilícito en los términos de los artículos 3 y 12 del Convenio por haberse producido en infracción al derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho español– por considerar que era allí donde las niñas tenían su residencia habitual – y en virtud de la prescripción del artículo 12 que veda la posibilidad de admitir la integración al medio como motivo autónomo de oposición para el cumplimiento de la orden de reintegro en los casos en que se hubiera activado el mecanismo restitutorio dentro del plazo de un año a contar desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos (fs. 29, arts. 3, 4, 12 y ccs. CH1980, arts. 2614, 2642 y ccs. C. C. y C.).

Concretamente, la cámara departamental argumentó: "En este sentido, resulta trascendente el relato efectuado por el propio apelante, quien manifestó que se conoció con la actora durante 1993, contrayendo matrimonio recién en el año 2013. Que en el año 2006 fueron a España, naciendo allí su hija mayor A. el día 5/6/2006 (12 años de edad a la fecha –ver fs. 82/3–) y en el año 2008 retornaron a la Argentina, naciendo aquí su hija menor N. el día14/01/2010' (8 años de edad al presente –v. fs. 84–). Quienes permanecieron en Argentina desde 2009 hasta que "…en Abril de 2014 decidimos establecernos nuevamente en España…Que nuestra relación llegó a su fin, en esta última etapa, y de común acuerdo decidimos que yo regresaría a Argentina y la Sra. A. permanecería en España y que las niñas viajarían conmigo para establecerse nuevamente en Argentina"…, más este pretenso acuerdo al que alude el accionado no ha quedado debidamente acreditado en autos, y uno solo de los progenitores –a raíz de la responsabilidad parental regulada en la legislación española aplicable–

carece de autoridad exclusiva para disponer un cambio de residencia definitivo de las menores hacia el extranjero" (fs. 234 vta.).

En la misma línea, puntualizó: "No abrigó dudas en torno a que la residencia habitual de las pequeñas inmediatamente anterior al cuestionado traslado a la Argentina junto a su progenitor a fines de julio de 2016, se encontraba en la ciudad de Barcelona, reino de España. Ello surge del propio relato del emplazado –como quedara expuesto– y de la documental remitida por la Autoridad Central Argentina, acompañada con el libelo inaugural...esto es: certificación del Ayuntamiento de Palafolls acreditando – conforme padrón municipal vigente– el domicilio permanente de todos los miembros del grupo familiar en calle N...., ..., Palafolls, Barcelona; certificación de la escuela "....." donde acredita que las niñas A. y N. son alumnas de dicho centro educativo, cursando allí en 2014/2015, 2015/2016 y se encontraban matriculadas para el año 2016/2017; tarjetas "....." de seguro de salud de las menores en España ..; de modo que –concordantemente con lo dictaminado por la señora Asesora de Incapaces actuante y receptado en la sentencia en crisis...– entiendo que el traslado de las niñas efectuado por su padre a la República Argentina a mediados de 2016, resulta ilícito en los términos del CH1980, pues a esa fecha ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad son quienes debían determinar el domicilio de sus hijas, no pudiendo uno de los padres modificar por sí solo la residencia habitual de las niñas, salvo que cuente con el consentimiento del otro progenitor, recaudo que no puede tener por verificado en autos con la autorización en copia acompañada a fs. 92/6, de la que se desprende que la Señora L. I. A., G. autoriza al aquí demandado a viajar con las hijas de ambos, fuera del territorio español. Es que una mera autorización de viaje no conlleva la autorización para modificar unilateralmente el lugar de residencia habitual de las niñas; por lo que el último traslado de las mismas a la Argentina junto a su padre ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna, cuya manifestación deber surgir de manera inequívoca. De conformidad con la hermenéutica efectuada por la

comunidad jurídica española, acreditada a partir de las certificaciones acompañadas por la Autoridad Central Requirente, es posible concluir que el cambio de domicilio de un menor, su traslado a un lugar distinto al de su residencia habitual o al extranjero, constituyen decisiones de importancia en su vida y por tanto deberán ser adoptadas con el consentimiento de ambos progenitores con independencia de quien tuviera su custodia o, en su defecto, por previa autorización judicial, extremos no acreditados en el sub examine (v. fs. 31/34, conf. art. 39 Const. Española; arts. 154, 156, 158, 159, 160, 236 y concs. Cód. Civ. español; 14 y 15 del CH 1980; 2595 inc. "a" C.C.yC.N)." (fs. 235 y vta.).

Por último, agregó: "En tanto que la solicitud de restitución internacional de las niñas fue efectuada antes de que venciera el plazo de un año previsto en el primer párrafo del artículo 12 del CH1980, pues basta con advertir que luego de obtener la progenitora la certificación de ilicitud del traslado de sus hijas a que alude el artículo 15 del CH 1980, presentó el pedido de restitución ante la autoridad central española, llegando el mismo a la Autoridad Central Argentina el día 24 de febrero de 2017. Sentado ello y en función del lamento esbozado en la memoria respecto del pretenso arraigo de las niñas en la República Argentina por el tiempo transcurrido desde su ingreso al país a fines de julio 2016 a la fecha, creo oportuno recordar que el artículo 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación en su último párrafo dispone que los niños niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente" (fs. 236).

Al respecto, se ha sostenido que "el artículo 15 dispone que las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la

mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase" (Scotti Luciana, "Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia N° 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013, pp. 125 – 156).

En síntesis, no sólo de la totalidad de las constancias detalladas en la sentencia impugnada se desprende que el quejoso y sus hijas residían en Palafolls, Barcelona, con anterioridad al traslado de las menores a la Argentina por parte de su progenitor y que el traslado a nuestro país fue realizado sin que exista norma ni decisión judicial ni acuerdo ni título o fuente equivalente que autorice al progenitor a decidir unilateralmente el lugar de residencia de las niñas o que acredite el consentimiento de la progenitora para ello –sin que resulte óbice la autorización notarial suscripta por la progenitora a fin de autorizar a sus hijas a viajar fuera del territorio español–, sino que ello surge de la propia certificación expedida por la autoridad judicial española de conformidad con el artículo 15 del CH1980 (fs.29,31/4, 92/6; arts. 3, 5, 15 y ccs..CH1980, Rubaja, Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia, op.cit., pp. 482-7 op. cit).

Ninguno de estos extremos han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se ciñó a denunciar que "la Cámara omitió considerar que con anterioridad al tiempo que residieron en Barcelona (Julio de 2014 a julio de 2016), a las niñas permanecieron en nuestro país, donde forjaron relaciones de amistad en el ámbito escolar (entre los años 2009 y 2014)".

Al respecto, resulta preciso recordar que "La residencia habitual es una cuestión de hecho, es distinta a la noción de domicilio, y tampoco es una cuestión matemática que simplemente surge de sumar el lugar en el que el niño tuvo mayor permanencia"(Goicochea, Ignacio, "Aspectos Prácticos de

la Sustracción Internacional de Menores", AR/DOC/7199/2012).

En definitiva, el impugnante no ha intentado conmover los datos fácticos ni jurídicos reseñados como prueba y fundamento de la decisión que determinó que al momento del traslado de las niñas –30 de julio de 2016 v. fs. 10-12– la residencia habitual de los menores de edad se hallaba en España (Fallos 341:2019).

ii. Analizada la cuestión vinculada con la acreditación del traslado o retención ilícitos, corresponde examinar los restantes agravios dirigidos a cuestionar la vulneración del derecho de las niñas a ser oídas sin contar con debido patrocinio letrado en el acotado marco de debate autorizado por el Convenio de La Haya (arts. 13 y 20 CH1980).

Al respecto, ha sostenido reiteradamente la Corte Federal que "el mencionado convenio determina como principio la inmediata restitución del menor y, en consecuencia, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar su finalidad... En tal sentido, esta Corte ha señalado que las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980" (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:604; 336:638).

Entre las excepciones autorizadas, el artículo 13 tercer párrafo del CH1980 establece: "La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse u ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opinión" (art. 13 CH1980).

Sobre esta particular excepción, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: "En el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los pro-

genitores (...) En razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar" (Fallos 336:97, 336:849; 335:1559).

En la misma línea, esa Corte señaló “Pero existe consenso en la comunidad internacional en que el menor no sólo debe oponerse a la restitución, sino que debe demostrar un sentimiento fuerte más allá de la mera expresión de una preferencia o deseo…Debe mediar un repudio irreductible a regresar al lugar de su residencia habitual, para lo cual resultan relevantes la naturaleza y solidez de sus objeciones, así como sus motivos sensatos…Y en este aspecto, una oposición a la vida con el progenitor solicitante debe distinguirse de una objeción a la vida en el país de su residencia habitual….Sólo un repudio irreductible de los menores a regresar al lugar de su residencia habitual autorizaría a tener por acreditada esta excepción a la restitución..” (SCBA, C 119986, sentencia del 20 de abril de 2016, entre otras).

Dichos extremos –sin perjuicio de las dificultades interpretativas planteadas respecto de la evaluación y del grado de injerencia que cabe reconocer a la ‘opinión’ del niño en el ámbito de aplicación de los convenios de cooperación en materia de restitución internacional– tampoco han sido cuestionados por el recurrente quien, en su lugar, se centró en impugnar la escucha de las niñas por haber sido llevado a cabo sin la presencia de un abogado de su confianza (Basset Úrsula,“Restitución internacional de menores: ¿Una crisis de paradigmas en torno a la protección de los niños”, AR/DOC/3963/2013; Goicochea Ignacio, Rubaja, Nieve, “Procedimiento de Restitución Internacional de Niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional”,

AR/DOC/2781/2015; Mizrahi, Mauricio, "Traslados ilegales de niños", AR/DOC/1404/2016; Rubaja Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp.510-513;, Scotti, Luciana, "Nuevos paradigmas sobre infancia y adolescencia en el marco de un caso de restitución internacional de niños", DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, 191).

De ello cabe concluir que los términos de los agravios traídos sobre este tópico tampoco resultan atendibles por resultar palmariamente insuficientes para configurar el supuesto de excepción autorizado por el artículo 13, tercer párrafo del CH1980.

Sin perjuicio de ello, y en mérito a los delicados intereses en juego, diré que tampoco resultan ajustados los agravios planteados respecto de la afectación del derecho de las niñas a ser oídas por haber sido citadas sin debido patrocinio letrado.

En primer término, resulta preciso resaltar que las constancias de fs.143 y 231 dan cuenta de que los jueces de primera y de segunda instancia y el ministerio público han dado cumplimiento con el deber de tomar contacto directo con las niñas con carácter previo a resolver la restitución reclamada.

Al respecto, el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños elaborado por la Oficina Regional para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en coordinación con la Red Nacional de Jueces de Familia para la Protección y Restitución Internacional de Niños y la Jueza de la Red Internacional de Jueces de La Haya en el mes de diciembre del año 2016 establece que "Los niños tienen derecho a participar activamente y a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, conforme a su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Se debe dar al niño información completa, accesi-

ble y apropiada a la edad, respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar. Para ello, resulta fundamental, tomar precauciones tendientes a reducir el riesgo de posibles consecuencias negativas para el niño, a raíz de su participación en el proceso. Asimismo, debe darse al niño una respuesta clara acerca de cómo influirá su participación en la decisión y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución" (Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, p.3).

Es decir, el citado protocolo reproduce en su ámbito de aplicación el estándar convencional que establece el derecho de todos los niños a ser oídos en todo procedimiento que los afecte y a que su opinión sea tenida en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 C.D.N., Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General nro. 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, "AtalaRiffo vs. Chile" (2012), párrafos 199 y ss.; "Furlán vs. Argentina" (2012), párrafos 230 y ss.; "Gelman vs, Uruguay" (2012), párrafo 129; 3, 24 y ccs. Ley 26061; arts. 24, 25, 26, 639, 707 y ccs. C.C.y C; art. 4 y ccs. ley 13298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728, sentencia del 2 de mayo de 2002; C100970, sentencia del 10 de febrero de 2010 ; C. 107.820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010, entre otras).

En esa línea ha sostenido esa Corte que "Emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente a los niños involucrados constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos...La opinión que los niños puedan poseer sobre el tópico (art. 13, 4 y 5 párr., C.H. 1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlos y ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, balan-

ceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002)." (SCBA; C C19986, sentencia del 20 de abril de 2016).

En este punto, y en mérito a los agravios planteados, considero preciso destacar la distinción que corresponde efectuar entre el deber del juez de escuchar al niño de conformidad con los estándares citados, con el derecho de los niños a participar de forma autónoma y con asistencia letrada, de conformidad con su edad y grado de madurez (artículos 25, 26, 677 y ccs. C.C.yC.; 27, ley 26061 y 27 dto. 415/06; 1, ley 14568 y decreto 62/2015; Fallos 333:2017; 335:1136; Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos "B., C. R y otros c/ T., R E. s/ tenencia de hijos" de fecha 9 de agosto de 2018; SCBA, C 121733, resolución de fecha 27 de junio de 2018).

En efecto, mientras la escucha del niño es un deber insoslayable del juez, el derecho de los niños o adolescentes a participar por derecho propio con asistencia letrada es una facultad que podrán ejercer (o no) y que deberá reconocerse de conformidad con el principio de autonomía o capacidad progresiva que supone el establecimiento de una gradación evolutiva para el ejercicio de los derechos, en función de la edad y del desarrollo psicológico, físico y social de los niños y que, en el caso de los adolescentes, corresponde presumir.

Sobre este punto se ha señalado "Más allá de lo expuesto, cabe aquí formular una aclaración: en los procesos de familia que se dirimen entre los progenitores el derecho a participar activamente que recoge la ley 26061 es precisamente esto, un derecho, una facultad del niño o adolescente, no un deber. Ello implica que este tipo de juicios no resulta necesario integrar la litis con el traslado de la demanda al niño, puesto que no siempre éste desea verse involucrado en el proceso; de lo contrario cabría aplicarle las consecuencias de la rebeldía para el caso de no presentarse en juicio, cuestión que eviden-

temente resulta opuesta a la protección de su interés superior. Es él y sólo él quien decide si quiere participar. Si lo hace, tendrá derecho a ofrecer prueba, solicitar medidas cautelares, recurrir las resoluciones, etc. Si ello no ocurre, no se podrá extraer ninguna consecuencia adversa de su falta de participación…" (Famá, María Victoria, "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de Familia", SJA, 1/7/2009)".

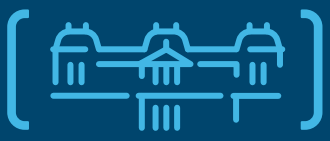
Una interpretación diferente, no sólo confunde un deber –pasible de sanción de nulidad– con el ejercicio autónomo de un derecho, sino que se muestra reñida con el régimen legal de capacidad, asistencia y representación establecido para las personas menores (Famá, Maria Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/3698/2015; Highton, Elena I., "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley 13/04/2015).

En definitiva, entiendo que la garantía fundamental de conocer y oír a las niñas con carácter previo a resolver un caso de restitución internacional ha sido adecuadamente cumplimentada con la escucha personal y directa efectuada por los jueces y por el ministerio público en primera instancia y en la alzada departamental (fs. 143 y vta. y 231).

III. En virtud de estas consideraciones, entiendo preciso propiciar a V.E. el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 10 de julio de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.958

"R., L. M. L. c/ E., L. A. s/ Restitución internacional de menores", fecha: 05-12-2017

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

C 121.958

"R., L. M. L. c/ E. L. A.
s/ *Restitución internacional de menores.*"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en fecha 13 de julio de 2017, revocó la sentencia de primera instancia que ordenó el reintegro de la niña M. M. E. al estado de Paraguay que fue requerido por su progenitora (fs. 178/188vta.).

Contra dicho resolutorio se alzó la actora representada por la señora Defensor Oficial, doctora Patricia Alejandra Marin, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs.190/209vta.

II. La progenitora alega, en síntesis, errónea aplicación e interpretación de los artículos 3 y 12 de la CDN; arts. 1, 2, 3, 4, 12 y 13 párrafo 4 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; arts. 26, 645 y 707 del Cód. Civ. y Com. y art. 3 de la ley 26.061. Denuncia asimismo que la sentencia atacada ha violado la doctrina legal de la CSJN y de la SCBA imperante en la materia tratada (fs. 194/194vta.).

En particular, sostiene que la Alzada funda su veredicto en lo dispuesto por, entre otras normativas internas, exclusivamente el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 (en adelante, CH1980) y no hace mención alguna a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante, C.I.R.I.M).

A luz de estos argumentos, la recurrente expresa que

resulta necesario hacer alguna salvedad y/o mención al respecto, ya que no puede desconocerse la existencia de la C.I.R.I.M. y su prioridad en ser aplicada en el caso en cuestión, encontrándose involucrados los Estados Argentino y Paraguayo, por encima de la CH1980 (fs. 194 vta. / 195 vta.).

Por otro lado, puntualiza que yerra el ad quem al considerar que de las actuaciones surge que ambas partes han acudido en algún momento a las vías de hecho en lugar de encausar sus planteos jurídicamente. Al respecto, destaca que su representada no hizo uso alguno, en ningún momento, de vías de hecho, en lo que hace al traslado de la niña de la República Argentina a la República del Paraguay. Explica que, en el mes de diciembre de 2014, la señora R. haciendo uso de la autorización debidamente concedida por el demandado, se dirigió a Paraguay, a la localidad de E. A. como acostumbraba viajar (fs. 196).

Continúa diciendo que la sentencia atacada omite toda consideración a lo acontecido en los autos caratulados "R. M. L. c/ E. L. A. s/ Protección contra la Violencia familiar" (Expte. nro. 46.210), que resulta ser un elemento ineludible a los fines de explicitar los motivos reales y temores ciertos por los cuales la señora R. L. no regresó al país en forma voluntaria al vencer la autorización (fs. 196/196 vta.).

Sobre este punto agrega que "…entre los años 2015/2016, el demandado en ningún momento solicitó la asistencia legal a fin de obtener el regreso de la niña a Argentina o en su defecto, fijar un régimen de comunicación con la misma. No es real que desconociera el lugar donde se encontraba M., puesto que siempre mantuvo comunicación telefónica con mi representada, así como a través de redes sociales (…) Y en todo caso, de ser real su desconocimiento respecto del lugar de residencia de la menor, pudo haber puesto en movimiento la maquinaria prevista por el art. 18 de la C.I.R.I.M…" (fs.197).

Concluye, en líneas generales, que la Cámara no valora la inacción del demandado para reclamar el regreso de la niña a Argentina, como

así tampoco tiene en consideración que transcurridos ocho meses desde que M. vive con él en B. B. no ha iniciado trámite judicial alguno respecto del cuidado personal de la niña en los Juzgados de familia locales (fs. 198).

Asimismo, denuncia la errónea aplicación de la doctrina legal de la S.C.B.A. en cuanto lo argumentado por la Alzada a fs. 185 in fine. En este sentido argumenta que, el caso que diera lugar a la doctrina expuesta por la Cámara (C 119.110), se trata de un supuesto muy diferente al sub-lite, ya que en el mismo el progenitor desasido sí accionó legalmente para que se produzca la restitución; situación que no ocurrió en autos porque el demandado había tácitamente consentido que la menor residiera definitivamente en Paraguay (fs. 198 vta.).

De todo ello concluye que la inactividad por parte del demandado para requerir el regreso de su hija a Argentina, debe ser entendido como la convalidación tácita de que E. A. sería, de allí en adelante, el domicilio y la residencia habitual de la niña. En efecto, alega que yerra la Alzada en cuanto al lugar de residencia habitual de la niña, puesto que sostiene que desde el año 2015, el centro de vida de la menor no es otro que la localidad de E. A., y no la ciudad de B. B., República Argentina (fs. 199).

Al respecto expresa que, de la pericia psicológica realizada en primera instancia (abril/2017), se deprende del relato espontáneo de la niña, que a pesar de vivir en Paraguay desde que contaba con seis años, no parece tener recuerdos de su vida anterior en la ciudad de B. B. como así tampoco habla de vínculos familiares o nexos afectivos que mantenga con la familia paterna o su entorno (fs. 199/ 199 vta.).

La impugnante también denuncia la errónea aplicación e interpretación del art. 3 de la ley 26.061 que efectúa la Alzada a fs. 185, cuando sostiene que el lugar de residencia habitual de la niña M. es B. B. En este sentido opina que, para determinar el verdadero lugar de residencia habitual de un menor no solo se debe considerar la cantidad numérica de años de residencia en

Argentina o Paraguay, sino lo que la niña siente e identifica como su centro de vida, su lugar, el lugar al que pertenece, dónde siente y expresa que se encuentra su hogar, sus afectos. Cita jurisprudencia (fs. 201/202).

En estas condiciones, argumenta que se equivoca la Alzada cuando realiza toda una teoría en virtud de la cual sostiene que al no haber sido la niña regresada por su madre a Argentina al finalizar el plazo concedido en la autorización emitida por el padre, la señora R. habría incurrido en un hecho ilícito y por lo tanto, arriba a la conclusión que el lugar de residencia habitual de la menor era B. B. y la ley aplicable es la del Estado Argentino (fs. 202 vta.).

Por el contrario, opina que "…el domicilio habitual de la niña no es B. B., al día de hoy, sino E. A. por así consentirlo y permitirlo tácitamente el demandado; resulta de aplicación la normativa legal vigente en el estado paraguayo. La normativa que rige la materia allí, similar a la nuestra, exige que para que un menor de edad egrese del país, cuando la patria potestad se encuentra en cabeza de ambos padres (que es lo que ocurre en autos), requiere autorización expresa del otro progenitor que no acompaña al menor en el egreso" (fs. 203).

De este modo, continúa argumentando que al no tener autorización, es imposible que M. pudiera salir del país por los pasos y controles fronterizos, habiendo organizado el señor E. la salida de la niña de Paraguay a través de una balsa, acompañada por la hermana mayor (fs. 203).

Por otro lado, se agravia de la errónea interpretación que hace la Alzada del artículo 3 de la CH1980 en relación a considerar que el traslado e ingreso de la niña M. a la República Argentina no reviste ilegalidad alguna. En este entendimiento, manifiesta que el D.N.I. original de M. se encuentra actualmente en poder de la progenitora y atento que E. en el mes de enero 2017 solicitó un nuevo ejemplar del D.N.I. de la niña (v. fs. 63), no hay duda que al momento de ingresar a la Argentina no contaba con el mismo. De este modo,

resultaría imposible que la niña haya pasado por Migraciones, porque debió presentar dicha documentación (fs. 204/204 vta.).

Finalmente, centra su queja en relación al modo en que la Alzada ha interpretado la opinión de la niña involucrada. Al respecto destaca que no puede dejarse de advertir el cambio de postura asumida por M. desde que manifestara su alegría y deseo de volver a vivir con su madre en E. A. y que su padre viajara para ir a visitarla (cfr. pericial psicológica desarrollada en primera instancia), al cambio operado en ella al decir que desea continuar viviendo con el demandado en la ciudad de B. B. y visitar a su madre en Paraguay (cfr. actas obrantes a fs. 164 y 167).

Puntualiza que, conforme lo opinado por la perito psicóloga interviniente en ambas instancias, M. es una niña extrovertida, que denota una aparente madurez superior a la edad con la que cuenta, pero también, es una niña con una personalidad de tipo sumisa, conformista, que acata las decisiones paternas sin juicio propio de confronte o pedido de explicaciones (fs.205).

En este sentido, opina que: "...nos encontramos con una niña fácilmente impresionable y muy permeable a ciertos estímulos (socioeconómicos y de aparente afecto) que pudieron haber hecho cambiar su discurso" (fs. 205).

En suma, refiere que el deseo que manifiesta M. hoy, así como lo hizo con el mismo énfasis en el marco de la pericia psicológica, pero en el sentido contrario, no puede llevar a concluir que a fin de dar cumplimiento con el interés superior del menor, debe revocarse la sentencia de grado en cuanto a la restitución de la niña junto a su progenitora a la República del Paraguay (fs.205).

Argumenta que "En razón de su finalidad el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o

a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual, y dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como repudio irreductible a regresar (v. dictámenes de Fallos: 333.604, 334:913 y otros)." Cita doctrina y jurisprudencia al respecto (fs. 205 vta./207).

A modo de conclusión, sostiene que no puede valorarse como un tópico definitorio el mero cambio de "opinión" de la menor involucrada, expresada en la Alzada, cuando no es una oposición irreductible a volver a residir en el Paraguay y mucho menos se evidencia que ello pudiera causarle afectación o rechazo significativo (fs. 208 vta.).

III. En primer lugar, resulta crucial la determinación de la residencia habitual de la niña M., porque es el punto de conexión del derecho aplicable a los fines de dilucidar si se han infringido los llamados "derecho de custodia o guarda" de uno de los progenitores, presupuesto necesario para la configuración de la ilicitud del traslado o la retención conforme lo establecido en la CH1980 y la C.I.R.I.M. (ambas aplicables al caso).

El artículo 3 de la CH1980 dispone que: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: *a*)cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención".

En igual sentido, el artículo 4 de la C.I.R.I.M establece que: "Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor".

En el caso bajo examen, de la totalidad de las constancias de la causa -no cuestionadas por el demandado (v. fs. 25 y 28; presentación de descargo, fs. 73vta.; pericia de fs. 105/107)- se desprende que la progenitora y su hija M. residían en el barrio C. de la localidad E. A., República de Paraguay, con anterioridad al traslado de la niña a la Argentina que ha sido efectuado sin la correspondiente autorización materna.

Es menester destacar que de la pericia psicológica efectuada a M. M. con fecha 24 de abril de 2017 (v. fs. 105/107), se visualiza que la niña reconoce como centro vida el lugar en el cual habitaba con su madre y su pequeña hermanita desde diciembre de 2014, cuando contaba con 6 años de edad, hasta que luego de dos años sin contacto con el progenitor, el señor E. decide trasladarla a la Argentina.

En consonancia con lo expuesto, se evidencia de la evaluación realizada, que M. sentía a la ciudad de E. A. como un lugar de pertenencia en donde se encontraban sus afectos y lazos más preciados, tales como su progenitora y la familia materna extensa (v. fs. 105 vta.).

A mayor abundamiento, y teniendo en consideración lo expresado por la niña en cuanto sostuvo que: "... allá me esperan mi escuela, mi mamá, mi hermana y mis cosas" (v. fs. 106), se puede apreciar que M. percibía su residencia habitual en la localidad de E. A., Paraguay.

Es dable señalar que la doctrina ha coincidido en señalar que la residencia habitual es una situación de hecho, que no puede ser definida en abstracto y que tiene naturaleza sociológica, en tanto supone estabilidad y permanencia. Afirma el Dr. Mizrahi que la residencia habitual "...constituye el lugar donde se encuentra el centro de los afectos y vivencias del niño, la escuela a la cual asiste, y en el que despliega sus relaciones, tanto familiares como sociales. Representa, por lo tanto, el espacio donde el niño tiene los lazos más significativos y acontecen sus experiencias diarias; vale decir, su mundo real y emocio-

nal" (Mizrahi, Mauricio Luis, "*Restitución Internacional de niños*", Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 88).

Por su parte, sugiere Weinberg de Roca que "la residencia habitual constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias..." (Weinberg de Roca, Inés M.,"*Domicilio de menores adultos*", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, ps. 499 y ss.).

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación subrayó que "la expresión 'residencia habitual' que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores" (CSJN, 14/06/1995, "W.,E.M. c/ O.,M.G.", Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A-260; DJ, 1996-1-387; ED, 164-21).

No obstante lo mencionado, la Cámara consideró que la residencia habitual de M. M. era la ciudad de B. B., Argentina. Para ello, basó su decisorio, entre otros argumentos, en el mayor tiempo en que la menor había pasado su existencia en nuestro país (v. fs. 186).

Sabido es que la residencia habitual y el centro de vida corresponde que sean evaluados desde una perspectiva temporal, pero sin desconocer las circunstancias fácticas que antes acontecieron. De este modo, no hay que interpretar en su literalidad el art. 3 inc f. de la ley 26.061, en cuanto dice que el centro de vida del niño será donde hubiese transcurrido "la mayor parte de su existencia".

En este contexto, estimo pertinente considerar determinadas situaciones ocurridas con anterioridad al inicio de estas actuaciones, a

saber: i) que la señora R. L. ha sido víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte del demandado (v. expediente N° 46.210 que se encuentra acollarado a las presentes) cuando convivía con él y su pequeña hija; ii) que esa situación de violencia que sufrió y sufría constantemente la llevó a tener que tomar la determinación de irse de nuestro país junto a M. ; iii) que el señor E. prestó autorización para que su hija viajara a Paraguay en diciembre de 2014 –hecho que no se encuentra controvertido por las partes– (v. fs. 102); iv) que si bien resulta cierto que la progenitora, vencido el plazo de la autorización, esto es, 300 o 365 días (no hay consenso en cuanto al plazo), se quedó en Paraguay, también es sumamente significativa la conducta adoptada por el demandado en cuanto a que no realizó ningún tipo de reclamo judicial o administrativo (desde que se venció la autorización hasta diciembre de 2016), prestando conformidad con la estancia de M. en Paraguay; v) que la niña M. no tenía conocimiento ni se imaginaba que su padre la iba a trasladar a la Argentina (fs. 107, último párrafo).

De lo expuesto se desprende que esas condiciones fácticas y sobre todo el sentimiento de pertenencia esgrimido por la niña M. (fs.105/107) no fueron consideradas por el ad-quem a los fines de determinar la residencia habitual de la niña, asistiendo razón a la recurrente en cuanto se agravia por la errónea aplicación e interpretación que hace la Alzada de las normas imperantes en la materia.

Lo cierto es que, a la luz de las Convenciones Internacionales (art. 3, apdo. "a" de la Convención de La Haya de 1980 y el art. 4 de la Convención Interamericana), el derecho aplicable en el sub-lite es el Código de la Niñez y la Adolescencia paraguayo (ley 1680/01).

En su art. 70, en relación al ejercicio de la patria potestad, dispone: “El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos”.

Y en cuanto a la autorización para salir del país, el art. 100 del mismo Código establece que: "En el caso de que el niño o adolescente viaje al exterior con uno de los padres, se requerirá la autorización expresa del otro. Si viaja solo se requerirá la de ambos. La autorización se hará en acta ante el Juez de paz que corresponda".

De ello se sigue que el traslado de la niña –y consecuentemente su retención– en nuestro país resulta ilícita por haberse producido en infracción al derecho de custodia con arreglo al derecho paraguayo, puesto que nunca la progenitora de la niña (quien ejercía de hecho el cuidado personal de la menor) otorgó autorización alguna para que M. egresara del país.

Claro está que la sede habitacional constituida tras la ilegalidad, como en el caso, no podrá ser tenida en cuenta. Ello es así, porque el derecho no puede avalar conductas que son contrarias al ordenamiento jurídico. Igual temperamento sigue el art. 2614 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, que si bien hace referencia al domicilio también es aplicable al concepto de "residencia habitual" en cuanto establece que: "…los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenido ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente".

Por otra parte, sin perjuicio de las circunstancias expuestas en orden con la procedencia del reintegro de la niña a Paraguay, en virtud de hallarse acreditados los extremos que exigen los Convenios internacionales como presupuesto para el progreso del reclamo de restitución, resulta preciso ingresar en el análisis de la opinión de la niña invocada por los jueces de la Cámara para fundar su decisión (v. fs. 187 vta./188), cuestionada por la recurrente por resultar, a su modo de ver, erróneamente valorada.

En relación a la naturaleza de la oposición del niño o adolescente a retornar, la doctrina ha sostenido que: "… no cualquier voluntad que exprese el niño es la que debe ser considerada por los jueces a los fines de

resolver si se accede o no a la restitución reclamada. Por de pronto, no deberemos estar solo ante una mera preferencia de trascendencia menor, sino frente a un vehemente rechazo al retorno; esto es, un repudio irreductible y férreo a regresar. A su vez, aún dado un rechazo vehemente, es necesario que se trate, además, de una oposición muy clara y coherente, bien informada y fundada en circunstancias muy graves, y no un caso de resistencia inducida o en presencia de una declamación poco auténtica en la que ha ejercido una influencia notoria uno de los progenitores" (Mizrahi, Mauricio Luis, "*Restitución Internacional de niños*", Astrea, Buenos Aires, 2016 págs. 210 y 211).

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que "...el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario la posibilidad del artículo 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas sino al reintegro al país de residencia habitual; y dentro de esta área específica no ha de consistir en una mera preferencia o negativa sino en una verdadera oposición entendida como un repudio irreductible a regresar (dictamen de la Procuración General, en CSJN "F.C. del C. c/ G.R.T. S/ reintegro de hijo", sent. del 21 de mayo de 2013). En definitiva, la Corte Suprema sostiene que la posibilidad del artículo 13 penúltimo párrafo solo se abre frente a una voluntad cualificada que no ha de estar dirigida a la tenencia sino al reintegro al país de residencia habitual (CSJN, "*S.D. c/ R.L.M. s/reintegro de hijos y alimentos*", sentencia del 2 de julio de 2013).

En esta misma línea, se ha resuelto que: "Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la restitución internacional de los menores si no se ha acreditado una verdadera oposición en función del art. 13, penúltimo párrafo del Convenio de La Haya de 1980 sino que, como surge en forma consistente de los dictámenes profesionales, la postura de los menores de edad no importa una resistencia cerrada a retornar sino una preferencia a permanecer en

Argentina y una negativa al regreso bajo el cuidado de su padre" (dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, CSJN, "B.D.C., G.E.c/D.C., M.R.s/RESTITUCION INTERNACIONAL", sentencia del 27 de diciembre de 2016).

Sin embargo, de la sentencia recurrida no se advierte una negativa férrea de la niña de volver a Paraguay con las características exigidas por la doctrina del Máximo Tribunal Nacional para tener por configurada la eximente prevista en el artículo 13 penúltimo párrafo del referido Convenio, sino que la opinión de la niña manifestada ante la Alzada (conf. fs 164/vta. y 167/vta.) se encuentra dirigida a expresar el deseo de la preferencia de vivir con su progenitor, circunstancia que no alcanza a configurar el extremo requerido por la norma de conformidad con los estándares interpretativos elaborados por la Corte Federal como para justificar la oposición al reintegro.

Resulta ilustrativo destacar que si nos detenemos a observar las probanzas de autos (v. fs. 105/107, 109/110, 164/164vta. y 167/vta.) podríamos inferir que en muy corto lapso de tiempo, (de abril a junio de 2017) la niña M. M., que cuenta con 9 años de edad, ha cambiado de opinión en relación al lugar donde desea vivir. De este modo, y sin desconocer el grado de madurez y capacidad que posee, podemos estimar que podría existir cierta influencia paterna susceptible de viciar su autonomía para decidir al respecto.

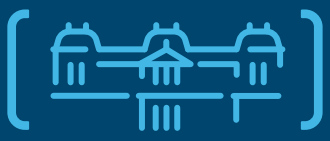
Sobre este tópico, la doctrina destaca que "…siendo que el niño es también intérprete de su mejor interés, se deberá evaluar y apreciar en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si éste se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación será de fundamental importancia el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática demodo que puedan interpretar su negativa, ya sea que se exprese verbalmente o no, y si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que pueda sufrir sus progenitores" (Rubaja, Nieve**,**Resti-

tución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 751).

IV. En virtud de lo expuesto, teniendo como premisa que el interés superior del niño debe orientar y condicionar las decisiones judiciales en el cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 y de la Convención Interamericana de 1989 que éste se resguarda -esencialmente- con una solución de urgencia y provisoria que cese la vía de hecho, estimo pertinente que V.E. ordene la restitución de la niña a Paraguay.

La Plata, 5 de diciembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.589

“A., R. O. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”,
fecha: 23-06-2017

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

C 121.589 "A., R. O.
s/ Determinación de la
Capacidad jurídica"

Suprema Corte:

I. La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Azul, respecto a la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nº 2 de Azul y el Juzgado de Familia nº 1 de Tandil, resolvió declarar competente a este último Juzgado (fs. 136/139).

Contra dicho pronunciamiento el titular de la Asesoría de Incapaces nº 3 de Tandil interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 146/154).

II. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Sostiene el recurrente que la Excma. Cámara al asignar competencia territorial al Juzgado de Familia de Tandil incurrió en errónea interpretación/aplicación de la ley 5.827 y sus modificatorias posteriores y de la doctrina legal, en cuanto la Sala II de dicho Tribunal asumió como propias facultades que son privativas del Poder Legislativo provincial y que el mismo hubo de delegar en la Suprema Corte provincial.

En razón de sus agravios, señala las modificaciones de la ley 5.827 relacionadas a la creación de los Tribunales de Familia por la ley 11.453 (modif. por la ley 12318) y las facultades que la norma le otorga a la Suprema Corte (art.10), hace referencia a la exposición de motivos de la ley 7.861 y al proyecto de la ley 11.453. Puntualiza lo establecido en la ley 13.634 complementaria de la ley 13.298, en cuanto dispone la disolución en los distintos departamentos judiciales de todos los Tribunales de Familia exis-

tentes, su transformación en juzgado unipersonales y la creación de tres juzgados de familia en el Departamento Judicial Azul (art.8, 9 y 10).

Alude a la actual organización de la justicia provincial (art.1 ley 13.837) y se enfoca en el análisis del artículo 6 de la ley 5.827 –según texto de la ley 13.862-que se refiere al Departamento Judicial Azul. Entiende que dicha norma es totalmente contraria y desajustada a derecho por cuanto omite advertir y corregir la debida denominación y competencia que antaño tenían los tribunales de familia y tribunales de menores. Expresa que dichos organismos no existen en la composición de la administración de justicia provincial y sus funciones fueron asignadas a los Juzgados de Familia, "los cuales como es el supuesto de la Ciudad de Tandil forma parte de aquellos Juzgados que poseen su asiento en la ciudad antedicha (TANDIL) y que -conforme reza la normativa en cuestión-poseen competencia EXCLUSIVA de intervención territorial para el partido de Tandil específicamente".

Manifiesta que en relación al departamento judicial Azul, la ley 14.684 dispone la creación de dos juzgados de familia, uno con sede en Olavarría y con competencia territorial sobre los partidos de Olavarría, Bolívar, Laprida y General Lamadrid, y un juzgado de familia con sede en Tandil, con competencia territorial exclusiva y excluyente para el partido de Tandil.

Observa que de acuerdo a la ley 13.814 es el Poder Legislativo provincial quien expresamente autoriza/delega en la Suprema Corte de Justicia disponer el traslado y la prórroga y modificación de competencia de los juzgados de garantías y unipersonales de familia creados por la ley 13.634 cuando, conforme al grado de litigiosidad, extensión territorial, distancia y población, existan razones que así lo aconsejen (art. 3). En el mismo sentido, y con cita de lo que surge del articulado de las

leyes 14.616 y 14.684, afirma " '... que es una 'facultad 'del Poder Legislativo delegada –específicamente en cada norma- a la máxima autoridad del Poder Judicial Provincial' circunstancia que' no es viable que puedan arrogársela las Cámaras de Apelaciones departamentales, ya que les estaría vedado por ley".

Por último, solicita se revoque la decisión de la Excma. Cámara que resuelve remitir las actuaciones al Juzgado de Familia nº 1 de Tandil y se atribuya competencia al Juzgado de Familia nº 1 de la ciudad de Azul.

III. Considero que el recurso debe prosperar.

Para declarar competente al Juzgado de Familia nº 1 de Tandil la Sala II de la Excma. Cámara de Azul, tomó como base de sus argumentos: la especialidad y la proximidad –en kilómetros- respecto del lugar de residencia del causante (Benito Juárez-Barker), criterios que entiende harían posible priorizar los principios de inmediación, celeridad y economía procesal, y cumplir el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva; todo ello, sostuvo, de conformidad a doctrina legal de esa Suprema Corte (causas C. 109.819, "N., N. E", sent. de 17-8-2011, C. 119.889, "T., M., E", sent. de 13-5.2015, y C. 116.614, " C., O.," sent. de 9-5-2012, entre otras).

Se advierte, de las reseñas efectuadas sobre los agravios del recurrente y de los argumentos del " ad quem", que se reeditan en esta contienda cuestiones -sobre radicación territorial- que resultan coincidentes con las planteadas por el mismo señor Asesor contra el mismo Tribunal de Alzada, las cuales fueron dirimidas en causa C.121.104, "I., D. R., sent. de 23-5-2017.

En dicha inteligencia es que mantengo y reproduzco, en lo pertinente, lo dictaminado y compartido por esa Suprema Corte, en

cuanto que: "...siendo una directriz que las normas que rigen el procedimiento deben aplicarse de manera que faciliten el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables no advierto -a la luz de los artículos 1, 2 y artículo 706 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación- cuál es el beneficio qué redundará en favor del justiciable al desplazar la competencia territorial a la ciudad de Tandil, ni de qué manera pueden verse violentados los principios legalmente garantizados [...]-de inmediación y de la tutela judicial efectiva- (artículos 35, 36 y 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, articulo 8.1, y 25.1 CADH. y articulo 13 CDPD, Reglas de Brasilia), si estas actuaciones se mantienen en un Juzgado de Familia con sede en la ciudad de Azul".

Cabe señalar, en dicho contexto que la menor distancia que separa a Benito Juárez (Barker) de Tandil "invocada como único criterio para determinar la nueva radicación territorial no configura, a mi entender, un obstáculo que pueda impedir el acceso real e igualitario al ejercicio de los derechos y garantías..." en favor del encartado.

En lo que respecta a la organización judicial que establece la ley 5.827, "Sobre el Departamento Judicial Azul, es de hacer notar, que el artículo 6 ha sido materia de diversas modificaciones posteriores al Decreto 3702/92, (Leyes N° 11.924, 12.060, 13.479, 13.411, 13.597, 13.634, 13.672,13.694, 13.682, y 14.684) y en cada una de las leyes aludidas, todos los Juzgados con sede en Tandil tienen asignada competencia territorial exclusiva para el Partido del mismo nombre".

Asimismo, en lo referido al criterio de especialidad del órgano invocado en la resolución atacada, advierto que en cumplimiento del mandato expreso que estipula el artículo 706 inc. "b" del Código Civil y Comercial de la Nación, ese Alto Tribunal, en varios precedentes, ha ponderado la relevancia legalmente asignada al principio de especialización en las cuestiones de familia, cuando en la contienda se

encuentran involucrados órganos que pertenecen a diversos fueros (conf. doc. causas C. 116.614, resol. de 9-5-2012; C. 120.020, resol. de 9-4-2015; C. 120.104, resol. de 7-10-2015; C. 120.767, resol. de 29-6-2016; C. 119.425, resol. de 19-10-2016 y C. 120.831, resol. de 7-6-2017).

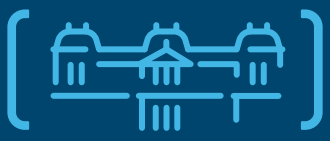
Agrego a lo manifestado, que la condición de persona vulnerable del destinatario de la protección legal, que justifica la intervención jurisdiccional, exige de parte de todos los operadores judiciales involucrados un esfuerzo mayor al cotidiano que se despliega en las labores habituales, para alcanzar el objetivo protectorio de la persona y en la medida que la misma lo necesite.

Y es por ello que, tomando en cuenta la fecha de la sentencia definitiva, que restringió de modo absoluto la capacidad de A., R.O. (v. fs. 19), la situación que emerge de los informes, sociales (fs. 39 y 40, fs. 51 vta. y 52, fs.100 vta., 101 y 101 vta.) y de la Asesoría Pericial (fs. 106), y las normas vigentes en la materia, corresponde en el "sub lite" articular los medios existentes para que se dicte un nuevo pronunciamiento acorde a la ley vigente de modo de alcanzar la efectividad de los derechos que posee R. O. A., (art. 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 40, y 138 C.C. y C. y art. 75, inc. 22 y 23 Const. Nac. y ley 27.044).

IV. Por todo lo expuesto, opino que debería continuar interviniendo en las presentes actuaciones el Juzgado de Familia con sede en la ciudad de Azul, debiendo ajustar su cometido a los parámetros legales vigentes.

La Plata, 23 de junio 2017.

DR. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.219

“M., M. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”,
fecha: 02-05-2018

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

C 122.219

"M., M. s/ Determinación
de la Capacidad Jurídica"

Suprema Corte:

I. La Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de General San Martín confirmó la resolución emitida por el señor juez titular del Juzgado de Familia Nº 2 (fs. 35/36), que dispuso rechazar la incompetencia planteada por la señora Defensora Oficial, y continuar entendiendo en las presentes actuaciones (fs. 55/59).

Frente a lo así resuelto, se alza la señora Defensora Oficial, doctora Débora Beatriz Bender, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 60/69 vta. y concedido a fs. 77.

II. Recurso de Inaplicabilidad de Ley.

Afirma la agraviada, en síntesis, que la sentencia impugnada priva a la beneficiaria del proceso de determinación de la capacidad -quien es parte y se domicilia en la localidad de Lomas de Zamora- de su juez natural, en menoscabo de la tutela judicial diferenciada o reforzada que se impone a este colectivo de familia. (fs. 60 vta.).

Manifiesta que, con lo resuelto, se violentan los arts. 35, 36 y 706 del Código Civil y Comercial y el art. 5 inc. 8 del Código Procesal Civil y Comercial; no se acata la línea interpretativa establecida por esa Suprema Corte (causas RC. 120.295, int. del 7-10-15, RC. 120.216, int. del 23-9-15; RC. 120.050, int del 23-9-15 y RC. 120.217, int. del 14-10-15; y aplica erróneamente la Regla 42 de las "100 Reglas de Brasilia" de Acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (fs. 64).

Asimismo, señala que se han transgredido los principios de inmediación y de la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, arguye que la competencia territorial que rige para fiscalizar la medida de internación es el lugar donde se cumple la medida, y en los procesos sobre la determinación de la capacidad jurídica, se sitúa en el domicilio consolidado del beneficiario del trámite judicial.

Expresa que, para este último supuesto, se ha previsto "*la necesidad de contar con la cercanía territorial para efectuar las entrevistas personales del Juez con el actor del proceso..., el derecho de éste a contar con un abogado de su confianza o, en su caso, con el Defensor Oficial cercano a su domicilio, y a contar con un sistema de apoyos y salvaguardas de fácil acceso para la persona con capacidad restringida, que lo ayuden a promover su autonomía en el ejercicio de sus derechos*" (fs. 64/vta.).

En resumen, destaca que el principio de inmediatez **"...únicamente podrá ser provisto por la vecindad del** Órgano Judicial y las dependencias del Ministerio Público intervinientes..." (fs. 64 vta.).

También, entiende que la alzada incurre en una absurda valoración de los informes de fs. 194, 202, 208, 223 y 229, que obran en la causa sobre internación, al contemplar los inconvenientes que el traslado de la competencia generaría a los familiares de la señora M. —quienes viven en José C. Paz, lugar próximo a la jurisdicción del departamento judicial de General San Martín—.

En tal sentido, refiere que el acceso al sistema de apoyo previsto en el art. 12. 3 de la CIDPD, presupone un apoyo con participación activa.

Según entiende, la familia de la señora M. no conforma un apoyo efectivo cuyo acceso a la justicia deba garantizarse, ni ha sido continente para efectivizar su externación supervisada. Aduce también que la hija visita esporádicamente a la causante; que no ha sido propuesta como apoyo ni que ha intervenido en este proceso (fs. 65 vta. y 66). Insiste en que la hija no la lleva de paseo y tampoco la acoge en su domicilio.

Advierte, con citas de precedentes, que en el presente caso se reúnen las circunstancias ponderadas por la Suprema Corte para que proceda el desplazamiento de la competencia territorial entre juzgados o tribunales de distintos departamentos judiciales (causas RC. 120.295, int. del 7-10-15; RC. 120.216, int. del 23-9-15; RC. 120.050, int. del 23-9-15 y RC. 120.217, int. del 14-10-15).

III. Debo señalar, con carácter liminar, las normas específicas sobre competencia que rigen el presente caso.

i.- En la Sección destinada a las restricciones de la capacidad, el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), se ocupa de organizar el aspecto referido a la competencia, que —por regla y a falta de previsión legislativa en contrario— resulta de aplicación inmediata (Fallos: 327:2703; 331:116, entre muchos otros).

En lo concerniente al presente caso, el artículo 36 del nuevo régimen establece que la solicitud de declaración de incapacidad o restricción de la capacidad, se deduce ante el juez correspondiente al domicilio de la persona en cuyo interés se promueve el juicio, o ante el juez del lugar de su internación; pauta legal que debe leerse a la luz de "...sus finalidades, las leyes análogas,...los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento..." (arts. 1 y 2 del CCCN).

En tal contexto interpretativo, adquiere singular preponderancia el principio de tutela judicial efectiva y la doctrina que la Corte Suprema ha elaborado sobre la base de esa directiva constitucional (Fallos: 328:4832; y CIV 90438/2014/CS1 "M., L.A.T. s/art. 152 ter C.C.", del 19/04/16, entre otros).

Como puede colegirse, la cercanía física contribuye a la concreción de las finalidades normativas. Al propio tiempo, incide en la concentración y demás aspectos prácticos característicos de este tipo de realidades, que exigen particular celeridad y eficacia.

En efecto, la labor atribuida a los jueces por el nuevo código excede de una aproximación *de visu*, pues implica un ejercicio de evaluación y seguimiento cuyo adecuado despliegue está vinculado, en principio, con el lugar donde vive establemente la persona (Fallos: 340:7 y 793).

En ese marco, observo que la primera internación de la señora M. —mantenida en la actualidad— fue solicitada por su hija L. R., el 12 de diciembre de 2007 (ver fs. 2 del expte. 34.718, caratulado "M., M. s/internación", que tengo a la vista, y fs. 57 de las presentes actuaciones).

Asimismo, de las constancias de autos surge que el juez interviniente, durante todo el trámite del proceso, ha procurado implementar medidas para brindar una debida atención a la justiciable: se ocupó de seguir la evolución de su salud; de la "*reconducción de los lazos familiares*"; de evaluar las posibilidades de externación, y de autorizar, en su oportunidad, las salidas de la causante con su hija (fs. 57 y 57 vta.).

Por otro lado, la distancia no impidió la concurrencia personal y reiterada de los peritos del Juzgado, del Ministerio Público y de la Defensa Oficial, para evaluar a la señora M. y a sus familiares. Lo dicho, tal como expuso la alzada, "*demuestra la constante y efectiva interacción entre el órganos judicial y la causante, así como con sus familiares…*" (fs. 57 vta. y 58).

También quedó acreditado que, desde enero del año 2016, la señora M. recibe visitas esporádicas de su hija L. R..

Al mismo tiempo, es relevante destacar que, desde hace ya más de diez años, el Dr. Guillermo M. de la Cueva conoce en el proceso de internación identificado *supra*, sin que medien circunstancias que ameriten modificar la situación existente (fs. 57 vta. y 58).

En definitiva, comparto la conclusión de la alzada, en cuanto a que: "*Todo ello, […] demuestra que la causante se encuentra en un ámbito*

accesible para la efectiva tarea tutelar de tal órgano jurisdiccional (*arts. 15, 36 incs. 5 y 8 de la Constitución Provincial; 9 y 13 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26.378; 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Regla 42 de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad ccdte. arts. 1 y 2 del Cód. Civ y Comercial, ya citados*)" (fs. 58).

ii. Sentado ello, no es posible soslayar la importancia de toda la actividad desplegada por los operadores judiciales intervinientes en función del debido control judicial (según lo normado en la ley prov. 7.967, modif. ley 11.453, vigente en aquel entonces; arts. 20 y 21 "b" ley 26.657 y art. 630 CPCC).

De ello dan cuenta las resoluciones jurisdiccionales dictadas y cumplidas, los informes del Hospital E. evacuados a requerimiento judicial, los elaborados por los integrantes del Equipo Técnico de la jurisdicción, del Ministerio Público Tutelar y de la Defensa, producidos después de entrevistas personales con la justiciable, sus familiares y allegados (fs. 9/10, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 75, 80, 83, 88, 89, 90, 94, 95, 99, 100, 120, 126/126 vta., 142, 144, 146, 148, 164, 174, 175, 189, 190, 194, 199, 200/202, 203, 204, 214, 215, 220, 230, 235 y 236 del expte. 34.718; fs. 32, 33 y 34 del expte. N° 72432, "M., M. s/ Determinación de la capacidad jurídica").

De igual modo, es destacable la labor emprendida para promover el contacto de la encartada con su grupo familiar, a fin de posibilitar su externación del Hospital E. (v. fs. 56/57, 80, 90 y 134 del expte. 34.718), aunque ello no pudo concretarse (fs. 24, 39, 52, 67, 93) en cada oportunidad posible (ley prov. 7.967 mod. por ley 11.453; art. 13 Ac. 1990/81; arts. 14, 16 apdo. "b", ley 26.657 y ley prov. 14.280).

En otro aspecto, como bien expone la alzada, la requirente de la medida de internación que dio origen al expediente N° 34.718 (fs. 1/12),

visitó a su progenitora y la recibió en su domicilio con motivo de externaciones transitorias o permisos de paseo, en diferentes oportunidades, colaborando en determinadas ocasiones alguno de sus hermanos. Ello aconteció, de modo intermitente, durante los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 (fs. 21, 33, 63, 88, 90, 95, 108, 109, 116, 134/134 vta., 139, 142, 146, 159, 164, 169, 178, 194, 202, 203, 223 y 229).

En consecuencia, de acuerdo a lo que se desprende de las constancias referidas, se verifica que los hijos de la causante, en especial L., han acompañado a su progenitora dentro de sus posibilidades económicas y emocionales. Nótese que se trata de un grupo familiar cuya historia común ha sido compleja, signada por situaciones de violencia y abandono (fs. 56 vta., 80, 134 y vta., expediente Nº 34.718); pese a lo cual, han tratado de mantener cierta vinculación con la madre.

De igual manera, vale destacar el afianzado conocimiento personal que existe entre los operadores judiciales y la persona destinataria del servicio de justicia desde hace más de una década, elemento que facilita la celeridad en el trámite del procedimiento.

La solución propiciada, asimismo, es conteste con lo sostenido por V.E. al momento de dirimir la contienda suscitada entre jueces de los Departamentos Judiciales de Morón y Mercedes (causa C. 120.102, "B., G.R., sent. de 21-9-2016), donde se reiteró la relevancia de las particularísimas circunstancias ponderadas en el precedente C. 109.819, sent. del 17-8-2011, que permitieron el apartamiento de la regla de la prevención al sostener lo siguiente: "*Esto es así pues, si bien de las constancias de autos surge que el señor […] se encuentra residiendo en la localidad de Open Door, perteneciente al Departamento Judicial de Mercedes[…], no se aprecia que la distancia existente entre el lugar asiento del órgano judicial que previno y el nuevo domicilio estable del causante pueda dificultar u obstaculizar el contacto entre el juzgado y demás operadores del*

proceso de determinación de la capacidad jurídica, a fin de efectuar un adecuado control y seguimiento de su evolución (conf. causas C. 119.884, resol. del 6-V-2015; C. 119914, resol. del 20-V-2015, C. 119.929, resol. del 3-6-2015; entre otras).

En la misma línea de pensamiento, en la causa C. 121.104, sent. del 23-5-2017, se dio que:"*...la menor distancia que separa a Benito Juárez de Tandil, invocada como único criterio para determinar la nueva radicación territorial, no configura un obstáculo que pueda impedir el acceso real e igualitario al ejercicio de los derechos y garantías en favor del causante si se dispone la continuidad del trámite ante el fuero de familia de Azul, así como tampoco se vería afectado el principio de economía procesal, tal como lo evidencian las constancias de la causa*" (ver también C. 121.589, sent. del 29-11-2017.

En concordancia con los argumentos expuestos, opino que el derecho a la tutela judicial efectiva (conf. arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 25,1. Pacto de San José de Costa Rica, 9 y 13 de la CDPD leyes 26.378 y 27.044) no se ha visto obstaculizado, impedido o resentido, por la poca distancia existente entre los órganos judiciales intervinientes —radicados en la ciudad de General. San Martín— y el Hospital E., ubicado en la localidad de Temperley.

iii. El proceso sobre determinación de la capacidad jurídica, de evidente naturaleza protectoria (arts. 32 y 43 del Cód. Civ y Com.), otorga el soporte sobre el cual debe realizarse la ley (arts. 1, 3, 5, 9, 12 CDPD y leyes 26.378 y 27.044; arts. 31, 32, 38, 43, 51 y 102 Cód. Civ. y Com.) para cumplir los objetivos que justifican su trámite: el respeto de los derechos y la promoción de la autonomía personal del beneficiario del proceso (art. 75 inc. 22 CN; leyes 26.378 y 27.044; arts. 1, 2, 3, 31 aps. "d" y "e", 32, 34, 35, 36, 38, 40, 41 y 43 Cód. Civ. y Com.).

En dicho marco, una vez dirimida por V.E. la cuestión de competencia, y verificada la necesidad de protección legal de la causante, se encontrarán reunidas las condiciones que habilitarán la adopción de medidas y articulación de recursos con el propósito de promover y fortalecer los vínculos afectivos de

la señora M. (aunque no pudiese retornar al grupo familiar por sus condiciones de salud mental); y de indagar, entre otras posibilidades, sobre la gestión de un beneficio previsional derivado, o de una pensión asistencial no contributiva (ley prov. 10.205; ley nac. 18.910); sobre la eventual concesión de un certificado de discapacidad y respecto a la existencia de derechos sobre bienes inmuebles (fs. 56 vta., 80, 90, 95/95 vta., 100, 134/134 vta., expte. 34.718). Pero, fundamentalmente, procederá verificar el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Asimismo, la entrevista del magistrado con la beneficiaria de este proceso, con rango de garantía según lo establece el art. 35 del Cód. Civ. Com, tendrá especial importancia, pues la inmediatez debe ser una constante en el proceso. "*El conocimiento directo no sólo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades, sino que también permite que la persona pueda ser oída desde una escucha directa con apoyos, pero sin intermediarios*" (Lorenzetti, Ricardo Luis [director], Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, 1ra. Edición, Tomo I, Rubinzal Culzoni, pág. 165).

IV. En virtud de los argumentos expuestos, entiendo que V.E. debería disponer lo necesario para que el magistrado a cargo del Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial de General San Martín, Dr. Guillermo de la Cueva, siga conociendo en las presentes actuaciones.

La Plata, 2 de mayo de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND

Procurador General ante la Suprema Corte

de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 121.160

“C., A. R. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”, fecha: 23-11-2017

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

C 121.160
"C., A. R. s/ Determinación
de la capacidad jurídica"

Suprema Corte:

I. La Sala Tercera de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata, confirmó la resolución emitida por el señor juez titular del Juzgado de Familia N° 5 (fs. 217/220), que dispuso convocar nuevamente al señor A. R. C. a comparecer ante el Cuerpo Técnico Auxiliar para ser evaluado (fs. 203).

Contra dicho decisorio, se alza el señor C. mediante los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley agregados a fs. 226/239 vta., los que desestimados por inadmisibles a fs. 240, motivaron la interposición del recurso de queja adunado a fs. 327/333. Siendo el mismo acogido favorablemente, se le conceden los referidos recursos extraordinarios a fs. 388/393, que a continuación paso a examinar.

II. Recurso de Nulidad

1. Plantea el recurrente, en síntesis, que la Cámara deliberadamente omitió tratar el planteo de nulidad de todo lo actuado. Que rechazó la realización de una nueva evaluación sobre su persona e insistió en la invalidez del proceso, en oportunidad de fundar y reiterar en autos su pretensión (fs. 171/185, 200, 206/206 vta.).

Señala que acudió en apelación porque la decisión del *a quo* de fijar una nueva evaluación, implica el rechazo tácito de la pretendida declaración de nulidad. Al postergar la Alzada el tratamiento del planteo nulitivo

-según entiende- el tribunal eludió deliberadamente tratar lo esencial de su agravio constitucional, y continuó sometiéndolo a un proceso de escrutinio sobre su capacidad civil, por su condición de pobreza y padecimiento mental.

Entiende que la referida omisión de tratamiento, configura la causal de omisión de cuestión esencial prevista en los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 296 del Código Procesal Civil y Comercial.

2. Al respecto, el *ad quem* afirma"*...que la jurisdicción de esta Alzada se abrió respecto del recurso de apelación interpuesto en subsidio contra el auto que dispuso la celebración de nuevas evaluaciones interdisciplinarias, por lo que la posibilidad de un resolutorio que entre en las consideraciones que el Sr. C. expuso con su planteo de nulidad se encuentra aún vedado a su conocimiento...*" (fs. 219).

Se evidencia con dicho razonamiento, a mi modo de ver, que la cuestión esencial que se denuncia preterida fue tratada por el tribunal, pero de un modo contrario al pretendido por el recurrente, lo cual descalifica los agravios vertidos mediante este carril impugnatorio.

En dicha línea de pensamiento, sostiene esa Corte:"*...-que reiteradamente ha señalado que la omisión de cuestiones esenciales que genera la nulidad del fallo no es aquélla en la que la materia aparece desplazada o tratada implícita o expresamente, pues lo que sanciona con nulidad el art. 168 de la Constitución provincial es la falta de abordaje de una cuestión esencial por descuido o inadvertencia del tribunal y no la forma en que ésta fue resuelta (causas C. 105.543, "Fisco de la Prov. de Bs. As.", resol. de 5-8 -2009; C. 103.703, " Amoroso de Etchart Campi", resol. de 21-4-2010; C. 119.471, "Constructora Los Hornos S.R.L contra Islas Osvaldo Antonio. Cumplimiento de contrato", resol. de 4-3-2015)".*

Del mismo modo"*...que si bien se denuncia violación del artículo 168 de la Constitución local, en realidad los agravios se dirigen a cuestionar la forma en que la causa fue resuelta, y sabido es que resulta ajeno a la vía*

intentada tanto el acierto con que se haya analizado el asunto como la forma o brevedad con que fuera encarado, al igual que la endilgada contradicción (causas Ac. 103.878, *resol. de* 5-VIII-2009 *y* C. 113.895, *resol. de* 30-III-2011)".

III. Recurso de inaplicabilidad de ley

1. Aduce el impugnante que se configura el presupuesto del artículo 279 del CPCC, por violentar en su totalidad la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (preámbulo y art. 1), en particular los arts. 1, 2, párrafo tercero, 3, 4, 5, 8 y 12; la Observación General Nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280); arts. 3. 1 ap. "d" y 8.1. ap. "a"; art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los arts. 16, 17, 18 y 75 inc. 22 y 23, de la Constitución Nacional; y en desmedro de las reglas procesales desconoce la sana crítica (art. 384, CPCC).

En sustento de lo alegado, relata que se iniciaron estos autos a solicitud de la Asesora de Incapaces, como contrapartida de su requerimiento de concesión de un subsidio de la Curaduría para afrontar sus deudas.

Afirma que su pasado psiquiátrico e indigencia determinaron el avance de este proceso y consecuente sentencia, pues de haber sido una persona solvente el mismo no hubiera avanzado,"*mucho menos la restricción de sus derechos fundamentales y su inhibición para llevarlos adelante (con anotación en el Registro de la Propiedad)*".

Referencia el trámite articulado hasta llegar a la resolución de fs. 114/118, indicando el modo en que esta vulnera los principios que emanan de los arts. 12.2 y 12.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, detallando cómo ha sido discriminado en razón de su padecimiento mental y pobreza, vulnerando de tal modo la garantía del debido proceso.

Señala que no fue entrevistado por el juez de grado, sino hasta después de su planteo de nulidad, e igualmente que no fue atendida su disconformidad con la sentencia que restringió sus derechos, ni por su defensor oficial, ni por la Alzada cuando esta considera que se encuentra firme la sentencia de fs. 114/118; la cual entiende"*hace caso omiso a su insistencia de nulidad de todo lo actuado, insistiendo la jurisdicción con los mismos vicios cometidos antes, [...], sujetando la capacidad jurídica [...] a una "evaluación interdisciplinaria"*.En definitiva, que su propia voz no fue escuchada (fs. 237 vta.).

Entiende que lo actuado hasta el primer pronunciamiento, muestra un proceso dirigido a evaluar su salud mental, acentuar su deficiencia y restringir su capacidad jurídica para actuar por sí mismo. Se le ha denegado el derecho a ser sujeto de derecho, a que su voluntad y su interés se escuchen.

Amplía sus argumentos, explicando que la sentencia que restringe sus derechos patrimoniales –como otros fundamentales que enumera-, y le asigna un sistema de apoyos dirigido a asistir y representar, no tiene justificación. Que el motivo es un dictamen interdisciplinario, que no reúne las condiciones para ser considerado tal.

Agrega que de su sola lectura surge un discurso médico psiquiátrico hegemónico, que sobre la base de un diagnóstico –trastorno psicótico no especificado- hace derivar la consecuencia de que se encuentra imposibilitado para ejercer los mencionados derechos; siendo que por el contrario, ha dado muestras de autovalimiento, como lo expresa el rotundo dictamen social-asistencial de fs. 144/149.

Asimismo, expresa que aunque los fundamentos legales de la sentencia atienden al nuevo paradigma en salud mental, lo vulneran al restringir su capacidad jurídica de derecho y de ejercicio, sustituyendo su voluntad, pese a utilizar el lenguaje de la Convención. Entiende que tal contradicción es insalvable. Del mismo modo procede la Alzada, cuando convalida el

proceso y la pérdida de sus derechos fundamentales. Entendiendo, que resulta más grave aún, lo expresado en cuanto a que si no acepta someterse a una nueva evaluación no puede modificarse la declaración que pretende.

Con dicha aseveración, estima que la Cámara rechaza tácitamente la nulidad articulada, se aleja de su rol de garantía y aunque invoque normas del Código Civil y Comercial vigente, adhiere al modelo de capacidad jurídica derogado.

En consecuencia, por considerar que la sentencia atacada resulta violatoria de múltiples normas constitucionales y convencionales, reclama se decrete su nulidad, como la del proceso completo.

2. Con la finalidad de facilitar la comprensión de mi postura, recordaré –brevemente- la razón de ser de estos procesos, en los que la dignidad de una persona vulnerable y el interés público, se encuentran comprometidos.

En efecto, el fundamento para proceder de modo excepcional a limitar la capacidad jurídica de una persona mayor de trece años, es su beneficio, y se lleva adelante en su interés, según lo normado por Código Civil y Comercial en los artículos 31 “b” y 36, respectivamente.

El aludido cuerpo legal, instituye dos condiciones que deben reunirse para que un juez pueda restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años: que porte una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, y “*…siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*”(art. 32, 1er párr. Cód. Civil y Com.).

Por consiguiente, verificadas tales condiciones resulta necesario proteger los derechos de la persona con discapacidad mental, en la medida que lo necesite, siendo en dicho contexto inexorable -para alcanzar la

finalidad legal- el cumplimiento de lo normado en los arts. 31, 35 y 36 del Código Civil y Comercial, por constituir garantías que hacen al debido proceso.

Nótese que en el campo de la salud mental"*…con particular evidencia sobresale en estas cuestiones la importancia de reconocer que cada persona es única e irrepetible, con su historia, presente y futuro personal, con sus derechos inalienables y con la necesidad de una respuesta justa y solidaria para que logre su pleno desarrollo, respuesta que concierne tanto al Estado como a la sociedad*"(*Jorge* N. Lafferriere y Carlos Muñiz,`La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad´, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, pág. 388, Ed. La Ley, Andrés Sánchez Herrero [director]).

Ahora bien, a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en nuestro plexo jurídico (leyes 26.378 y 27.044), se operó un cambio tanto en el modo de entender la discapacidad (Preámbulo letra e, i y art. 1), como en la interpretación e implementación de la mencionada protección de derechos. Dichos temas reposan sobre los principios basales que el mencionado instrumento establece, tales como el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual -incluida la libertad de tomar las propias decisiones-, la no discriminación, la igualdad, la accesibilidad (arts.1,3,5,9,12,CDPD), que han sido receptados por nuestra ley de fondo (arts. 31, 32, 38, 43, 51, 102 Cód. Civ. y Com.).

De acuerdo a lo expuesto, en la actualidad el respeto a la voluntad y preferencia de la persona con miras a la promoción de su autonomía personal y respeto de sus derechos, se erige en el nuevo paradigma de protección (art. 3, CDPD; arts. 43 y 38, Cód. Civ. y Com.). El medio o el modo de efectivizarla, es tan diverso como lo es cada persona en particular.

En palabras de Muñiz:`*... [l] a idea de que hay un valor en permitir que toda persona sea libre de tomar sus decisiones en la medida que ello no resulte en un menoscabo a sus intereses, en virtud de alguna razón objetiva*

subyacente, no es necesariamente una novedad, y está vinculada íntimamente a aspectos de orden antropológico que resultan fundamentales para el abordaje jurídico de la problemática"(Carlos Muñiz, `La Capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección a la luz de la ley de salud mental´, en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, pág. 388, Andrés Sánchez Herrero [director]).

Ello sentado, y en tránsito de abordar puntualmente el recurso, advierto que la Cámara en su decisión, alude al planteo de nulidad de todo lo actuado, desarrolla sucintamente los agravios del recurrente, y brinda argumentos para sostener que la sentencia dictada en fs. 114/118 vta., y los pronunciamientos de fs. 186 y 199 se encuentran firmes.

En cuanto a los referidos fundamentos sostiene:"*... A los fines de resolver el presente recurso se destaca que en este proceso se ha dictado sentencia [...] oportunidad en la que el Sr. Juez a quo, evaluando la causa a la luz de los nuevos paradigmas legales y convencionales referidos a las personas con discapacidad, y dejando sentado todo lo que hace de forma autónoma, declaró restringidas las capacidades del apelante, indicando los actos que requieren apoyo. Asimismo, dejo expresamente establecida la revisión de la sentencia dentro del plazo de 3 años [...] (fs. 114/118 vta.) Esta sentencia se encuentra firme.*" "*Con posterioridad, la Sra. Curadora Oficial de Alienados, [...] solicitó que se realice un informe interdisciplinario a los fines de evaluar nuevamente las capacidades del Sr. C. [...]*" "*Por su lado, el Sr. C. planteó la nulidad del proceso mediante la presentación de fs. 171/185 vta.). El Juzgado la tuvo presente y remitió las actuaciones al Ministerio Pupilar mediante el auto de fs. 186, que también se encuentra firme.*" "*Luego [...] el a quo dispuso que previo a resolver el planteo de nulidad el Sr. C. compareciera a entrevistarse con el Cuerpo Técnico Auxiliar...*". "*Mediante la presentación de fs. 200, el Sr. C. manifestó por primera vez su negativa a someterse a la evaluación interdisciplinaria sin interponer ningún recurso.*" "*En la audiencia convocada por el a quo se le manifestó al*

apelante la necesidad de realizar la entrevista que posibilite la revisión de lo dicho en la sentencia firme de fs. 114/118 (fs. 202)". "*Frente al auto de fs. 203, designando nuevas entrevistas, se interpone el recurso en tratamiento*".

Considero que la sentencia recurrida exhibe un desarrollo argumental dogmático, cuya consecuencia radica en la afectación a la garantía del debido proceso legal (arts. 8 y 25 CADH).

Ello así, toda vez que declara firme la sentencia de fs. 171/185 sin considerar el contenido de los derechos en juego, entre los cuales se reclama el de defensa.

Además, omite el análisis de los planteos de fondo aun si para ello hubiera tenido que examinar el de nulidad obrante en la presentación de fs. 171/185 vta., como también lo hace respecto del informe social de fs. 144/147 -que brinda datos relevantes-; soslaya referirse a la inexistencia de asistencia letrada en favor del recurrente durante la celebración de la audiencia de fs. 202; no acusa recibo del escrito de fs. 205, donde el agraviado manifiesta que no fue su voluntad firmar el acta de fs. 202, que lo hizo por sentirse "presionado o en estado detensión".

En tal contexto, la participación de las funcionarias allí presentes, integrantes de la Asesoría y Curaduría Oficial, no abastece la garantía concerniente a que "*e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada…*"(art. 31 Cód. Civ. y Com.), porque la naturaleza de sus intervenciones en el proceso, es diferente de la que debe ejercer quien presta asistencia técnico jurídica (cuyo cometido debe responder a los deseos e intereses de la persona que patrocina).

Es decir, el tribunal *ad quem*, da por sentada la regularidad del procedimiento y la sentencia derivada del mismo, al igual que de las providencias de fs. 186 y 199, negando nuevamente la respuesta jurisdiccion al reclamada.

No debería ser posible, cuando una persona desconoce la validez de todo un proceso sobre la determinación de su capacidad, convalidar, como lo hace la Cámara, una evaluación interdisciplinaria; dado que la concreción de la misma debería encontrarse supeditada a la previa resolución -expresa y fundada- de la pretensión nulitiva reclamada.

Es evidente que las garantías y derechos que se denuncian conculcados y que por su relevancia y gravedad debieron ser evaluados (ver apartado II), no fueron saneados por la Cámara.

Por otra parte, en relación a la audiencia celebrada en función del artículo 627 del Código Procesal Civil y Comercial que corre agregada a fs. 113, no existió contacto personal del juez con el justiciable, denostando la importancia de su cumplimiento, el que por otra parte ha sido destacado por esa Corte (Causas C 116.497, "E., G. E.", sent. de 24-10-2012; C 117.244, "A., R. I.", sent. de 9-10-2013; C 119.274, "S., S.J.", sent. de 29-12-2014).

Asimismo, la citada garantía de inmediación se ha visto fortalecida y ampliada a partir del nuevo Código Civil y Comercial vigente (art 35); en cuyos fundamentos se consigna *la obligación del juez de oír,tener en cuenta y valorar la opinión de estas personas*" (Código Civil y Comercial, compilado por Ricardo de Zavalía, 1ª ed., pág. 602).

Al respecto, considero que es el modo de viabilizar el derecho a ser oído y de recibir –en forma comprensible- información relativa a las vicisitudes e implicancias del proceso (art. 9 y 13 CDPD). Y es que"*...estando en juego la plenitud del ejercicio de uno de los atributos de la personalidad, el objetivo es precisamente el conocimiento personal del interesado por parte del juez*". "A *tales fines, se impone específicamente el deber del magistrado de entrevistarlo personalmente como conditio sine qua non para el dictado de cualquier resolución en el marco del proceso*".(op. cit., pág. 378).

Volviendo al pronunciamiento en examen, cabe traer a colación que el reclamo proviene de una persona en situación de vulnerabilidad (Sección 2ª, 1 [3] "Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana), de un ciudadano a quien debe otorgársele un trato adecuado a sus circunstancias singulares, que requiere una respuesta judicial, en sintonía con los derechos de rango constitucional (artículo 75 inc. 22 y 23; artículos 15 y 16, Const. prov. y ley 27.044), que dice frustrados.

Así también cabe tener presente los principios generales de los procesos de familia, que emergen del art. 706 del Código Civil y Comercial, en cuanto dispone que"*…a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables…*",cobrando especial relevancia la posibilidad de realizar ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación de las personas con discapacidad (arts. 2, párrafo 4, 5 y 3, CDPD).

Con suma claridad, el "Documento Orientativo sobre la Aplicación Eficaz de los Mecanismos Internacionales de Vigilancia de los Derechos Humanos para la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad", dice:"*… el acceso efectivo a la justicia es un desafío para muchas personas, pero lo es sobre todo para las persona con discapacidad. La existencia de distintos tipos de barreras (legales, físicas y de comunicación) y la falta de flexibilidad mostrada por los órganos judiciales a la hora de proporcionar ajustes razonables y pertinentes, cuando son necesarios, provoca con frecuencia la exclusión de las personas con discapacidad del acceso efectivo al sistema judicial*"(págs. 42 y 43 International Disability Alliance, mayo de 2010).

En la misma dirección, se expresó en la exposición de motivos de las "Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad": "*El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las*

personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho".

"*Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social…*".

3. En la búsqueda del respeto y promoción de la justicia del caso, y con la finalidad de introducirme en otras cuestiones que en mi parecer devienen trascendentales en el sub lite, voy a referirme sintéticamenteal trámite cursado en este proceso hasta el dictado de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 114/117.

A fs. 3, consta acta labrada al señor C. el 2 de noviembre de 2007 donde peticiona: "*Representación Legal*" *[…]. En la actualidad se encuentra desocupado…*".En fs. 5/14, obran copias relativas a constancias de tratamiento, evaluación médica (art. 620 del Cód. Proc. Civ. y Com.) y certificados de discapacidad. A fs. 15, la Asesoría de Incapaces interpone demanda en los términos del artículo 141 del Código Civil. A fs. 16, se da curso a la demanda, y a las medidas de los artículos 622, 623 y 625 del Código Procesal Civil y Comercial. A fs. 18/19, la titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 13 acepta y asume el cargo de curador provisorio.

A fs. 24, el señor C. expone sobre la apremiante situación económica que atraviesa y solicita a la Curaduría le conceda -a la mayor brevedad- un subsidio. A fs. 32, la trabajadora social de la mencionada dependencia consigna que el causante reitera su grave situación económica y peticiona el subsidio de la ley

10.315. A fs. 36 vta., se notifica el causante del auto de fs. 16. A fs. 52, se notifica la Unidad Funcional de Defensa Civil Nº 13 -curador provisorio- del informe ambiental de fs. 32 y vta. y de la pericia psiquiátrica de fs. 43/44. A fs. 69, se encuentra agregada constancia de anotación de inhibición general de bienes. A fs. 73, la curadora provisoria peticiona se efectúe la pericia establecida por la ley 26.657. A fs. 74, la providencia del 16 de Septiembre de 2011, resuelve: "*Para la realización de pericia psiquiátrica, dispónese la intervención de un Trabajador Social para la confección de un completo informe socio ambiental [...] a fin de toma contacto con la causante* (sic) *e indagar, no solo sobre las deficiencias individuales que presenta, sino también las actividades que efectúa, sus intereses, y sus preferencias, los vínculos familiares y comunitarios [...], es decir las dimensiones del medio en que se desenvuelve; con su resultado los peritos médicos psiquiatras procederán a evaluar al causante en los términos del art. 625 del CPCC determinando si la afección que padece se encuentra encuadrada en los normado por el art. 141 o [...] en el art. 152 bis del CC; debiendo especificar, en ambos casos, las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible...*".

A fs. 75, el trabajador social del Juzgado de Familia informa sobre la entrevista que mantuvo con el causante. A fs. 80, la curadora provisoria requiere se cumpla con la pericia psiquiátrica ordenada a fs. 74. A fs. 81, el juez indica a las peritos médicos psiquiatras los puntos de pericia. A fs. 90/91, el equipo técnico en el informe "interdisciplinario", concluye: "*...Diagnóstico: Trastorno psicótico no especificado. Dicho cuadro psiquiátrico se encuentra comprendido dentro de lo normado del (sic) artículo 141 del CC. [...]... Observaciones médicos-legales. El Sr. A. R. C. [...]. Se encuentra imposibilitado para los "actos de [...]. No puede efectuar actos que importen...*" A fs. 113, la secretaria del juzgado anoticia al señor C. que el proceso se encuentra en estado de dictar pronunciamiento definitivo. A fs. 114/117, el señor juez se pronuncia sobre la acción incoada por la Asesoría, desarrolla ampliamente consideraciones legales y doctrinales atinentes y vigentes y en relación al informe interdisciplinario destaca su importancia y finalidad.

Del análisis de la precitada sentencia del 24 de octubre de 2014 (fs. 114/118), se observa que el juez de familia enuncia correctamente el derecho aplicable. Destaca la relevancia y la necesidad de colaboración del Equipo Técnico Interdisciplinario para la realización del informe que debe ajustarse a la ley de salud mental:"…*La ley exige de estos profesionales, especifiquen las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible…*".

"*En suma, la intervención de distintas disciplinas garantizará contundencia y claridad en la evaluación; permitiendo al Infrascripto despejar cualquier duda respecto a la presencia o no de un padecimiento psicofísico y en consecuencia al permanencia del régimen de apoyo patrimonial dispuesto fundado en la inhabilitación que fuera declarada*".

De tal modo, el magistrado coloca al padecimiento psicofísico como única condición para evaluar la necesidad del régimen de apoyo, concepto erróneo que se contrapone con todas las normas y doctrinas citadas en los considerados de su decisorio (arts. 9, 12 y cdtes de la CDPD; arts. 1, 7, y ctes. ley 26.657), como con el Código Civil y Comercial vigente (art. 32, 1er párr.).

De acuerdo al artículo 3 de la ley 26.657 "… *se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos…*",es decir que tal concepto otorga a la salud mental un carácter dinámico, en constante cambio. El análisis de la relación y el impacto de cada uno de los componentes entre sí, es lo que se busca encontrar en una evaluación interdisciplinaria.

Continúa la norma"…*cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona*". "*Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas*". "*En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de… d) la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización*".

El Decreto 603/2013 reglamentario de la ley 26.657, explica que"*el diagnóstico interdisciplinario e integral consiste en la descripción de las características relevantes de la situación particular de la persona y las probables causas de su padecimiento o sintomatología, a partir de una evaluación que articule las perspectivas de las diferentes disciplinas que intervienen [...] el informe deberá contener conclusiones conjuntas producto del trabajo interdisciplinario*".

En dicho marco, no puede pretenderse que el equipo técnico asuma funciones que exceden su cometido de asesores de la jurisdicción.

A continuación, el *a quo* expone que no encuentra razones para apartarse de las conclusiones arribadas por los profesionales actuantes y transcribe lo consignado en fs. 90/91 por los peritos médicos.

Prosigue estableciendo un sistema de apoyos "*dirigido únicamente a asistir y representar...*"(arts. 34, inc. 5, 36, inc. 2, 627 y ctes. del C.P.C.C.; 392 del Cód. Civil).

Ello así, la sentencia que resuelve restringir la capacidad del recurrente, en realidad no se fundó en una evaluación interdisciplinaria, sino en un informe médico donde se efectúa el encuadre jurídico (v. fs. 91) –resorte exclusivo de los magistrados- que se transcribe en la precitada sentencia.

No está de más señalar que la referida resolución confunde dos ámbitos que no deben superponerse –el legal y el médico,"*La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predomínante en su evaluación*"(CRPD/C/11/4,II.14).

"*En definitiva, cuando se alude al enfoque o trabajo interdisciplinario, tal requisito no se satisface con la mera actuación individual y aislada de varios profesionales de distintas disciplinas. La intervención debe ser*

conjunta o mancomunada y precisa del aporte de otras disciplinas además de las mencionadas o tradicionalmente presentes en materia de salud mental. Pero en dicha interrelación no debe caerse en el inminente peligro de asimilar lo que no es asimilable, negando el rol que epistemológicamente -lo que incluye la faz práctica- corresponde a cada rama del saber" (op. cit., pág. 392).

En estos procesos el aporte de la interdisciplina debería consistir en demostrar la realidad en que trasunta la vida de la persona desde un enfoque integral, precisando aptitudes frente a cuestiones cotidianas y trascendentales, en todos los órdenes en que se desenvuelve, para que el magistrado pueda dirimir, si es que resulta necesario la procedencia del dictado de una medida de protección y con qué extensión. Al respecto es ilustrativo el informe social de fs. 144/147, en especial lo que afirma, a modo de conclusión: "*Por lo tanto A. puede sortear los (sic) barraras (sic) sociales que se presentan, esto se evidencia en su capacidad de resolver los conflictos cotidianos propios de la vida en comunidad*".

Es de hacer notar, en cuanto al sistema de apoyos establecido, que no cumple con lo previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ni con los arts. 32, 38 y 43 del Código Civil y Comercial.

De las constancias del expediente, no se visualiza en ninguno de los elementos que aportan los profesionales –psiquiatras, trabajadores sociales-, ni de las audiencias llevadas a cabo, la configuración del fundamento que da lugar a la restricción a la capacidad civil: que exista riesgo en el ejercicio en forma personal de los derechos del aquí recurrente.

También, tomando en especial consideración la naturaleza de este proceso sobre determinación de la capacidad, donde básicamente se encuentra en juego la dignidad de una persona, su preservación requiere particular atención cuando, como en el presente, se evidencia vulnerabilidad; y más aún cuando existe una brecha entre el derecho declarado y el gozado concreta-

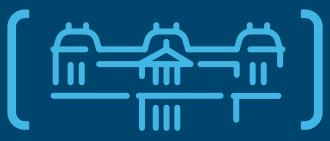
mente, como ha quedado expuesto (arts. 1, 3, CDPD; art. 11 CADH; art. 51 Cód. Civ. Com; art. 2 ley 26.657 y Cap. I, Sección 2ª, 1 [3] Cap. III [50], "Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", XIV Cumbre Judicial Iberoamericana).

El respeto a las garantías de acceso a la justicia (art. 13 CDPD; Sección 2ª, 3 Reglas de Brasilia) y debido proceso que posee el recurrente, en igualdad de condiciones con las demás personas (arts. 16, 18, 19, 75 inc. 22 Const. Nac.; art. 8.1, 25 CADH; art. 10 DUDH; art. XVIII DADDH; art. 14 PIDCP; ley 27.044; art. 5 CDPD), requiere, en mi opinión, que se efectivice su derecho a ser escuchado, antes de expedirse ese Alto Tribunal (art. 75 inc. 22 Const. Nac.; art. 8.1 CADH; art. 10 DUDH; art XVIII DADDH; art. 14 PIDCP; arts. 35 y 36 del Código Civil y Comercial; art. 627 C. P.C.C. y ley 26.657, art. 2).

IV. Por lo tanto, con el objeto de arribar a una respuesta ajustada a las garantías, derechos y principios referenciados, estimo conveniente que V.E.–en la forma y circunstancias que estime pertinente- disponga la realización de una entrevista personal con el señor C.; contacto que considero podría resultar relevante para dirimir este recurso, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (leyes 26.378 y 27.044) y de "Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

La Plata, 23 de noviembre de 2017.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.388

“M., L. F. s/ Insania y curatela”, fecha:11-05-18

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

C 122.388 "M., L. F.
s/ Insania y curatela".

Suprema Corte:

I. La Sala Tercera de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora modificó la sentencia dictada por el juez de grado a fs. 64/65vta. y resolvió encuadrar la situación de L. F. M., en el supuesto del art. 32, último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, designando a la señora S. M. L., progenitora del causante, en carácter de curadora.

Contra dicho resolutorio se alza la Defensora Oficial, María Teresa Sotelo, Titular de la Unidad Funcional de Defensa Civil N° 14, en carácter de abogada del causante a través de un Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 102/133 vta.

II. Denuncia la quejosa que el pronunciamiento atacado ha violado el art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, la Ley Nacional de Salud Mental, el Código Civil y Comercial de la Nación en la aplicación del art. 32 y el art. 38, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Agrega, que la decisión recurrida agravia en forma irreparable los derechos de L. M., así como la garantía de igualdad ante la ley, derecho de propiedad y defensa en juicio.

En particular, alega que la sentencia en crisis ha violado expresamente el art. 266 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y, consecuentemente el principio de congruencia. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto (v. fs. 114 vta./ 116 vta.).

Considera, que se ha transgredido dicha normativa por el Tribunal de Alzada, toda vez que ha decidido sobre cuestiones que no han sido materia de agravios, y que ni siquiera habían sido resueltas por el juez de primera instancia.

Agrega a lo dicho que: "...la sentencia de Primera Instancia resolvió: 1° Hacer lugar a la demanda de determinación de capacidad promovida por S. M. L., respecto de L. F. M.: 2° Declarar restringida la capacidad del mismo, respecto de los actos jurídicos de cualquier naturaleza que deba realizar, 3° designar como apoyo del causante a su madre (...) Los agravios vertidos se basaron en la restricción que imponía la sentencia de 1ª Instancia respecto de todos los actos jurídicos que deba realizar el causante. No se cuestionó la designación de su sistema de apoyo, ni que fuera éste quien lo acompañara en la celebración de los actos para los cuales se limitara su aptitud jurídica, quien facilitara la toma de decisiones y la comunicación, la comprensión y la manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos" (v. fs. 116 vta./117).

Refiere que la Cámara sostuvo –contrariamente a lo resuelto en primera instancia- que la situación de L. era la prevista en el artículo 32 último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, supuesto excepcionalísimo, en el cual se declara la incapacidad, no la limitación de algunas funciones o actos. De este modo, aclara que lo decidido por la Alzada agrava la situación de su asistido, resolviendo cuestiones que no habían sido motivo de agravios.

Además, argumenta que la sentencia cuestionada violenta el art. 32 del Código Civil y Comercial de la Nación, puesto que declara la incapacidad del joven, contrariando las previsiones de dicha norma, conjuntamente con lo previsto por la Ley Nacional de Salud Mental, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (con jerarquía constitucional) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Analiza expresamente los recaudos exigidos legalmente para que corresponda la aplicación del art. 32 mencionado y describe el por qué no corresponde su aplicación en autos.

Así, afirma que la primera condición para que proceda la incapacidad es que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, situación, que no se compadece con el caso de autos.

En este contexto, expresa que: "Conforme surge de la evaluación interdisciplinaria de fojas 31/34, mi asistido "empezó a hacerse entender después de los 14 o 15 años, antes no se le entendía" L. relató ante los profesionales que pena por la muerte del abuelo, que tenía novia, que es linda. En oportunidad de la entrevista celebrada en la Cámara, los asistentes pudimos verificar que el joven puede expresar sus sentimientos y gustos. Y añade: "...en dicha evaluación se consignó que el causante concurrió a la escuela y varios Centros de día, y que también lo hace en la actualidad, participando del taller de carpintería" (v. fs. 126 vta./127).

En tal sentido, sostiene que todos los datos mencionados permiten concluir que L. puede interaccionar con su entorno, y expresar su voluntad. Sobre todo que su madre, propuesta como sistema de apoyo, lo comprende (v. fs. 127).

Manifiesta, que tampoco se encuentra cumplimentada en autos la segunda condición para que proceda la aplicación del art. 32, esto es, que el sistema de apoyo resulte ineficaz.

La recurrente, hace hincapié en que del relato de la madre surge la eficacia de su intervención en el proceso, logrando mayor autonomía y desarrollo para L.. Y agrega, que la progenitora al haberse ocupado de su atención y concurrencia a la escuela y centros de día permitió que L. se diera

a entender, controlara esfínteres, participe de actividades artesanales.

Expresa, que la situación de su asistido no puede ser encuadrada dentro de los presupuestos de excepción exigidos para la declaración de incapacidad.

Concluye que el decisorio en crisis ha aplicado erróneamente la norma en la última parte del art. 32, y por los tanto solicita se decrete su inaplicabilidad al supuesto de autos y se revoque el acto atacado.

Por otro lado, estima que yerra la Alzada en cuanto no cumplimenta con lo expresamente prescripto por el art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación ni con el nuevo paradigma basado en la autonomía, la dignidad e igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (cfr. arts. 1, 3 inc. a , 4 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

En esta línea sostiene que: “El nuevo sistema exige que al momento de la sentencia que eventualmente involucre la restricción para la realización de determinados actos, el juez designe a la/las personas o redes de apoyo que posibiliten y asistan a la persona en el ejercicio de su capacidad” (v. fs. 127 vta.).

También, en cita del Dr. Lorenzetti, en su obra Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal Culzoni, 1° ed, pags. 183-184, alega que: “…La exigencia que la primera parte del artículo 38 impone al juez se deriva lógicamente de los principios de presunción de capacidad, de excepcionalidad y no restricción (art. 31, inc. a, b, y f, respectivamente), lo que se traduce en los efectos relativos y parciales de la declaración de incapacidad o capacidad restringida. El propio artículo 38 señala que el juez al determinar el alcance de la restricción deberá procurar “que la afectación de la autonomía sea la menor posible”…, es decir, “El modelo que introduce este Código o revierte la presun-

ción legal de capacidad, haciéndola plenamente extensible a todas las personas. Se trata de una presunción iuris tantum, con lo cual, rige el principio por el cual, en todos aquellos actos, decisiones o derechos que no hayan sido expresamente restringidos o limitados por la sentencia, la persona goza de plena capacidad ipso iure conforme lo establece el artículo 23" (v. fs. 128 vta.).

III. La sentencia en crisis al aplicar el último párrafo del artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación y declarar al joven L. incapaz violó los estándares constitucionales-convencionales en materia de salud mental que imperan en nuestro país.

Sabido, es que los cambios estructurales se imponen a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un instrumento internacional que genera la obligación al Estado argentino de eliminar la discriminación a la que han sido históricamente sometidas las personas con discapacidad. Uno de esos cambios radica en reconocerles plena capacidad jurídica y en los casos en que fuera necesario, garantizarles el acceso a apoyos y salvaguardas para que esa capacidad sea ejercida en igualdad de condiciones que las demás personas (art. 12 de la CDPD).

Este instrumento, a su vez, establece la obligatoriedad de los Estados de adecuar sus normas internas a sus disposiciones; debido a ello, se sancionó en la Argentina la ley de salud mental N° 26.657.

A más, el Código Civil y Comercial de la Nación, en total consonancia con el nuevo paradigma en materia de salud mental, recepta en forma indubitada y como regla general que la capacidad jurídica se presume en toda circunstancia, y que solo su ejercicio puede ser limitado con el fin de beneficiar a la persona, a través de una sentencia judicial en los casos previstos en el Código (arts. 31, 32, 38 y concs.).

La sentencia impugnada, desconoce el nuevo sistema

que recepta el Código donde la incapacidad es la *última ratio* y está reservada a un supuesto excepcionalísimo (cfr. arts. 24 y 32, último párrafo).

Cabe señalar, que para que proceda la declaración de incapacidad nuestro ordenamiento exige que la persona debe encontrarse absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz (art. 32, último párrafo del Cód. Civ. y Com.).

Al respecto, se ha dicho que “Se trata de un supuesto excepcionalísimo condicionado por la imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad de la persona – aun a través de las tecnologías disponibles- y por la ineficacia de las figuras de apoyo como solución parcialmente restrictiva de la capacidad” (Julio Conte-Grand, “Capacidad” en Andrés Sánchez Herrero [coordinador], *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, 1ra. Edición, Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, Pág. 368).

En la misma línea, se ha sostenido que "La Comisión de Reformas ha tenido la voluntad inequívoca de ajustar la regulación del tema a las convenciones internacionales que suscribió nuestro país. Como consecuencia, y a grandes rasgos, cabe señalar que según el nuevo Código, la restricción a la capacidad es de excepción y, por supuesto, según se desprende precisamente de este art. 32, la `curatela´ ha quedado como un instituto residual que sólo se justifica frente al supuesto contemplado en el último párrafo del artículo. En los demás supuestos, se deberá recurrir a los apoyos necesarios y convenientes no sustitutivos de la persona..." (Lorenzetti, Ricardo Luis, [Director], *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1° Edición, Santa fe, 2014, T. I, pág. 140).

Nótese, que en el caso bajo examen ninguno de los presupuestos requeridos legalmente se encuentra configurado.

Se observa que la progenitora de L., S. M. L., inicia el proceso de determinación de la capacidad con el fin de que se nombre un sistema de apoyo en la toma de decisiones de su hijo en resguardo de sus derechos procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible (v. fs. 16/19). Del relato de la misma surge claramente que L. "se expresa oralmente con algunas dificultades, no viaja solo, requiere ayuda para los actos de su vida cotidiana (...) Concurre al Centro de Día "...." en la localidad de Burzaco".

De la evaluación interdisciplinaria efectuada en el domicilio del joven se visualiza que L. empezó hacerse entender después de los 14 o 15 años (cfr. el relato de la propia progenitora). Además, se encuentra transcripto lo que L. en esa oportunidad manifestó (v. fs. 32). Por otro lado, se informa que concurrió a la escuela especial N° .... de Calzada, luego a la ... de Mármol y después a distintos Centros de Día, donde participaba del taller de carpintería (v. fs. 32 vta.).

Adviértase, que de la entrevista llevada a cabo en sede de la Asesoría de Incapaces N°4 se desprende que L. se hace entender y cuenta que en el Centro de Día juega a la pelota, pinta y que tiene amigos (v. acta de audiencia acompañada a fs. 61).

De lo expuesto hasta aquí, no caben dudas de que L. puede interaccionar con su entorno y expresar su voluntad.

Por otra parte, tampoco resulta acreditado en el caso de autos, la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos.

Al contrario, conforme se desprende de la causa, la progenitora inicia el proceso con el único objeto de resguardar la integridad pisco- física de L.. Así, se vislumbra que durante el transcurso de su vida, lo ha acompañado, motivado y cuidado, apoyándolo en pos de su bienestar y ha logrado un avance en términos de autonomía estimulándolo con su asistencia a los centros de día. También, resulta ilustrativo señalar que S. es celadora en un

hogar de chicos especiales hace 18 años, con lo cual, se podría inferir que debido a la labor que desarrolla cuenta con habilidades específicas que son de una gran utilidad para su hijo (v. fs. 31 vta.).

Sin embargo, la Cámara, optó por encuadrar la situación de L. en un supuesto excepcionalísimo, cuando no se encontraban dados los presupuestos legalmente exigidos, pues no se puede prever ni mucho menos afirmar que el sistema de apoyos para L., resulta o resultaría ineficaz.

Así las cosas, entiendo que yerra la Alzada en cuanto aplicó erróneamente una norma que no encuentra asidero con las situación descripta, y de esta forma, vulnera los derechos de L., declarándolo incapaz, y en consecuencia lo sujeta al régimen de curatela.

En relación a lo expuesto, se ha sostenido que: "Entendemos que el principio de excepcionalidad y restrictividad (...) implica que las dos opciones de restricción previstas en el art. 32 no son alternativas, ni tampoco, en rigor, están destinadas a sujetos diferentes. Sólo se puede llegar a la incapacidad una vez que se ha descartado adecuadamente la eficacia de los apoyos en la “capacidad restringida (...) Los apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva de la autonomía y es la que se corresponde plenamente con los estándares universales de derechos humanos. Es por ello que el juez nunca podrá imponer una medida más restrictiva sin haber considerado, evaluado y determinado que los apoyos no resultan suficientes ni eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona” (Bariffi, Francisco, “Restricciones a la capacidad y capacidad civil. Tensiones Constitucionales y Código Civil y Comercial,” Revista de Derecho de Familia N° 77, págs. 65-66).

La decisión en crisis no se encuentra debidamente justificada a la luz de las normas vigentes que procuran la protección de las per-

sonas con padecimientos mentales mediante la inclusión y la igualdad asistida, puesto que de las pruebas colectadas (v. fs. 31/34 y 61) se observa notablemente que L. si bien padece de un retraso mental moderado ha adquirido habilidades que le permiten desarrollarse en forma autónoma, tales como, concurrir a centros de día, asistir a la escuela, practicar el taller de carpintería y en ello, ha tenido un rol fundamental y preponderante S., su mamá.

En efecto, considero que los judicantes en cuanto declararon incapaz a L. aplicando el último párrafo del art. 32 del Código Civil y Comercial de la Nación violentaron los principios y reglas generales en materia de capacidad jurídica plasmados en nuestro Código –en concordancia con los instrumentos internacionales en materia de protección de las personas con discapacidad-, en cuanto receptan un cambio de paradigma que implica promover la autonomía y el ejercicio de derechos de la persona, desde su consideración como sujeto de derecho, su calidad de parte en el proceso, su posibilidad de participación a través de la garantía de condiciones de accesibilidad, de adopción de ajustes razonables, de promoción de medidas de apoyo, de asistencia letrada, de la intervención estatal interdisciplinaria, y de una mirada que abarca a la persona situada y contextualizada.

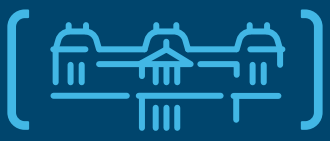
En este contexto, surge nítido que la sentencia cuestionada agravó notablemente la situación de L., pues lo declaró incapaz y sometió a un régimen excepcionalísimo de curatela haciendo caso omiso a las probanzas de autos que acreditan que el joven puede interactuar con su entorno y expresar su voluntad, siendo su progenitora, quien lo comprende y asiste como apoyo.

De este modo, se observa que el tribunal de alzada fue más allá de lo peticionado por la parte, quien lo que pretendía era que se determinara el alcance y extensión de la restricción conforme lo normado por el artículo 38 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, estimo propiciar a V.E. que se haga lugar al recurso interpuesto, se remita el expediente a la instancia de origen a fin de que proceda a adecuar el procedimiento conforme lo receptado y prescripto por la ley de salud mental 26657 y el Código Civil y Comercial de la Nación, especificando en su caso, las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía de L. sea la menor posible.

La Plata, 11 de mayo de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires



Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.930

"C., M. E. A. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica", fecha: 07-11-2018

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

C 122.930 "C., M. E. A.
s/ Determinación de la
capacidad jurídica"

Suprema Corte:

I. La Ecxma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de Lomas de Zamora, con fecha 13 de julio de 2018 confirmó la sentencia del Juzgado de Familia n° 8 de Lomas de Zamora que hizo lugar a la declaración de incapacidad de M. E. A. C., por padecer "Retraso Mental Grave (CIE 10)" crónico, encuadrable su patología en el artículo 32 in fine del Código Civil y comercial de la Nación, no existiendo según los informes capacidades residuales ni laborales, ni económicas -debiéndose mantenerse hasta tanto se produzca una nueva revisión- y designando curadora definitiva a su madre –M. H. T. (fs. 176/182 vta.).

Contra dicho decisorio la señora Defensora Oficial -Titular de la Unidad de Defensa Civil N° 14 Especializada en Salud Mental-, María Teresa Sotelo, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando violación de la Ley Nacional de Salud Mental (artículos 3 y 5), de los arts. 32 y 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (arts. 1, 3 inc. a, 4 y 12) y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

II. Del recurso de inaplicabilidad de ley.

Particularmente, alega la señora Defensora que el artículo 32 del CCCN establece pautas que no se corroboran en el caso. Así, menciona que la declaración de incapacidad se determina, por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado. Aduce que

la señora C., por el contrario, puede expresarse conforme lo que surge de la pericia psicológica de fs. 25/27 y la pericia interdisciplinaria de fs. 51/53.

Asimismo, manifiesta que del informe del Hospital Italiano surge que la causante realiza fonoaudiología, psicopedagogía y psicología, para lo que necesita poder expresarse.

Por otra parte, señala que del informe de la fundación C. D., se desprende que M. logra expresarse sin inconvenientes, y que en la audiencia personal obrante a fs. 96, también manifestó que contaría con un abogado de su confianza.

Finalmente, refiere que en la audiencia celebrada ante la Excma. Cámara de Apelaciones –cuya acta obra a fs. 176- , la señorita C., se expresó oralmente –más allá de las características de su lenguaje- y fue comprendida por todos.

Por tal razón solicita se revoque la sentencia de la alzada, se declare restringida la capacidad jurídica, se designe como sistema de apoyo a su progenitora, M. H. T. y se señalen los actos específicos sujetos a restricción, con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación (arts. 32, 37 y 38 CCN).

III.- Debo adelantar que asiste razón a la recurrente.

En efecto, "*la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, por lo que aparece como necesario promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquéllas que necesitan un apoyo más intenso. En tal sentido, se procura promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las*

personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente y de su plena participación, con especial tutela de su autonomía e independencia individual residual, lo que se espera produzca como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza (Preámbulo y art. 1, C.D.P.D.)" (SCBA, causa C 117.244, "A., R. I.. *Insania. Curatela*", 9/10/13).

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 31 las reglas generales por las que se rige la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, mencionando que "*las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona*" (inc. b).

Asimismo, el artículo 32 determina que "*El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona…*". Y, al referirse a la incapacidad en el último párrafo de dicha norma, indica "*Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador*".

En el caso, surge de las constancias del expediente que la señorita C., no se encuentra "absolutamente" imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad. Me baso para ello, sobre todo -y por ser los más próximos a la fecha-, en el informe de la Fundación C. D. –a la que concurre diariamente la causante-, del 8 de mayo de 2015, que destaca un "*gran avance ya que colabora más en las actividades*".

En el área comunicación, se desprende que "M. *logra expresarse sin inconvenientes, pudiendo narrar hechos de la vida cotidiana. Expresa deseo o necesidades de manera satisfactoria*"; en cuanto a agrado y desagrado dice el informe que también ha mejorado muchísimo "*y se nota su evolución ya que ha logrado manifestar agrado y desagrado ante actividades, juegos, objetos, etc*" (*fs.* 71).

En relación al área de psicología, se sostiene en dicho informe que "M. *se adapta a todas las situaciones y puede manifestar sus enojos y sentimientos sin inconvenientes pero se trabaja con ella para poder encontrar los espacios y las personas adecuadas para poder realizar sus catarsis y no hacerlo delante de sus compañeros*", afirmándose luego, en el área de terapia ocupacional, "M. *se ha mostrado ante las diferentes sesiones con muy buena predisposición e iniciativa favoreciendo el desarrollo de las diferentes actividades. En cuanto a la participación social ha logrado desarrollar destrezas para relacionarse y vincular*es *con pares*". Finalmente, en el área de psicopedagogía, se informa que la causante "*presentó mucho entusiasmo e interés hacia la lectura. Es muy reflexiva acerca de las propuestas pedagógicas, preguntando, reforzando sus respuestas y busca nuevos conceptos*" (fs. 72 a 74).

Por otra parte, surge también del informe de los peritos Gabriel Carvallo, Fabián González y Rosana Kennis, del 17 de febrero de 2016, que la señorita M. E. C. se ha expresado con palabras y éstas fueron perfectamente comprendidas pues han sido explicitadas en el informe (ver fojas 93 vta.). Así también, que realiza talleres de verano, cocina y pintura (fs. 94).

Tampoco se desprende de autos que el sistema de apoyos haya resultado ineficaz. De hecho, la señora M. H. T. –madre de M. E.- se ocupó de ella toda su vida, contando para ello con la ayuda de E. C. y sus otros hijos E. C., de 25 años, L. A. C. de 22 años y P. L. C. de 21 (v. fs. 20 y 94).

Vale decir, que ninguno de los supuestos excepcionales mencionados por el artículo 32 del Código Civil y Comercial, último párrafo, para concluir en el extremo de la declaración de incapacidad de una persona, se

corroboran en el caso de autos.

Asimismo, no sólo la defensora oficial, sino también la Asesora interviniente había solicitado se especifiquen en la Sentencia los actos que la causante tendría limitados y la designación de su madre como apoyo de ésta (fs. 124).

A la luz de tales constancias, la conclusión a la que arriba la Sentencia de primera instancia, confirmada por la Excma Cámara de Apelaciones, no se ajusta a los parámetros vigentes de evaluación de la salud mental de una persona (conf. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –C.D.P.D.-, aprobada por Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas el 13-VI-2006, incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378; Ley de Salud Mental 26.657 y arts. 31 a 47, CCyCN).

Y, como ese Alto Tribunal ha afirmado, "*luce ostensible que el concepto de salud mental ha dejado de ser una noción estrictamente pericial para pasar a tener un contenido mucho más amplio (conf. Preámbulo, arts. 1, 3, 4, 12, 26 y concs., C.D.P.D.)*" (SCBA . causa C. 117.244, "A. , *R.I. .Insania. Curatela*", 9/10/13).

En este sentido, ya resulta llamativo que de los considerandos de la sentencia de primera instancia se desprenda que "*lo que necesita la interesada es que se respete su capacidad jurídica plenamente, debiendo designarse para el desarrollo de su capacidad de ejercicio una persona idónea*", para luego –en la parte dispositiva del fallo- declarar la incapacidad y designar curadora definitiva a la causante. Ello en base a que "*En este estado y en consonancia con el paradigma actual que atraviesa a las personas con discapacidad mental, no puedo dejar de observar que el dictamen interdisciplinario realizado en autos con fecha 17 de febrero de 2016 estableció que la interesada* M. E. A. C. *presenta incapacidad, entendiendo que en el caso de autos me debo inclinar en esa dirección (Art. 32 Código Civil y Comercial de la Nación, último párrafo)*" (v. fs. 138 vta. y 139).

Así también, resulta discordante la sentencia de la Excma.

Cámara de Apelaciones, que -para confirmar el decisorio de primera instancia- sólo menciona las conclusiones de la pericia interdisciplinaria de fs. 93/95 vta., el certificado médico con el diagnóstico de la causante y el informe emanado de la "Fundación C. D." (el que no analiza), concluyendo que la entrevista personal con la causante ha dado cuenta de la "*imposibilidad de la interesada de interactuar, expresarse verbalmente, por escrito o mediante gestos, como así también de dirigir su persona. Ergo, se confirmó lo que surge de los informes antes descriptos (v. acta de audiencia de fs. 176)*".

Advierto que el acta a la que remite la Excma. Cámara no tiene constancia alguna que permita arribar a dichas conclusiones y, por otra parte, la imposibilidad de la causante de expresarse verbalmente, por escrito o mediante gestos, mal puede verse corroborado con los informes obrantes en autos que describen -incluso- las expresiones vertidas por la causante en oportunidad de las entrevistas, sus gestos y sus posibilidades, tal como se ha referido anteriormente.

Todo ello ha sellado, a mi entender, la suerte del recurso traído a consideración.

IV- En virtud de lo expuesto, con los extremos valorados, considero que corresponde hacer lugar al recurso impetrado, casarse el fallo impugnado y devolver los autos a la instancia de origen para que se disponga -en función de la actual necesidad de protección jurídica de M. E. A. C.-, la restricción de su capacidad, estableciendo el sistema de apoyos y salvaguardias que resulte necesario, fijando sus funciones y responsabilidades pertinentes (arts. 4 y 12, C.D.P.D y art. 38, CCyCN).

La Plata, 7 de noviembre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 123.112

“G., I. G. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”, fecha: 29-04-2019

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

C 123.112 "G., I. G. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica"

Suprema Corte:

I. La Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, confirmó (fs. 104/109) el pronunciamiento del Juzgado de Familia Nº 2 departamental de fs. 67/72, que dispuso restringir la capacidad jurídica de I. G. G. para ejercer por sí solo actos de disposición, administración y garantía de sus bienes muebles e inmuebles registrables y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el salario mínimo vital y móvil; percibir y administrar su beneficio previsional, celebrar por lo general contratos,- a excepción de los que detalla-, dejando sentado que tampoco podría expresar su voluntad para ejercer derechos personalísimos -que enumera- todo ello sin la previa venia judicial. Asimismo resolvió hacer saber al sistema de apoyo designado su función y las pautas a respetar por el sistema de apoyo familiar.

Contra dicho resolutorio la señora Defensora Oficial -titular de la Unidad de Defensa Civil Nº 14 Especializada en Salud mental- dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que concedido a fs. 179, procedo a examinar (fs. 110/127, fs. 149, 188).

II. Alega la señora Defensora que el decisorio en crisis ha violado la Ley Nacional de Salud Mental, los arts. 31, 32, 37 y 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la garantía de igualdad ante la ley, los derechos de propiedad y defensa en juicio (fs. 119 vta.).

En tal sentido, entiende que la sentencia de la Cámara

al confirmar la limitación de la capacidad jurídica del señor G. para ejercer derechos personalísimos, sin fundamento ni sustento en las constancias de autos y excediendo las limitaciones que estableció el equipo técnico del Juzgado en la pericia interdisciplinaria producida en autos, violenta el art. 37 del Código Civil y Comercial de la Nación y contraviene la obligación legal vigente "de que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible" (fs. 120).

Por otro lado, advierte que en contraposición con lo normado por el art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, las previsiones de la Ley Nacional de Salud Mental, la Convención de la Derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, "tampoco se han señalado las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de las personas intervinientes y la modalidad de su actuación".

Refiere y explica el cambio de paradigma que implicó en el campo de la salud mental la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (ley 26378 y ley 27044) al adoptar el modelo social, por lo cual "en materia de salud mental debe primar el principio de la `dignidad del riesgo´".

Asimismo, aduce que el Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla general que toda persona puede ejercer por sí misma sus derechos y que dicha capacidad "debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia". Ello significa que el ejercicio de los derechos sólo puede restringirse "en cuanto a un acto o una serie de actos determinados y sólo en su propio beneficio designando un sistema de apoyo" (fs. 121 vta.).

Expone el concepto y función de las medidas de apoyo que establece el art. 43 del Código Civil y Comercial de la Nación, que recepta los principios de la Convención de la Derechos de las Personas con Discapacidad y hace referencia a los alcances de la sentencia, según lo previsto por el art. 38 del mismo cuerpo legal (v. fs. 122).

Igualmente asevera que “El respeto a la dignidad lleva implícito el reconocimiento de la autonomía, y en consecuencia a la capacidad de ejercer un derecho del cual se es titular. La declaración de incapacidad implica la pérdida de su derecho de acceso a la justicia, a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, a casarse, a tener hijos, a votar, elegir con quien vivir. Del efectivo ejercicio de la capacidad jurídica se deriva el acceso al ejercicio de los derechos humanos”.

Destaca que la mirada interdisciplinaria es imprescindible para el diseño del sistema de apoyo puntualizando que, “…según el grado de afectación de los derechos, las medidas de apoyo podrán tener diferente intensidad […] ser diferentes según las necesidades de la persona para el tipo de acto o actos a celebrar y/o derechos implicados o excepcionalmente también es posible que el apoyo realice una acción de representación… (art. 101, inc. C del CCCN)…” (fs. 122 vta.).

Afirma que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “reconoce la personalidad jurídica de la persona con discapacidad y su capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, al tiempo que obliga a los Estados partes a brindar los apoyos que pudieran necesitar para ejercer esa capacidad jurídica (punto 3). Más aún, prevé que deberá asegurarse que las salvaguardas que se establezcan y las restricciones que se impongan en el uso de la capacidad `respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona´, aseguren que no haya una `influencia indebida´, sean `proporcionales y adaptadas´ a las circunstancias del caso, se apliquen por el `plazo más corto posible´ y estén `sujetas a exámenes periódicos´ (fs. 123 vta.).

Por otra parte, luego de transcribir conceptos plasmados por la doctrina relativos a los arts. 38, 31 y 32 del CCN, esgrime que de los fundamentos de la sentencia en crisis se advierte la adhesión al viejo paradigma (fs. 124 vta.).

En síntesis, solicita se eliminen las restricciones dictadas en materia de derechos personalísimos, se mantenga el sistema de apoyo designado y se determinen las condiciones de validez de los actos sujetos a restricción, indicándose la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

II. Estimo que el recurso debe prosperar, aunque con el siguiente alcance.

El propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, respeto a la diferencia y el derecho a la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana; y a la dignidad inherente, impone la observancia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("Estudio Temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el Conocimiento y la Comprensión de la Convención", A/HRC/10/48, OC CIDH 18/3 Secc. A 17/09/2003, 171).

En concordancia con dicha afirmación, el bien jurídico a proteger en esta instancia es el respeto de los derechos humanos fundamentales y la promoción de la autonomía del joven I. G. para adoptar decisiones (art. 75, inc. 22, Const.-nac.; leyes nacionales 26678, 27044, ley 26657 y arts. 31 y sigts. y concs. Cód. Civ. y Com.).

Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación establece como reglas generales la presunción de capacidad general de ejercicio, la excepcionalidad de su limitación, la intervención interdisciplinaria tanto en el proceso como en el tratamiento, el derecho a recibir información, a participar en el proceso judicial y a otorgar prioridad a las alternativas terapéuticas menos restrictivas (art. 31).

Tal es, cabe aclararlo, "[...] una novedad con relación al Código de Vélez, que no contenía un dispositivo semejante que previese, en forma sistematizada, las reglas aplicables a las restricciones a la capacidad jurídica de las personas" (Julio M. Conte-Grand en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, Thomson Reuters La Ley, 2da. edición, pág. 385).

Igualmente, dicho cuerpo legal prevé que el juez puede restringir la capacidad "...para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece[...] una alteración mental permanente[...] siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar una daño a su persona o a sus bienes"; y "Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador" (art. 32), debiendo garantizarse las medidas de accesibilidad, y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación del interesado (art. 35).

La evaluación interdisciplinaria es requerida en el art. 37 del mismo Código para interiorizar al juez sobre la realidad en que se encuentra situada la persona en diversos aspectos de la vida, sus recursos, habilidades, entre otros aspectos. En tal sentido ilustrará al magistrado "respecto de las capacidades sociales, familiares laborales etc. que posee la persona, así como las estrategias posibles para mejorar las eventuales dificultades que tenga en su vida de relación, entre otros temas, aportándole además elementos de convicción para determinar la protección debida a la persona" (causa C. 116.954, "E., E. R. s/ Insania y curatela", sent. de 8-7-2014).

En definitiva, tal singularidad aporta el parámetro indispensable para corroborar lo que esa persona en particular requiere en procura de superar las barreras que le impiden, en igualdad de condiciones con las demás personas, ejercer sus derechos, (art. 12 párr. 4º, CDPD; Ppio. 1.7, AG RES. 46/119, 46 U.N. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el

Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, Ley Nacional de Salud Mental) es decir, facilita el marco para establecer la extensión y alcance de la restricción, la determinación de los actos y funciones que se limitan, las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción y la modalidad de actuación de la persona o personas intervinientes indicadas para actuar como apoyo), como también las salvaguardas que deberán fijarse (art. 12 CDPD; arts. 24, c), 32, y 43, Cód. Civ. y Com.).

Es decir, "[...] para el caso de personas capaces con capacidad restringida, la protección del ordenamiento está dada de forma general por los referidos sistemas de apoyo, sin perjuicio de que, de acuerdo con el art. 101, inc. c, el juez podrá añadir a dicho auxilio representación para ciertos actos. Y, como lo dispone expresamente el art. 32, la decisión siempre deberá estar inspirada en las particulares circunstancias y necesidades de la persona" (Julio M. Conte-Grand en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Thomson Reuters La Ley, 2da. edición, pág. 383).

Teniendo en cuenta los referidos postulados entiendo que la sentencia de la Alzada no es acorde a la normativa vigente, al confirmar el pronunciamiento de primera instancia.

En efecto, en lo que resulta objeto de recurso el señor Juez de Familia, con base en la conclusión de la pericia interdisciplinaria realizada y en la del informe socio ambiental efectuado (fs. 28 y 31/33 respectivamente) dispuso que I. "... no podrá por sí solo expresar su voluntad para contraer matrimonio, para votar, para entrar a una comunidad religiosa, para autorizar el uso de su imagen para fines comerciales ni públicos, para autorizar la donación de sus órganos, para autorizar ninguna intervención quirúrgica ni estudio médico que conlleve riesgo para sí, todo ello sin la previa venia Judicial".

Al respecto, la Cámara entendió que las restricciones a los actos y funciones decretados por el juez a quo no cercenan la capacidad de

I., ni afectan de manera ostensible su autonomía personal, y que se dictaron para protegerlo. Dicho argumento se sustenta en que "[...] presenta un cuadro compatible con retraso mental moderado y epilepsia. No puede celebrar contratos de trabajo, no puede desplazarse en forma autónoma fuera del país. Requiere asistencia de terceros para actos de la vida cotidiana que afectan a su subsistencia. La patología que padece data de su nacimiento y su pronóstico es la cronicidad" (conclusión del informe de fs. 28), y "que el causante siempre fue escolarizado en educación especial, que concurre a un centro cultural en el taller de cocina, que concurre a un club a realizar karate, relacionándose sin dificultad con el medio interno y externo, encontrándose integrado a su familia, su barrio y pares"(informe socio ambiental de fs. 31/33).

En dicho sentido, estimo que, en desmedro de los principios que emergen de la capacidad plena de todo individuo, cuya afectación debe ser evaluada con criterio restricto y sus limitaciones determinadas específicamente, (doctr. causa C. 15091, "D., E.J. Insania y Curatela", Sent.3-4-2014), se restringió sin sustento fáctico alguno el ejercicio de la capacidad de I. respecto de derechos y actos personalísimos; para tal restricción, no basta con tener por acreditada la necesidad de apoyo en la toma de decisiones para otros actos establecidos en la sentencia.

Debe tenerse en cuenta, en lo que nos concierne, que "El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad." (II. 25. f), Observación N° 1, CRPD).

Más aún, cabe agregar que "como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos `Cantos´, del 28 de noviem-

bre de 2002, p.63; y Claude Reyes´ del 19 de septiembre de 2006, p. 135 y 153), la exigencia de que una sentencia cuente con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles es una exigencia que arraiga en el derecho a la tutela judicial efectiva y en las garantías judiciales que, sistemáticamente, consagran en favor de las personas directamente interesadas los arts. 25 y 8.1, respectivamente, de la Convención americana sobre Derechos Humanos. Mas esa obligación trasciende el interés de las partes del proceso para contribuir a la profundización del estado de derecho, pues al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática (caso ´Apitz Barbera´ del 5 de agosto de 2008 p. 77 y 78)". (CSJN, causa L. 85. XLVII. "L., E.S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo", sent. de 20-5-2014).

Por otro lado, en relación a los actos específicos sujetos a restricción asiste razón a la recurrente cuando señala que a su respecto no se han fijado en la sentencia atacada las condiciones de validez, ni indicado la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación, como lo estipula la última parte del art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sobre dicho tópico, la doctrina especializada entiende que "cuando el enunciado hace alusión a la modalidad de su actuación, refiere a la magnitud del apoyo que puede limitarse a una simple asistencia para la comunicación; asistencia para la toma de decisiones e, incluso, la realización de ciertos actos. Respecto a esto último, el CCyCN admite el otorgamiento de facultades representativas a los apoyos o como se los denomina "apoyos intensos" (art. 24 inc. c) y art. 101, inc. c). El juez debe determinarlo en la sentencia y al tratarse de un supuesto excepcional, se deberá inscribir en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (Adriana N. Krasnow; Tratado de Derecho de las Familias, Tomo III, Thomson Reuters La Ley, pág. 447).

Es que como se afirma, los recaudos enunciados son necesarios en virtud de que, sin perder de vista su función y propósito "sólo los apoyos que hayan sido designados (nominados), de los que se haya aceptado su cargo, y que hayan sido inscriptos si correspondiera, conforme art. 43 (in fine), podrán ser oponibles a terceros con plena validez jurídica. Del mismo modo, sólo la persona de apoyo que haya aceptado el cargo [...] podrá eventualmente, ser responsable civilmente por los daños ocasionados de su mal desempeño". (Ricardo Luis Lorenzetti; Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Tomo I, Ed. Rubinzal-culzoni, pág. 186).

Contrariamente a lo expuesto en los párrafos anteriores, la Alzada en su pronunciamiento omitió establecer la modalidad del apoyo y las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la persona o personas intervinientes.

No obstante lo anterior, y en tránsito de habilitar la realización de la tutela legal efectiva de los derechos del joven I., dirección que marca el principio pro homine (art. 29 CADH; art. 5 PID P; art. 5 PIDESC entre otros) entiendo plausible se evalúe la necesidad de sistemas de apoyo al ejercicio de su capacidad en relación a sus derechos y actos personalísimos.

Un aspecto de base del nuevo régimen, fruto de desavenencias en la doctrina, "[...] es la modificación del paradigma al que se orientaba el régimen anterior, que era el de la consideración de los supuestos de incapacidad de hecho (hoy, de ejercicio) como mecanismos de protección del incapaz, a diferencia de lo que se constituye en eje del actual régimen, que es la afirmación de que la declaración de incapacidad o la restricción de la capacidad, máxime en los casos de insanidad mental, se constituyen como hipótesis discriminatorias y, por ende, deben ser evitadas en lo posible. Ciertamente, el sistema debería propender a ambos objetivos: la tutela del incapaz de hecho sin discriminarlo" (Julio M. Conte-Grand en Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Thomson Reuters La Ley, 2da. edición, págs. 402-403).

III. 1. En suma, con base en lo hasta aquí expuesto propicio que se haga lugar al recurso extraordinario incoado, debiendo volver los autos a la instancia de origen a fin de que queden sin efecto las restricciones a la capacidad decretadas sin sustento probatorio, se fijen las condiciones de validez de los actos sujetos a restricción, se indique la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación, conforme a lo normado por el art. 38 del Código Civil y Comercial.

2. Asimismo, con énfasis en preservar los principios y garantías que involucran las cuestiones tratadas, estimo que procedería verificar la necesidad del sistema de apoyos sobre derechos y actos personalísimos, en la oportunidad que se considere conveniente.

La Plata, 29 de abril de 2019.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires

DICTAMEN: C 122.321

“F., R. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”, fecha: 31-10-2018

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

C 122.321

"F., R. s/Determinación de la capacidad Jurídica"

Suprema Corte:

I. La Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro con fecha 31 de octubre de 2017, confirmó el decisorio del Juzgado de Familia Nº 4 departamental (v. fs. 689), que en los autos sobre determinación de la capacidad del señor R. F., resolvió aprobar la rendición de cuentas de la Curaduría Oficial Zonal (v. fs. 600).

Contra lo decidido dedujo la señora titular de la Asesoría de Incapaces Nº 2, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 705/711); cuya desestimación (fs. 713) motivara la interposición del recurso de queja ante V.E (fs.766/770177El mismo fue acogido favorablemente, y se concedió el remedio extraordinario (v. fs. 766/779), que paso a examinar.

II. Recurso de inaplicabilidad de ley.

La accionante aduce que la sentencia en crisis, "viola los arts. 18, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución nacional; 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 1, 2 ,4, 5, 12, 13 de la Convención sobre los Derechos d las Personas con Discapacidad (leyes 26.378 y 27.044); XVII, XVIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 Declaración Universal de Derechos Humanos; 10, 15, 36.5 y 171 de la Constitución provincial; 3, 130, 131, 134, 858, 860, inc. c), 862, 1716, 1717, 1766, 1775, 1776 del Código Civil y Comercial; art. 1, 2, 4 ley 26.944)."

Igualmente, afirma que se aparta de las reglas que

rigen la sana crítica (art. 384 del CPCC), en tanto "incurre en el vicio de absurdo en la valoración de los hechos y probanzas de la causa".

Relata que impugnó (fs. 562/563) en su oportunidad, la rendición de cuentas de la Curaduría Oficial (fs. 541/543, 544/547, 548) en virtud de que dicha dependencia presentó dos facturas emitidas por una acompañante terapéutico las que "describen como detalle de honorarios "trámites de afiliación a Profe" de fecha 11-11-15 por la suma de $ 720 y "A.T. Trámite" de 15-01-16 por $ 800, lo que totaliza la suma de $ 1520 (fs.545, 547, 548)"; y que, después de las explicaciones brindadas por dicha dependencia, aprueba el señor Juez de la instancia de origen (fs. 600).

A continuación, refiere que no surgen elementos en estas actuaciones que demuestren la actividad realizada por la acompañante terapéutica en ejercicio de su incumbencia profesional.

Se agravia igualmente por entender que no existe documentación aportada que respalde las gestiones y trámites facturados por la mencionada, lo cual, por otro lado, según sostiene no significó beneficio concreto ni razonable para el señor F., quien "mantiene paradero desconocido para todos los órganos judiciales desde fines de julio de 2013 luego de no regresar de un permiso de salida al Hospital "Dr. D. C." donde se encontraba internado…".

Destaca que la única documental aportada a fs. 569 y 570, no cumple con los requisitos que para las rendiciones de cuentas establecen los arts. 859 y sgtes., del Código Civil y Comercial, los cuales tampoco fueron considerados en el pronunciamiento de la Cámara.

Sostiene que del único fundamento del fallo, se deduce que el Tribunal entendió razonable "contratar a una persona ajena a la dependencia, que invocó su formación profesional de acompañante tera-

péutica, para realizar una “re” afiliación o empadronamiento del Sr. F. al PROFE…” (fs. 570)”.

Añade que desde la órbita propia de actuación de las Asesorías se fue tomando conocimiento de circunstancias -que involucran a un gran número de tutelados- que indican como modalidad de la Curaduría Oficial, contratar acompañantes terapéuticos para llevar a cabo tareas ajenas a su incumbencia profesional.

Por tal motivo, ante la posible comisión de hechos ilícitos informa que el Defensor General Departamental presenta denuncia penal, que cuenta con imputación del Fiscal a cargo de la UFI de Investigaciones Complejas de San Isidro, IPP 14-00-4389/16, y radicación ante el Juzgado Correccional N° 5 de San Isidro.

En dicho marco, señala el inicio de la información sumarial P.G. N° 44/16, y la resolución de la Procuración General registrada bajo N° 530 de fecha 13 de julio de 2016, que dispone intervenir preventivamente la Curaduría Oficial Zonal, designar como interventor al señor Curador General y disponer el cese provisorio en las funciones de Curadora Oficial para los departamentos judiciales de San Isidro y Zárate-Campana de la funcionaria que las desempeñaba (fs. 601/602).

Plantea, que de adquirir firmeza la aprobación de las cuentas, ”además de colisionar eventualmente con las posibles resoluciones del ámbito penal”, se impediría al damnificado “ejercer la acción de daños y perjuicios y de reintegro derivadas de una administración indebida en su perjuicio, máxime cuando también ello involucra -en el caso- la responsabilidad por daños del estado por el hecho de sus agentes (art. 134, 1716, 1717, 1766, del Código Civil y Comercial; art.1, 2, 4 ley 26944).”

Puntualiza que la sentencia atacada al sostener que

las explicaciones brindadas por la Curaduría Oficial resultan razonables, sin abordar ninguna de las defensas planteadas por su parte, conducentes para resolver y arbitrariamente sin tratamiento de sus argumentos, constituye una formulación dogmática y de fundamento aparente, por no coincidir con los hechos comprobados de la causa.

Imputa al decisorio, que todos y cada uno de los elementos reseñados y obrantes en la causa aparecen ignorados. Y señala que "En vista de los antecedentes de la causa y el derecho aplicable, la sola afirmación de la Cámara de que las explicaciones brindadas por la curaduría oficial resultan razonables, sin abordar ninguna de las defensas planteadas, constituye un típico ejercicio de formulación dogmática y una decisión arbitraria…"

Por otro lado, expresa además, que el pronunciamiento transgrede sus propios precedentes "dictados con motivo de similares planteos y que ha resuelto recientemente en forma opuesta, configurando ello de acuerdo a doctrina de la CJN causal específica de arbitrariedad"; y en dicho contexto transcribe, en lo pertinente, la resolución dictada en los autos "G. P. A. s/ Determinación de la Capacidad" (Sala I, expte. N° 35216, Resol. 4-10-2016).

Finalmente, expone sus argumentos sobre el modo en que se han violentado los preceptos que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y peticiona a esa Corte case la sentencia dictada por la Cámara.

II. i. La Alzada, en lo que interesa destacar a los fines del presente, expone: "*II*. La Asesora de Incapaces al fundar el memorial sostiene que R. F. cursó una internación larga y que en el mes de julio de 2013 no retornó de un permiso de salida siendo buscado desde entonces. Conforme ello en la rendición de cuentas por el periodo 15-9-2015 al 13-3-2016 se incluyeron facturas de la acompañante terapéutico con los recibos que corrobo-

ran que fueron pagados de fecha 11-11-15 por la suma de…. Concluye que D. E. F. no fue acompañante terapéutica del causante (fs. 566/567)". "*III*. Al contestar el traslado la titular de la Curaduría Oficial de Alienados explicó que las personas con padecimientos mentales son beneficiarios de una pensión no contributiba [sic] a la que se le practica un descuento mensual del Programa Federal de Salud cuya afiliación no es automática sino que requiere la realización de trámites para la expedición de un carnet o constancia de afiliado lo que requiere la concurrencia de una acompañante terapéutico. Explica que es responsabilidad de la Curaduría que se gestione la obtención de medicamentos para el causante y señaló que ésta es la manera que [sic] actuar de la institución con el fin de procurar a los beneficiarios la cobertura sanitaria para el caso de necesitarla (fs. 597/599)". "IV. Resultando razonable la explicación brindada por la Curaduría Oficial a la luz de la Convención sobre [sic]las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo redactado por Naciones Unidas y aprobado por nuestro país (ley 26.378), en cuanto establece el criterio por el cual los procedimientos deben ser ajustados de manera de facilitar la realización de los trámites, corresponde mantener la providencia impugnada del 7-7-2016 con cumplimiento de los recaudos solicitados por el Magistrado" (fs. 689).

ii. Notoriamente, a mi modo de ver, surge de los precitados argumentos la ausencia de las razones o motivos por los cuales se receptan como base de la decisión, las manifestaciones de la Curaduría Oficial (fs. 597/599).

De tal modo, sin brindar una respuesta razonada a la crítica detallada que efectúa la señora Asesora en su planteo impugnatorio, la Alzada confirma lo que a su hora consignara el Magistrado de primera instancia, quien expresó: "Atento lo manifestado a fs. 548, teniendo en cuenta la documentación acompañada, y sin perjuicio de la impugnación realizada por

el Ministerio Público interviniente (fs. 562/563), apruebase por esta única vez, en cuanto ha lugar por derecho, la rendición de cuentas efectuada en los términos y con los alcances manifestados a fs. 548…." (fs. 600).

Se advierte que el sentenciante reitera la falencia reclamada al juzgador de la instancia original, en virtud de que no proporciona tratamiento a ninguna de las cuestiones sustanciales planteadas en su oportunidad, con la finalidad de impedir la aprobación de la rendición de cuentas, las que por su relevancia y seriedad debieron ser evaluadas (fs. 601/602).

iii. Por otro lado, nada revela que se haya ponderado el modo en que se habrían respetado los preceptos legales que regulan la cuestión debatida (arts. 858, 859, 860, 862 Cód. Civ y Com.), lo cual impide conocer sobre la legalidad de la decisión jurisdiccional ("Acuerdos y Sentencias" 1985-I-531; íd. II-129 y Ac. 37.062, sent. 30-VI- 87).

iv. Tampoco se valora la condición del justiciable, quien por su vulnerabilidad –discapacidad mental y pobreza- (Sección 2°, 1 [3] "Las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana) requiere de una protección particular, acorde a sus circunstancias, y en línea con los derechos de rango constitucional (art. 75 inc.22 y 23; arts. 15 y 16 de la Const. Prov. y ley 27.044); y que a la postre, se encontraría impedido de recuperar las sumas que irrogaron los gastos realizados por disposición de la Curaduría Oficial -en concepto de "tramites de afiliación a PROFE"- y eventual posibilidad de accionar por los daños y perjuicios que le ha significado dicho proceder (arts. 1716, 1717, 1766, 1775, 1776 Cód. Civ. Com.).

v. Asimismo, soslaya explicar su apartamiento del fallo invocado por la recurrente, dictado por la misma Sala I, en los autos "G., P., A. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica" de fecha 26 de septiembre

de 2016", en el cual ponderando las circunstancias de la causa:" a) información sumaria P.G. nº 44/16 por las presentaciones efectuadas por la (sic) Asesoras Departamentales; b) denuncia penal formulada por el Defensor General Departamental, c) auditoria urgente de la Curaduría Oficial de San Isidro (surge inicialmente que a tres acompañantes terapéuticos se le habrían abonado sumas exorbitantes en el curso del presente año, detentándose (sic) que en reiterados supuestos figuran conceptos de facturación impropias de las tareas de acompañante terapéuticos). En virtud de todo ello se resolvió intervenir la Curaduría Oficial Zonal San Isidro/Zárate-Campana, designar como interventor al Curador General.... Y disponer el cese provisorio en sus funciones de la Curadora... (ver Resolución 530/2016 dictada el 13/7/2016, de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...). "... con los antecedentes apuntados y lo señalado por la Asesora de Incapaces ...", decidió no aprobar las cuentas presentadas por el interventor provisorio de la Curaduría Oficial Zonal para los departamentos judiciales de San isidro, Zárate-Campana, "...hasta tanto, no se aclare la situación de la anterior curadora Oficial y no se efectivice un adecuado y ajustado control de sus cuentas...".

vi. Pues así, resulta esclarecedor el voto del doctor de Lazzari, emitido en causa A. 71821, al que acude la recurrente: "A esta altura no resulta ocioso recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva impone al órgano jurisdiccional interviniente que produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo. No alcanza con que se adjudique la razón de cualquier manera. Ha de hacerse mediante desarrollos argumentales precisos que permitan comprender cómo y porqué han sido dados por probados o no demostrados los hechos conducentes y ha sido aplicada la norma que rige el caso. Se requiere la inclusión del mecanismo mismo elaborado sobre la base de la lógica y del derecho, exhibido en sus elementos esenciales, extrovirtiendo el eje, la base, el hilo conductor, aunque se omitan los detalles. Son exigen-

cias estrictamente constitucionales y convencionales (arts. 18 Constitución nacional, 10, 15, 171 Constitución provincial; 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos). No otra cosa impone el art. 3 del nuevo Código Civil y Comercial: el juez debe resolver mediante una decisión *razonablemente fundada* (sobre el derecho a una sentencia motivada como parte integrante de la tutela judicial efectiva, ver Leandro Guzmán, Derecho a una sentencia motivada, ed. Astrea, pág. 251 y sigs.)." (A. 71821, sent. 6-12-2017).

"La prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material, constituye uno de los supuestos típicos de arbitrariedad…" "(SCBA. L. 28776, "G.P.J.A. contra Zammar. A. Indem por antiguedad. Etc.")".

Así también, el Superior Tribunal de la Nación, entre muchos de sus Fallos ha sostenido que "Si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho y prueba, son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en aquellos supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática, o inferencias sin sostén jurídico o fáctico con el sólo sustento que la voluntad de los jueces. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–" (Fallos: 326:3734; 322:2880; 315:503).

Y según su doctrina, (Fallos: 302:358; 303:1646; 304:1698) desconocer las circunstancias relevantes de la causa, haciendo mérito de una deficiente introducción de la cuestión, equivale tanto como

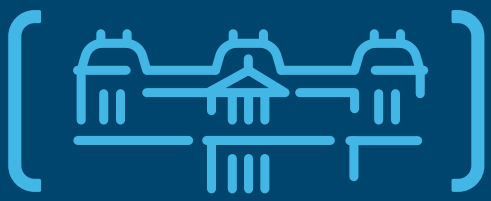
a una renuncia de la verdad jurídica objetiva, incompatible con el servicio de justicia.

III. En función de todo lo expuesto, considerando que han quedado demostrados los errores invocados, correspondería hacer lugar al recurso extraordinario incoado por la señora Asesora, dejar sin efecto el pronunciamiento atacado y devolver los autos al juzgado de la instancia de origen, a sus efectos.

La Plata, 31 de octubre de 2018.

DR. JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General ante la Suprema Corte
de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Procuración General de la
Suprema Corte de Justicia
Provincia de Buenos Aires



CIJur Centro de Información Jurídica

Ministerio Público
Provincia de Buenos Aires