

Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



Cuaderno Temático de Dictámenes

2020

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES





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 -Salas de Relatoría: penal; civil, comercial y laboral; constitucional y administrativo; y tutelar- sean sistematizados, publicados y difundidos. Y también, rectamente inteligidos.

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

(Índice)

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

1- RECURSO EXTRAORDINARIO DE NULIDAD.

- 1.1. Causa C. 122.741, “C., N. E. c/ C., R. M. s/ alimentos”, fecha: 06/09/2019..... 11
 Revocación de medida cautelar. Criterio de actualidad. Situación de los procesos penales a sus progenitores. Fundamento del cuidado personal unilateral.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY

2.1. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD. ADOPCIÓN.

- 2.1.1. Causa C 123.580, “R., L. M. s/ abrigo”, fecha: 28/07/20..... 23
 Abrigo. Desamparo. Estado de vulneración de la menor. Comportamiento negligente de la madre adolescente. Derecho del presunto padre a ser oído. Conveniencia de implementar un régimen de comunicación con la familia de origen. Derecho a la identidad.
- 2.1.2. Causa C 123.266-7, “C., J. A. s/ declaración de situación de adoptabilidad y guarda”, fecha: 18/07/20..... 37
 Rol del curador. Idoneidad adoptiva. Registro de Aspirantes a guarda con fines de Adopción. Subsistencia de vínculo jurídico con la progenitora.
- 2.1.3. Causa C 123.715-1, “N., J. E. s/ abrigo”, fecha: 16/07/20..... 57
 Revinculación materno filial. Apelación de la Asesora de Incapaces. Violencia familiar. Maltrato. Progenitora privada de la libertad cumpliendo condena. Ausencia de referentes familiares y afectivos. Fijación de nuevos plazos para reunir informes sobre las evaluaciones de los encuentros materno filiales con carácter previo. Derecho de los menores a ser oídos.
- 2.1.4. Causa C 123.304-1, “V., S. B. s/ abrigo”, fecha: 07/07/20..... 79
 Insuficiencia del recurso de inaplicabilidad de ley planteado. Demostración eficaz del absurdo.
- 2.1.5. Causa C. 123.576-1, “V., J. s/ abrigo”, fecha: 24/06/20..... 87
 Interés superior del niño.
- 2.1.6. Causa C.123.657-1, “G. F. s/ abrigo”, fecha: 26/05/20..... 103
 Denegación del pedido de visitas de la madre biológica. Incumplimiento de la progenitora del tratamiento indicado para su salud mental. Episodios violentos. Interés superior del niño. Absurdo no demostrado.

2.1.7. Causa C.123.435-2, "B., C. y B. C., L. U. s/ abrigo", fecha: 20/05/20.....	119
Tensión de intereses. Prevalencia del interés superior del niño. Madre privada de la libertad. Tratamiento por adicciones. Falta de adhesión a los tratamientos. Integridad psicofísica de los menores. Privación de la responsabilidad parental.	
2.1.8. Causa C123.572-1, "T., M.N., E.A. y T. D. s/ abrigo", fecha: 02/01/20.....	145
Medidas adoptadas. Respaldo probatorio suficiente. Derecho de los progenitores. Evaluación de los comportamientos parentales. Situación de pobreza estructural. Evaluación interdisciplinaria. Capacidad progresiva. Opinión del Niño. Relación con los hermanos. Evaluación integral.	
2.1.9. Causa C. 123.241, "S., E. s/ abrigo", fecha: 19/09/19.....	161
Denegación de la solicitud de revinculación con la familia paterna. Escaso compromiso con el menor. Informes del equipo interdisciplinario. Prolongado tiempo de institucionalización. Necesidad de definir la situación jurídica de los niños. Deseo manifestado por el menor.	
2.1.10. Causa C 123.350, "V. F. M. s/ materia a categorizar", fecha: 06/09/2019.....	173
Debido proceso legal. Referente afectivo. Guarda. Interés superior del menor.	

2.2. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

2.2. Causa C. 123.408-1, "G. F., L. C. c/ R., M. R. s/ restitución internacional", fecha: 23/09/19.....	189
Restitución internacional del menor. Custodia conjunta. Residencia habitual del menor. Derecho del niño a ser oído. Opinión del Niño.	

2.3. FILIACIÓN.

2.3. Causa C. 123.362-1, "C., M. F. y otros s/ materia a categorizar", fecha: 20/02/20.....	207
Art. 558 "in-fine" del CC y C. Triple filiación. Sistema binario. Vínculo filial. Derecho comparado. Constitución Nacional. Interés superior del menor.	

2.4. PRESTACIÓN ALIMENTARIA

2.4. Causa C. 123.676-1, "M., M. L. c/ V., F. L. s/ alimentos", fecha: 22/10/20.....	239
Interés superior del menor. Prestación alimentaria. Accesorios. Cálculo. Criterio de actualización.	

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. 122.741

“C., N. E. c/ C., R. M. s/ alimentos”, fecha: 06/09/2019

Revocación de medida cautelar. Criterio de actualidad. Situación de los procesos penales a sus progenitores. Fundamento del cuidado personal unilateral.



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

C. 122.741

“C., N. E. c/

C., R. M. s/ Alimentos”.

Suprema Corte:

I. La Sala II de la Excma. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata con fecha 3 de julio de 2018, confirmó la resolución del Juzgado de Familia N° 6 departamental (fs. 164/166 vta.) que había dispuesto levantar la medida cautelar (fs. 77/78) que había suspendido el régimen comunicacional entre padre e hija hasta que los progenitores propusieran un tercero referente de confianza de ambos para que presencie los encuentros. Igualmente, en el mismo resolutorio atacado el juzgado de primera instancia concedió el cuidado personal unilateral en forma provisoria de la niña O. a su progenitor, el que debía materializarse en el plazo de 24 horas de notificada, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se lo dispondría de manera compulsiva y rechazó las medidas cautelares solicitadas por la progenitora de la niña (fs. 155/156 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento la actora y su progenitora –madre y abuela de la menor, respectivamente-, interponen recurso extraordinario de nulidad a fs. 270/283 por violentar lo normado en los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, el que fue concedido el 9 de agosto de 2018.

En su presentación las recurrentes indican que la sentencia es equiparable a definitiva porque provoca un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, “*que pone en riesgo inmediato el interés superior de una niña*” (fs. 270 vta.). Señalan que se han afectado los derechos del debido proceso legal y de la defensa en juicio a partir de la arbitrariedad del resolutorio cuestionado, por no haberse respetado la exigencia de debida fundamentación (fs. 271 vta. /272).

Aducen que la sentencia violenta los arts. 168 y 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, y que es nula porque “*al no tratar ni resolver todas las cuestiones que le fueren (sic) sometidas por vía recursiva – más aquellas que*

surgieran de medidas para mejor proveer [...] no han dado su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir” (fs. 273).

Puntualizan que el pronunciamiento en crisis se desentiende “*de la situación fáctica/temporal actual*” en la que se encuentra O., quien manifestó a los Jueces de la Alzada en la audiencia de fs. 245, que concurría a otro Jardín de Infantes al que la llevaba su abuela, como también se les hizo saber que la progenitora ya no se encontraba privada de libertad y convivía con la niña, -siendo dichas circunstancias anteriores al dictado del pronunciamiento atacado- (fs. 274).

Afirman que la Alzada no trata “*...la actualidad anunciada por la misma Ornela en la audiencia referida (fs. 245 y vta.) y las cuestiones planteadas por las partes a dicho Organismo, han configurado todo ello una situación de GRAVEDAD INSTITUCIONAL*” ... “*en tanto la medida adoptada trasciende el mero interés de las partes para comprometer el ‘interés superior de los niños’*” (fs. 274 y 277).

En concreto, sostienen que el resolutorio no se expidió sobre la referida actualidad de la menor como punto esencial a decidir, reiterando que todas y cada una de las constancias “*que se reseñan haberse analizado en el auto en crisis están desactualizadas ...*” (fs. 275).

Consideran que si la Cámara hubiera constatado la situación actual de O., mediante un informe socio/ambiental, habría tomado conocimiento que se encuentra asistiendo al Jardín de Infantes N° ... “*.....*” de La Plata, con pase del Jardín “*.....*”; con lo cual se acredita que había recuperado su escolaridad desde antes de haber retornado la señora C., a su hogar y que las dificultades padecidas por la abuela se resolvieron desde que la niña vive con su madre. Expresan que al no analizarse la mencionada situación actual de O., “*se confirma un resolutorio que cerraría la discusión en esta etapa, para pasar a un agravio de imposible reparación ulterior –la afectación actual e inminente del ‘interés superior de O.’ ...*” (fs. 276).

Estiman que los agravios vinculados con la falta de tratamiento de planteos esenciales de las partes y la necesidad de que se resuelva sobre elementos de convicción actualizados, resultan “*idóneos para habilitar la instancia superior en tanto se halla en juego la imposibilidad de transitar por los jueces locales a fin de poder acceder ante el Máximo Tribunal Nacional para discutir eventualmente los planteos federales involucrados en el fondo del asunto*” (fs. 277 vta. /278).

Respecto a la denunciada falta de fundamentación del pronunciamiento, observan que la Alzada no justificó su decisión de resolver sobre la base de constancias que no se encuentran actualizadas (fs. 280).

III. En vías de abordar el recurso en examen, debe tenerse en cuenta que si bien tiene dicho esa Suprema Corte que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares no revisten carácter de sentencias definitivas en el concepto de los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. causas, C. 101.524, resol del 7-VI-2010; C. 115.002, resol. del 13-VII-2011; C. 110.128, resol. del 30-XI-2011; C. 116.004, resol. del 29-XI-2012), no es menos cierto, también, que advirtiendo la trascendencia de resoluciones de esa índole ha previsto motivos que justifican el apartamiento del criterio general referido, tal el supuesto en el cual el decisorio puede causar un gravamen de difícil reparación ulterior, por las graves consecuencias que pueden derivarse en la salud y bienestar de los menores o que la situación decidida importe un riesgo para ellos con el fin de elevar el debate al máximo nivel jurisdiccional (conf. causas Ac. 71.487, sent. del 14-VII-1998; Ac. 57.056, sent. del 21-XII-2000; Ac. 99.273, sent. del 15-XI-2006; Fallos: CSJN 312:1580-dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-; 328:4763; 323:337).

En dicha inteligencia, al confirmar el pronunciamiento en crisis, aun de modo provisorio, que el cuidado personal de la niña se otorgue a su progenitor -denunciado por el delito de abuso sexual contra su hija en la I.P .P. N° PP (que se encuentra en pleno trámite por ante la U.F.I N° 2 Departamental), se configura *prima facie* un motivo de excepción que permite apartarse del criterio sustentado en el inicio de este apartado en atención a la naturaleza del delito dado que, de comprobarse la autoría en la persona del progenitor, el cumplimiento de la sentencia en crisis podría afectar el futuro temperamento, habilidades y capacidades sociales de la pequeña niña.

Por lo tanto, entiendo que el pronunciamiento de la Cámara resultaría equiparable a sentencia definitiva en el sentido del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV. Se ha dicho que el recurso extraordinario de nulidad sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal, incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. causas C. 100.068, sent. del 17-XII-2008; Ac. 104.886, sent. del 12-VIII-2009; C. 97.588, sent. del 2-VII-2010; Rc. 108.734, del 30-III-2011), resultando también ajeno al ámbito de análisis de este

remedio extraordinario, la consideración de los agravios dirigidos a cuestionar el acierto de la decisión, tal como lo pretenden las recurrentes (conf. causas Ac. 81.880, sent. del 18-VII-2001; C. 94.572, sent. del 4-VI-2008; C. 96.307, sent. del 1-X-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 104.489, sent. del 3-III-2010; C.103.363, sent. del 9-VI-2010; C. 103.421, sent. del 11-VIII-2010).

De la lectura de los agravios presentados, se desprende que las recurrentes destacan como infracciones a los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial, la omisión de cuestión esencial y la ausencia de acuerdo y voto individual y de fundamentación.

Las quejas entienden como esencial que la resolución en crisis se dictó sin tener en cuenta las circunstancias actuales en que se encontraba O.. Al respecto, estimo aplicable la doctrina de ese Alto Tribunal relativa a que no pueden a través del recurso extraordinario de nulidad formularse alegaciones de índole probatoria, porque su deficiente examen o eventual ausencia de tratamiento no constituyen omisión de cuestión esencial, ni revisten tampoco esta última calidad los argumentos traídos por las partes (conf. causas C. 101.933, sent. del 20-8-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 94.852, sent. del 21-04-2010; C. 92.586, sent. del 10-03-2011).

En cuanto la esgrimida ausencia de fundamentación del pronunciamiento atacado, yerran las apelantes en sus argumentos, pues como enseña esa Suprema Corte en reiterada doctrina, para que prospere el recurso extraordinario de nulidad, es necesario que el mismo carezca por completo de cita legal (conf. C. 118.333, sent. del 15-VII-2015, entre muchas otras), situación que no acontece en autos según se verifica de la lectura del fallo en crisis. Lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (conf. causas Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008; Ac. 98.038, sent. del 21-III-2012).

V. No obstante los referidos postulados, esa Suprema Corte a los fines de habilitar el tratamiento de los recursos extraordinarios ha expresado, que además de tratarse de una sentencia definitiva en sentido estricto o de una decisión equiparada a tal efecto, debe decidir cuestiones esenciales; entendidas como *"aquellos planteos que conforman la estructura principal de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la correcta solución del litigio, abarcando los puntos o capítulos de cuya decisión depende el sentido y alcance del pronunciamiento"* (conf. Causas Ac. 43.669, sent. del 8-IX-1992; Ac. 77.989, sent. del 21-III-2001; C. 95.878, sent. del 7-

Respecto a la denunciada falta de fundamentación del pronunciamiento, observan que la Alzada no justificó su decisión de resolver sobre la base de constancias que no se encuentran actualizadas (fs. 280).

III. En vías de abordar el recurso en examen, debe tenerse en cuenta que si bien tiene dicho esa Suprema Corte que en principio las decisiones relativas a medidas cautelares no revisten carácter de sentencias definitivas en el concepto de los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. causas, C. 101.524, resol del 7-VI-2010; C. 115.002, resol. del 13-VII-2011; C. 110.128, resol. del 30-XI-2011; C. 116.004, resol. del 29-XI-2012), no es menos cierto, también, que advirtiendo la trascendencia de resoluciones de esa índole ha previsto motivos que justifican el apartamiento del criterio general referido, tal el supuesto en el cual el decisorio puede causar un gravamen de difícil reparación ulterior, por las graves consecuencias que pueden derivarse en la salud y bienestar de los menores o que la situación decidida importe un riesgo para ellos con el fin de elevar el debate al máximo nivel jurisdiccional (conf. causas Ac. 71.487, sent. del 14-VII-1998; Ac. 57.056, sent. del 21-XII-2000; Ac. 99.273, sent. del 15-XI-2006; Fallos: CSJN 312:1580-dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-; 328:4763; 323:337).

En dicha inteligencia, al confirmar el pronunciamiento en crisis, aun de modo provisorio, que el cuidado personal de la niña se otorgue a su progenitor -denunciado por el delito de abuso sexual contra su hija en la I.P .P. N° PP (que se encuentra en pleno trámite por ante la U.F.I N° 2 Departamental), se configura *prima facie* un motivo de excepción que permite apartarse del criterio sustentado en el inicio de este apartado en atención a la naturaleza del delito dado que, de comprobarse la autoría en la persona del progenitor, el cumplimiento de la sentencia en crisis podría afectar el futuro temperamento, habilidades y capacidades sociales de la pequeña niña.

Por lo tanto, entiendo que el pronunciamiento de la Cámara resultaría equiparable a sentencia definitiva en el sentido del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial.

IV. Se ha dicho que el recurso extraordinario de nulidad sólo puede fundarse en la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, falta de fundamentación legal, incumplimiento de la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces o en la no concurrencia de la mayoría de opiniones (conf. causas C. 100.068, sent. del 17-XII-2008; Ac. 104.886, sent. del 12-VIII-2009; C. 97.588, sent. del 2-VII-2010; Rc. 108.734, del 30-III-2011), resultando también ajeno al ámbito de análisis de este

remedio extraordinario, la consideración de los agravios dirigidos a cuestionar el acierto de la decisión, tal como lo pretenden las recurrentes (conf. causas Ac. 81.880, sent. del 18-VII-2001; C. 94.572, sent. del 4-VI-2008; C. 96.307, sent. del 1-X-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 104.489, sent. del 3-III-2010; C.103.363, sent. del 9-VI-2010; C. 103.421, sent. del 11-VIII-2010).

De la lectura de los agravios presentados, se desprende que las recurrentes destacan como infracciones a los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial, la omisión de cuestión esencial y la ausencia de acuerdo y voto individual y de fundamentación.

Las quejas entienden como esencial que la resolución en crisis se dictó sin tener en cuenta las circunstancias actuales en que se encontraba O.. Al respecto, estimo aplicable la doctrina de ese Alto Tribunal relativa a que no pueden a través del recurso extraordinario de nulidad formularse alegaciones de índole probatoria, porque su deficiente examen o eventual ausencia de tratamiento no constituyen omisión de cuestión esencial, ni revisten tampoco esta última calidad los argumentos traídos por las partes (conf. causas C. 101.933, sent. del 20-8-2008; C. 97.194, sent. del 18-II-2009; C. 94.852, sent. del 21-04-2010; C. 92.586, sent. del 10-03-2011).

En cuanto la esgrimida ausencia de fundamentación del pronunciamiento atacado, yerran las apelantes en sus argumentos, pues como enseña esa Suprema Corte en reiterada doctrina, para que prospere el recurso extraordinario de nulidad, es necesario que el mismo carezca por completo de cita legal (conf. C. 118.333, sent. del 15-VII-2015, entre muchas otras), situación que no acontece en autos según se verifica de la lectura del fallo en crisis. Lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (conf. causas Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008; Ac. 98.038, sent. del 21-III-2012).

V. No obstante los referidos postulados, esa Suprema Corte a los fines de habilitar el tratamiento de los recursos extraordinarios ha expresado, que además de tratarse de una sentencia definitiva en sentido estricto o de una decisión equiparada a tal efecto, debe decidir cuestiones esenciales; entendidas como *"aquellos planteos que conforman la estructura principal de la litis y el esquema jurídico que la sentencia debe atender para la correcta solución del litigio, abarcando los puntos o capítulos de cuya decisión depende el sentido y alcance del pronunciamiento"* (conf. Causas Ac. 43.669, sent. del 8-IX-1992; Ac. 77.989, sent. del 21-III-2001; C. 95.878, sent. del 7-

V-2008; C. 101.860, sent. del 11-III-2009; C. 99.354, sent. del 15-VII-2009; C. 106.655, sent. de 22-XII-2015).

En dicho sentido considero que el dispositivo sentencial, equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 278 del C.P.C.C., requiere el cumplimiento de la formalidad constitucional del acuerdo previo y voto individual de los jueces (conf. causas Ac. 79.343, sent. del 10-IX-2003; C. 118.494, resol. del 26-III-2014; C. 120.346, resol del 16-III-2016; entre otras), en virtud de que se expide sobre cuestiones esenciales, a saber, el cuidado personal unilateral de la niña en forma provisoria en favor del progenitor, denunciado por el delito de abuso sexual contra su hija y el rechazo de las medidas cautelares peticionadas por las recurrentes.

En tal sentido, estimo esclarecedor lo afirmado por el doctor Hitters en causa C. 108.056, en cuanto a que “... *la tésis específica de la formalidad enunciada (acuerdo y voto individual) [...] está consagrada como una garantía relativa a la calidad del ‘debate previo’ al dictado de un pronunciamiento definitivo sobre las cuestiones esenciales de la litis*”.

En el caso tal acuerdo y voto individual ha resultado incumplido.

VI. Finalmente entiendo que la cuestión en debate se enmarca en los principios protectorios establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que afirmando la calidad de sujetos de niños, niñas y adolescentes privilegian el derecho a ser protegidos de todo perjuicio que pueda causarles el proceso judicial, con primordial atención a su interés superior, norte que dirige el proceso a cumplir con su finalidad de justicia (arts. 2, 3 párrafo 1 y 19, CIDN; art. 3, ley nac. 26061; art. 4, ley 13298).

Sabido es que la consideración de dicho interés superior se efectúa en una circunstancia histórica determinada, tomando en cuenta que en materia de menores todo está signado por la provisoriedad; “lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (causas Ac. 78.013, sent. del 2-IV-2003; C. 99.273, sent. del 21-V-2008; C. 96.411, sent. del 17-VI-2009; entre otras)”, resulta primordial contar en estas actuaciones con datos actualizados.

En ese orden de las gestiones realizadas por esta Procuración General, en pos de reunir datos actualizados sobre la evolución de las investigaciones penales preparatorias que tienen como denunciados a los progenitores de O. -por distintos delitos y en diferentes investigaciones preparatorias-, surge que en la Investigación

Penal Preparatoria N° en la que N. E. C., resultara imputada por el delito de Tenencia de Estupefacientes con fines de comercialización, ha sido sobreseída con fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, por la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental (informe de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 1 de La Plata que se acompaña).

En cuanto a la Investigación Penal Preparatoria N° caratulada "R. M. C., s/ Abuso sexual", la Unidad Funcional de Instrucción N° 2 de La Plata informó que la mencionada investigación se encuentra en pleno trámite. Asimismo que no se ha recibido declaración testimonial a la niña víctima en cámara gesell "toda vez que luego de la correspondiente evaluación psicológica efectuada por el Cuerpo Técnico del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, se designó fecha de audiencia en tres oportunidades", y si bien la niña se presentó el primero de noviembre de dos mil dieciocho, no pudo llevarse a cabo la audiencia por el cuadro de angustia que presentaba. También remitió copias de las actuaciones pertinentes, entre las que se encuentra el informe suscripto por la psicóloga que atiende a O., desde mediados del mes de marzo de dos mil diecinueve en el Centro de Amparo, y la declaración testimonial que la misma prestó el veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

VII. En definitiva, estos nuevos elementos se suman a otro que ya tuvo en cuenta la Exma. Cámara al momento de dictar la Sentencia en crisis y que debió haber sido analizado con mayor detalle al fundar la decisión: la madre de O. ya no se encontraba ausente, sino conviviendo con ella en su casa.

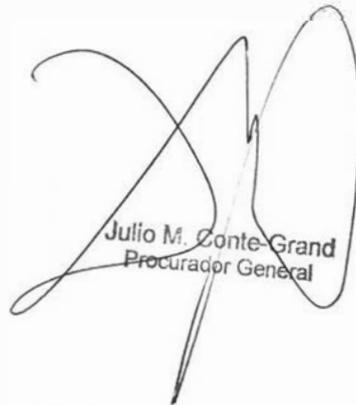
Cabe recordar que el fallo de la primera instancia, confirmado por a la postre por la Excm. Cámara de Apelaciones, se fundó principalmente para decidir el cambio de cuidado personal en el hecho de que la progenitora estaba detenida. Dice a fs. 166 la sentencia de primera instancia "*Por otra parte, ante la imposibilidad del cuidado de la niña por parte de su madre, en razón a la causa penal que hoy la mantiene detenida ... encuentro ajustado a derecho levantar la medida cautelar dictada a fs. 77/78, conceder el cuidado personal en forma unilateral y provisoria de la niña O. a cargo de su progenitor ...*".

Esa circunstancia, como adelanté, se modificó en el trámite del recurso y la Cámara de hecho lo advierte, limitándose a señalar que la nena no estaba concurriendo al Jardín y que "*continúa sin asistir pese a encontrarse con su madre, lo cual denota que las imposibilidades padecidas anteriormente por la abuela no fueron resueltas, ni aun encontrándose su progenitora en dicho domicilio con la*

menor de edad". En consecuencia, debió justificar por qué mantenía el cuidado personal unilateral sin el fundamento que le dio origen -cuestión esencial que conforma la estructura principal de la litis-.

VIII. Por todos los fundamentos expuestos, en mi apreciación, corresponde decretar la anulación de oficio del pronunciamiento atacado.

La Plata, seis (6) de septiembre de 2019.-



Julio M. Conte Grand
Procurador General



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

DICTAMEN: C. 123.580

“R., L. M. s/ abrigo”, fecha: 28/07/2020

Desamparo. Estado de vulneración de la menor. Comportamiento negligente de la madre adolescente. Derecho del presunto padre a ser oído. Conveniencia de implementar un régimen de comunicación con la familia de origen. Adoptabilidad. Derecho a la identidad.



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

“R., L. M. s/ Abrigo”.

Suprema Corte:

I- La Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, confirmó –en lo que fuera motivo de apelación- el pronunciamiento del Juzgado de Familia N° 1, que resolvió declarar el estado de abandono y desamparo y la situación de adoptabilidad de la niña L. M. R., nacida el de (fs. 229/242 vta. y 186/192, respectivamente).

Contra dicha decisión la progenitora de la niña, señorita M. R., interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley con el patrocinio letrado de la doctora Mariana Breglia, Defensora Oficial titular de la Unidad Funcional de Defensa en lo Civil, Comercial y de Familia N° 2, el que se concedió a fs. 265 (fs. 244/258, 265, 266/266 vta.).

I. La impugnante se agravia argumentando que la sentencia en crisis incurre en la violación de los arts. 18, 19, 72 [sic] inc. 22 de la Constitución nacional; arts. 15 y 25 de la Constitución provincial; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 3, 4, 7, 11, 17, 27, 29 y 34 de la ley nacional 26.061; arts. 4, 6, 7, 9, 19 inc. “c” y “e”, 31 incs. “c”, “e” “f”, 34, 35 incs. “a”, “b”, “c” y concs. de la ley 13.298; art. 14 de la ley 14.528 y art. 607 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación (fs. 372/372 vta.).

Expone que este proceso se inició a consecuencia de la denuncia que formuló el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la ciudad de, indicando la institucionalización de L. M. en el H.... de la ciudad de Salto.

En tal sentido, señala que tal medida se dispuso sin haberle dado la posibilidad de estar con su hija y sin que el organismo administrativo hubiese trabajado con el entorno,

con referentes afectivos o con una familia acogedora (fs. 245 vta. y 251).

En particular alega que la Cámara tomó contacto con su hija sin la presencia de la Asesora de Incapaces y resolvió confirmar la sentencia de primera instancia sin haberla escuchado y sin tener en cuenta que se revirtieron los hechos que motivaron el presente proceso.

Puntualiza que el Servicio Local en sus informes adujo que descuidaba a su hija L. M., sin tener en cuenta que siendo madre adolescente también tuvo sus derechos afectados, por lo cual tomó intervención el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la localidad de y el mismo Juzgado de Familia N° 1, en el expediente caratulado “R. M. s/ Medida de abrigo”, N° (fs. 247/ 247 vta.)

En la misma línea plantea que el Servicio Local “nunca trabajó con el progenitor de L ni su familia extensa, el señor B. D. ...” e igualmente tampoco quiso conocer a su actual pareja y padre del hijo que esperan, P. E. P., quien trabaja de albañil (fs. 248).

Asimismo aduce que en la sentencia en crisis solo se valoraron los informes adversos, sin resaltar la vinculación positiva con su hija, la que fuera autorizada meses después de ser institucionalizada a más de ciento noventa kilómetros del hogar, enfatizando que cumplió sistemáticamente cada uno de los encuentros con L., sin faltar una sola vez y en cuanto a que no sostuvo sus trabajos, siempre priorizó el contacto con su hija (fs. 248/248 vta.).

En particular considera que contaba con dieciocho años y no la asistieron en la posibilidad de concretar una vivienda digna para su hija de la que fue separada por vulneración de derechos económicos, sociales y culturales...” (fs. 249).

También sostiene que se ha violentado la garantía del debido proceso legal y defensa en juicio dado que “hay más de dos años de proceso en trámite sin patrocinio legal alguno...” que solo fue escuchada por el juez interviniente, con patrocinio letrado, “cuando la decisión respecto de mi hija ya estaba tomada y con el solo fin de ‘dar un marco de legalidad’

a dicha decisión.” (fs. 250).

Por otra parte, arguye que en ambas instancias se ignoró que L. tiene una madre preocupada en tener su guarda, circunstancia que cambia “el encuadre fáctico y normativo que se invocó”, y además que posee una familia constituida con el padre del hijo que se encuentra gestando. De tal manera se desconoce el derecho de la niña a ser criada por su madre, (art. 7, 8, y 9 de la CIDH). Agrega que el órgano administrativo no procuró la convivencia de L. con su familia de origen (O.C N° 17 párr. 71-78 y 88 y art. 7 ley 26.061) (fs. 250 vta.).

Afirma que es “un error ordenar la adoptabilidad fundado [sic] en el vencimiento de los plazos legales fijados, y [sic] intentar vincularlos con seres lejanos a su entorno cercano, siendo que su progenitora ha revertido las causas que dieron origen al inicio del presente proceso...” (fs. 251).

Igualmente resalta que el fallo atacado desconoce las directrices que emergen del Código Civil y Comercial y del art. 595 demarcatorios de todas las acciones estatales desplegadas para hacer real el derecho a la vida familiar (fs. 251 vta.).

En igual sentido, agrega que no surge de autos que se hubiera recurrido a las medidas o programas de fortalecimiento disponibles que prevén las leyes aplicables al caso.

Por otro lado asevera que la Alzada erróneamente interpretó en términos legales que L. M. se encuentra en situación de abandono, pues no surge de modo incuestionable que el desamparo moral y material sea evidente, manifiesto y continuo, pues su hija siempre estuvo en un ámbito familiar, con su madre preocupada por ella, tal como surge del expediente donde se evidencia el cumplimiento, semana tras semana de largos traslados a fin de compartir solo un momento con L. (fs. 251).

Insiste en que el diagrama de fortalecimiento familiar que llevó a cabo el órgano administrativo fue a todas luces insuficiente y sin implementar estrategias a su respecto, le exigió un rol y responsabilidades que nunca le fueron inculcadas.

Sin embargo sostiene que hoy está en condiciones de proteger y cuidar a sus hijos, lo cual es posible de corroborar en relación a su hijo D. P. , hermano de L. M., nacido el de; al respecto dice que devendría en un absurdo asumir que puede responsabilizarse para cuidar y proteger a su pequeño hijo y no a su hermana.

En otro orden de ideas, esgrime que el pronunciamiento recurrido incumple, específicamente la Convención sobre los Derechos de Niño en lo relativo a la preferencia de la familia como ámbito de crianza de los niños, al respeto al derecho a preservar la identidad, incluidas las relaciones familiares, y al deber de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

Advierte que el tribunal de Alzada con afirmaciones dogmáticas incumple la Convención internacional de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el fallo “Fomerón e hija c/ La República Argentina” de la CIDH.

Por último, expresa que se constata en las conclusiones de la alzada un desvío notorio de la aplicación del raciocinio, configurándose absurdo en la valoración de la prueba.

III. Previo a introducirme a la cuestión de fondo, -que en razón de los derechos en debate abordaré a continuación-, preciso señalar la doctrina de esa Suprema Corte según la cual se afirma 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. de 23-12-2009; Ac. 36.721, sent. de 8-3-1988; C. 100.587, sent. de 4-2-2009; C. 108.474, sent. de 6-10-2010; C. 114.372, sent. de 18-4-2012; C. 114.497, sent. de 24-10-2012; C. 121.968, sent. de 7-11-2018), vicio que, adelanto, no ha podido probar la recurrente.

1- Como se verifica del pronunciamiento impugnado, el tribunal basó su decisión en los elementos agregados en este proceso, en los cuales quedó acreditado que fueron agotadas las instancias dirigidas a lograr que la niña pueda crecer y desarrollarse en el ámbito familiar de origen y junto a su progenitora, la cual durante el tiempo que insumió la medida excepcional de abrigo no logró superar la imposibilidad de asumir la crianza

responsable de su hija L. M..

i. Así pues la alzada, al dar respuesta a los agravios introducidos por la impugnante, concluyó que “De las constancias de autos surge que la recurrente tuvo en la presente una clara y efectiva posibilidad de ejercer su defensa y hacer valer sus derechos [...] de la reseña rigurosa de los antecedentes [...] se desprende que desde el inicio de estas actuaciones el Servicio Local de Protección procedió con cautela y dedicación a citar y entrevistar a la progenitora (v. fs. 22/26; 46/48). Y una vez legalizada la medida de abrigo, compareció ante la magistrada. (v. fs. 171)” (fs. 236 vta.)[...]. En suma, en la especie, la madre ha sido escuchada y ha tenido la concreta posibilidad de intervenir en procura de la defensa de sus derechos, tanto durante la etapa que dio motivo al dictado de las medidas de abrigo, como con anterioridad al dictado de la decisión de fs. 186/192”, y señala la Cámara que se verifica “a lo largo del proceso el seguimiento del grupo familiar y la asignación de los recursos apropiados y gestión de los mismos para el cumplimiento del plan trazado oportunamente por el Servicio Local...” (fs.236 vta./237).

A continuación, el tribunal analiza el plexo normativo y enuncia jurisprudencia, en cuyos postulados los derechos, valores y directivas que establecen, coadyuvan a definir y a precisar el alcance del mejor interés de L. M. (fs. 237/239vta.), “el que se orienta a que se mantenga la sentencia. Esto desterrará definitivamente los inaceptables sufrimientos a los que ha sido expuesta en su corto camino existencial [...] la declaración de abandono y adoptabilidad dispuesta por la Jueza equivale, a la privación de la responsabilidad parental de los progenitores, pues conforme al artículo 700 del Código Civil y Comercial, se produce, en lo que aquí interesa, por el abandono que hiciere el progenitor de su hijo aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero (inc. b); o cuando pusiere en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo (inc. c)”, siendo suficiente la potencialidad, aunque no se haya producido el resultado. (fs. 239 vta./240).

Con base en lo informado por el Servicio Local (fs. 22/23, 153/154, 136/137, 156/157) y por el equipo técnico del Juzgado interviniente (fs.166/167 y 183), sostuvo la alzada “El estado de vulneración de la menor se vislumbra desde sus inicios”, y haciendo

referencia a los comportamientos negligentes de la madre que repercutieron directamente en la menor, y a la situación de la familia ampliada de la niña, aseveró “De la probanza recolectada se concluye que ni la progenitora ni la familia ampliada son aptas para asumir el cuidado de la niñas [sic]. Tampoco existe una figura que pueda acompañar o favorecer a la progenitora en el ejercicio de su maternidad [...] quien no ha logrado modificar su posición respecto de responsabilizarse de la menor en su medio familiar de origen, lo que la ubica en una situación de desamparo moral y material (ars.607 inc. “c” y 700 incs. “b” y “c”, [...] fueron agotadas todas las vías posibles para intentar brindarle a L. M. la contención en su medio familiar de origen, lo que la ubica en una situación de desamparo moral y material. Se subraya que esta Cámara tomó contacto personal con la niña,...” (fs. 240/241 vta.).

2. En relación a las citadas conclusiones, la impugnante se agravia por entender que se ha violentado su derecho de defensa y garantía del debido proceso, agregando que cuando la Cámara tomó contacto con su hija, no contó con la presencia de la Asesora de Incapaces. En tal sentido, considero que la recurrente no pudo demostrar dichos agravios, resultando ser meras discrepancias subjetivas que no poseen asidero en las constancias de la causa (v. fs. 22/26, 46/48, 171). En efecto, no señaló actos o acciones específicos que importaran ser un impedimento para poder ejercer y gozar del respectivo derecho y garantía; y toda vez que el señor secretario de la Asesoría de Incapaces interviniente, concurrió a la audiencia donde el tribunal tomó contacto con L. M. (v. fs. 228), tampoco es posible de ser receptada la queja vinculada a esta cuestión, en razón de la legitimada actuación que le otorga la ley al mencionado funcionario (conf. art. 39, ley 14.442).

3. La recurrente entre sus cuestionamientos endilga al tribunal no haber valorado, en resumen, i) que el organismo administrativo no trabajó con referentes afectivos, y que siendo madre adolescente tuvo sus derechos afectados, ii) el interés y la vinculación afectiva con su hija iii) la reversión de las causas que originaron este proceso, iv) la insuficiencia del diagrama de fortalecimiento familiar.

Al respecto, y en atención a los elementos de juicio obrantes en autos, adelanto que tales afirmaciones no cuentan con sustento probatorio, tal como se desprende de

su lectura.

En efecto, el relato de la historia vital de M. R. denota que proviene de una familia disfuncional, atravesada por múltiples conflictos y carencias de toda índole, donde junto a sus hermanos fue expuesta a situaciones de violencia y negligencia que dieron lugar, en el año 2007,

4. En cuanto a la alegada reversión de los hechos que dieron origen a este proceso, tampoco la encuentro configurada, en tanto la impugnante no aceptó ni cumplió con los extremos establecidos para la superación de los obstáculos que motivaron la separación de su hija –abrigo-.

En dicho sentido cabe traer a colación las apreciaciones profesionales del equipo técnico auxiliar del Juzgado de Familia N°1. La trabajadora social del referido juzgado consignó: “M. proviene de un entramado familiar complejo atravesado por situaciones de vulnerabilidad extrema con expresiones de violencia de todo tipo [...] con esta trayectoria vital [...] que está presente de manera transgeneracional, con referencias parentales endebles, es que ella construye y transita su maternidad. [...] desde sus modelos familiares de origen. Es necesario considerar ello como coordenadas desde donde evaluar el ejercicio de su rol... Con la fragilidad que le impone esta historia y sus limitaciones de su condición, M. puede escuchar los señalamientos que se le realizan. Sin embargo, es una mamá que sola no puede, y no va a poder, en tal sentido es que requiere de todos los recursos institucionales disponibles para poder transitar su maternidad [...] Sin embargo este tiempo transitado no ha sido suficiente para que M. pueda problematizar y cuestionarse respecto de los motivos de la adopción de la medida de abrigo, ni tampoco ha podido dimensionar las fallas en su línea de la reparación no sólo para ella sino especialmente para su hija, a fin de no repetir modelos que han sido negligentes (fs. 123 vta./124).

De tal modo la valoración de la prueba que efectuó la recurrente para dar base al denunciado quiebre lógico invocado - vicio de absurdo- no es idónea para conmover los argumentos que estructuran la sentencia impugnada, motivo que determina la insuficiencia del recurso en esta instancia. En palabras de V.E.: “es insuficiente el recurso de

inaplicabilidad de ley que no logra conmover la estructura básica del fallo al desprender el impugnante conclusiones distintas a las del juzgador, partiendo de un punto de vista diferente y dejando de ver que, para estudiar el asunto desde otra perspectiva que el de la sentencia, debe indicar a la Corte, y no a través de una mera discrepancia de criterio, por qué el encuadre es como él lo pretende y por qué promedia error en el modo como el tribunal de la causa ha visto la controversia (conf. Ac. 87.821, sent. de 7-III-2005; C. 105.274, sent. de 6-X-2010; C. 104.543, sent. de 22-XII-2010; entre muchas). Ello es así porque conforme con la exigencia del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, el escrito en el que se deduce el recurso de inaplicabilidad de ley debe impugnar con juicios objetivos los fundamentos del tribunal a quo y no limitarse a desarrollar argumentos fundados en apreciaciones subjetivas e insuficientes para desvirtuar la objetividad de los juicios vertidos en la sentencia (conf. C. 97.267, sent. de 22-XII-2010; C. 102.436, sent. de 14-IX-2011; etc.)” (SCBA; C. 117.505, sent. de 22-4-2015).

IV. Sentado lo anterior y en curso de examinar la cuestión sustancial entiendo que de las circunstancias de hecho anteriormente relatadas queda exhibida la vulneración de los derechos de la niña L. M., tal como lo entendieron los señores jueces en sus respectivos pronunciamientos (fs. 186/192 y 229/242vta.) y la señora asesora interviniente (v. fs. 159/159 vta. y presentación referenciada a fs. 231/231 vta.); derechos que en orden a su naturaleza y jerarquía deben ser restablecidos, en consideración a su superior interés y sin mengua de la seguridad jurídica (SCBA., Ac. 56.535, sent. de 16-3-1999; Ac. 84.418, sent. de 19-6-2002; C. 122.500, sent. de 11-9-2019).

Ello supone que ante el conflicto que plantea esta contienda, la búsqueda y satisfacción del mayor beneficio de la niña -interés superior- “...llamado a orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos...” (Fallos; 318:1269, considerando 10) prevalece sobre la pretensión de su progenitora (art. 3 in fine, ley 26.061; art. 4 in fine, ley 13.298; art. 706 inc. “c”, Cód. Civ. y Com.). “El niño tiene pues, derecho a un protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de manera que ante cualquier conflicto de

interés de igual rango el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra consideración que pueda presentarse en cada caso concreto (Fallos: 328:2870, 331:2047). Sobre dicho interés la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en la Opinión Consultiva 17 que “ este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño, [...]. La Convención sobre los Derechos de Niño alude al interés superior de este (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40), como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

En dicha línea de pensamiento considero que las decisiones institucionales que fueron suscitándose durante el trámite de autos, tienen plena base y justificación en las pruebas agregadas en este proceso; aunque también se observa la delicada situación que en su oportunidad forzó el retorno de la convivencia de L. M. con su mamá. Ello a causa del interés y compromiso que asumió esta última para llevar adelante las estrategias diseñadas en función de fortalecer su rol materno, y de los comportamientos de su hija en el H..., a partir del momento que volvieron a conectarse (fs. 111/113).

Pero las conductas y actitudes que mantuviera a tal fin, fueron debilitándose hasta desaparecer, a pesar de la asistencia ofrecida y recibida, la extensión del plazo legalmente fijado para el cumplimiento de la medida de abrigo, y el agotamiento de todas las alternativas factibles para lograr la reunión definitiva de la madre con la hija. Es evidente que la fragilidad subjetiva de la progenitora obedece a la huella que dejó en su desarrollo personal el entorno familiar donde transcurrió su niñez y gran parte de su adolescencia. Sin embargo, los deseos y sentimientos hacia su hija fueron expresiones que no acompañó con conductas concretas y palpables que indicaran que podría satisfacer responsablemente las necesidades y

cuidados que la niña necesita, sin poner en riesgo su integridad física y emocional.

Por lo tanto, advierto que la alzada para dictar su pronunciamiento se atuvo al material fáctico y probatorio colectado en la primera instancia, donde el juzgado de familia resolvió declarar el estado de abandono y desamparo de la niña L. M. “en virtud de la privación de aspectos esenciales de parte de su progenitora y de todo otro referente familiar” (v.f. 192).

V. Sin perjuicio de lo expresado queda una cuestión que no se relaciona con el rol materno de la impugnante, pero no resulta posible pasar por alto y es que después de haberse dictado el pronunciamiento que declaró a L. M. en situación de adoptabilidad, la recurrente, al presentar su memorial (v. fs. 207), aportó el nombre y apellido y lugar de trabajo (municipio de) del supuesto padre de la niña, lo que nunca hizo saber hasta ese momento.

Es decir, inexplicablemente dejó transcurrir el proceso hasta la referida resolución para hacer saber, extemporáneamente, que B. D. sería el papá de la niña, por consiguiente se desconoce si el señor sabe siquiera de la existencia de L. M. y de su posible paternidad, novedad que no valoró la alzada.

Por la gravitación que dicha circunstancia podría tener sobre los derechos de la niña, en particular el relativo a la preservación de los vínculos familiares de origen y a la identidad (arts. 7, 8, 9, CDN; arts. 17 y 19 CADH; arts. 11, 33, ley 26.061; arts. 3 y 9, ley 13.298), pues como se ha dicho “Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad...” (CIDH caso “Fornerón” (2012), párr. 113); y en función de evitar futuras nulidades que implicarían retrotraer el proceso en desmedro del interés superior de la pequeña, correspondería convocar, con premura, al señor B. D. para ser escuchado y corroborarse el vínculo parental con la niña (art. 709 Cód.Civ.Com).

Así, con todos los elementos de juicio necesarios podrá avanzarse para resolver, en definitiva, sobre la situación jurídica de L. M. y hacer realidad el derecho a gozar

de un ámbito familiar que le brinde el afecto y los cuidados que le permitan crecer sana y armoniosamente y a desarrollar todas sus potencialidades (preámbulo y arts. 5, 9.1 y 20 CDN), ello sin desmedro de la adopción de medidas que correspondan disponer según las circunstancias en que se encuentre la niña y respondan a su beneficio.

VI. En virtud de lo hasta aquí expuesto, correspondería 1) rechazar la restitución de la niña L. M. a la impugnante, en virtud de no haber demostrado las infracciones legales denunciadas –v. punto III, apds. 1, 2, 3, 4 y punto IV- ; 2) se evalúe en la instancia de origen la conveniencia de implementar un régimen de comunicación de L. M. con su progenitora y pequeño hermano (CIDH, “Medidas Provisionales contra Paraguay (2011), párr. 16 y 19; arts. 595, 621, 706 inc. c), 709 y ccs. Cód. Civ. y Com.); y 3) se convoque al señor B. D. para ser oído (punto V.).

La Plata, 28 de julio de 2020.-

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

28/07/2020 11:55:08



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

DICTAMEN: C. 123.266-7

**C., J. A. s/ declaración de situación de adoptabilidad y guarda”
Fecha: 18/07/2020**

Rol del curador. Idoneidad adoptiva. Registro de Aspirantes a guarda con fines de Adopción. Subsistencia de vínculo jurídico con la progenitora.



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

“ C., J. A. s/ Declaración de
situación de adoptabilidad y guarda”.

Suprema Corte:

I- La Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Bahía Blanca, confirmó la sentencia del Juzgado de Familia N° 1 departamental, en cuanto constató la situación de desamparo de la menor J., A. C., dispuso su estado de adoptabilidad, convirtió la guarda judicial en preadoptiva, y otorgó al matrimonio integrado por la señora N. L. C., y el señor M. J. C., la adopción plena de la mencionada niña con subsistencia del vínculo jurídico con la madre biológica. Asimismo, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 611 último párrafo y 613 párrafo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (v. fs. 265/272 vta. y fs. 123/161, respectivamente).

Contra dicha resolución, se alza el señor Curador Oficial de Alienados a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley mediante escrito electrónico de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho, invocando la representación de la progenitora de la niña, señora B. E. C., el que fue concedido (v. fs. 286).

Esa Suprema Corte devolvió los presentes obrados a la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, con la finalidad de que arbitrara los medios necesarios para que la nombrada, con el debido patrocinio letrado ratificara el recurso extraordinario deducido en su interés (conf. Res. N° 282), sin perjuicio de los actos cumplidos.

Ello así, pues la representación invocada al deducirse la impugnación extraordinaria, no se adecua al rol que se le asignó al Curador Oficial en la sentencia dictada el 22 de mayo de 2017 en el expediente N° 1000, sobre determinación de la capacidad jurídica. En dichos actuados se declaró que la señora C., se encuentra en pleno ejercicio de su personalidad jurídica, estableciéndose en su favor un sistema de apoyos y salvaguardas para la toma de decisiones, a cargo de la Curaduría Oficial y en relación a los actos y funciones que allí se indicaron (v. fs. 292/293).

Anoticiada de la precitada decisión, se presenta la progenitora de la menor, con patrocinio letrado ratificando en todos sus términos el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado por el señor Curador Oficial (fs. 312).

II- Denuncia la impugnante violación y/o errónea aplicación de los arts. 18 de la Constitución nacional; del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño; de los arts. 607 a 614 del Código Civil y Comercial; y de la ley 26.657 (fs. 320 vta./ 321).

En el mismo sentido, después de efectuar una breve referencia de los antecedentes y de lo normado en los arts. 611 último párrafo y 613 primer párrafo del Código Civil y Comercial, asevera que el matrimonio C., -C., no cumple con lo estipulado en esta última norma, por no estar inscripto en el Registro Único de Adoptantes (fs. 321/321 vta.).

Prosigue consignando los fundamentos del decisorio que cuestiona, en particular los relacionados con la situación en que se encontraba J. A. C., al momento de disponerse la medida de Abrigo y en la que se encuentra actualmente, después de convivir – por más de cinco años -con el matrimonio C. -C., ; el cual, según los judicantes, ha garantizado la protección y cuidado de la niña.

Argumenta que la situación de vulnerabilidad en que se encontraba J. en el año 2012, y que motivara la adopción de la medida de abrigo, no existe al momento del dictado de la sentencia que otorga su adopción plena.

Por otro lado, enfatiza de los informes de la perito trabajadora social de la Curaduría, agregados en los autos “C., B. E. s/ Insania y Curatela”, que en la actualidad la señora C., cumple regularmente con el tratamiento prescripto y no ha sufrido descompensaciones en su cuadro de base; posee autonomía para el despliegue de actividades básicas de la vida cotidiana y el autocuidado personal, que le permiten vivir de manera independiente (fs. 322).

Igualmente indica que “La señora C., no obstante su problemática de salud mental, ha logrado sostener [sic] e incrementar –como se dijo- los contactos con su hija,

mostrando responsabilidad y cumplimiento con los contactos dispuestos y se ha estabilizado y también ha avanzado en su situación personal y familiar.”; destacando que “En la actualidad cumple con el tratamiento médico y lleva una vida familiar estable con su cónyuge, quien es un importante pilar en su vida...” (fs. 322 vta.).

Asimismo estima que la Cámara incurre en una absurda valoración de las circunstancias de hecho que enmarcan el caso, como de las medidas probatorias producidas, lo cual habilitaría su revisión en la instancia extraordinaria (fs. 322 vta.).

En lo atinente a las inconstitucionalidades decretadas, refiere que el cambio radical de las circunstancias de hecho, aludidas precedentemente, “invalidan la pretensión de apartarse de la clara previsión del art. 611 último párrafo del Cód. Civil, para computar el plazo de la guarda judicial con fines asistenciales a los fines de la adopción.” (fs. 323).

Añade que tampoco podría declararse la situación de adoptabilidad de la niña, porque no se tomaron medidas adecuadas y suficientes para que permanezca con su familia de origen mientras estuvo vigente la guarda judicial, la cual se encontraba a cargo del matrimonio C., -C., que se instituye en referente afectivo de la niña, no siendo su situación por lo tanto de riesgo o vulnerabilidad que justifique la mencionada declaración judicial.

Así también alega que el continuo contacto entre la niña y su progenitora, el beneficio que ello redunda para ambas; y los importantes progresos en la situación personal y familiar de la señora C., se han comprobado en autos.

Postula “que el control de constitucionalidad de las normas debe realizarse por los Jueces en base a las circunstancias de hecho que rodean al caso al momento de emitir el fallo”, agregando que se encuentran violentados los arts. 3 y 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que consagran respectivamente el interés superior del niño y la directiva de que el niño no debe ser separado de sus padres dirigida a los Estados (fs. 323 vta.).

Por último, afirma que “se pretende declarar la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 611 y 613 1er párrafo del Código Civil y declarar la situación de adoptabilidad

de la menor en base a circunstancias anteriores y que no son las que nutren e informan actualmente al proceso”.

En concreto los referidos argumentos radican en que, el marco fáctico ha variado sustancialmente respecto al que dio motivo a la adopción de la medida excepcional de abrigo inicial y la guarda asistencial de la niña; y por dicha razón existe una absurda valoración de los fundamentos de su recurso de apelación por parte de la Cámara, como también de las circunstancias de hecho y de las medidas probatorias producidas, las que, sostuvo, solo pueden ser revisadas en esta instancia extraordinaria si existe el vicio de absurdo; e igualmente entiende que no se tomaron medidas adecuadas y suficientes para que la niña permanezca con su familia de origen mientras estuvo vigente la guarda judicial, la cual, por otro lado, no se encuentra en una situación de riesgo o vulnerabilidad que justifique declarar su situación de adoptabilidad, porque se encuentra a cargo de sus guardadores judicialmente designados -referentes afectivos-, el matrimonio C., -C.,

III. Considero que el recurso intentado no constituye una réplica adecuada de las motivaciones esenciales que el pronunciamiento judicial atacado contiene. En tal sentido se ha pronunciado V.E al sostener que “Resulta insuficiente (art. 279 inc. 2º ap. 2 del CPC) el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se limita a repetir objeciones expuestas en la expresión de agravios y desechadas por la Alzada, dejando sin replicar fundamentos esenciales del fallo atacado “(SCBA causas C. 90372, sent. de 14-2-2007; C. 80.382, sent. de 3-10-2007; C. 86.832, sent. de 17-9-2008; A. 69606 sent. de 3-6-2009; C. 101400, sent. de 25-8-2010).

En efecto, llegados los autos a la alzada, el Tribunal afirma que “La circunstancia de que la guarda otorgada al amparo del viejo art. 316 del Código Civil, haya excedido el plazo máximo no resulta un impedimento para la procedencia de la adopción. Si bien el juez cuenta con atribuciones para fijarla en el plazo que considere conveniente...autorizada doctrina [...] sostiene que el magistrado posee atribuciones suficientes para prorrogar ese plazo más allá del límite anual, cuando las circunstancias particulares de la causa lo aconsejen, y en mérito al interés superior del niño. Puede ocurrir

–como de hecho se presenta en la especie- que el transcurso del tiempo haya originado una genuina y reparadora relación de afecto, cuya cesación provoque un renovado perjuicio al menor...”(fs. 269/269 vta.).

Igualmente brinda fundamentos para sostener que tampoco encuentra impedimento en las prescripciones legales relacionadas a la necesaria inscripción de los adoptantes en el Registro respectivo, y a la imposibilidad de que la guarda judicial asistencial pueda ser considerada a los fines de la adopción establecidas, respectivamente, en los arts. 611 último párrafo y 613 primer párrafo del Cód. Civ. y Com.... “ Es que, si bien la inscripción en el Registro Único de Adoptantes constituye un requisito cuyo cumplimiento atañe, en principio, a la legalidad de los procesos de adopción, el desplazamiento de unos guardadores que pretenden -cuya probada idoneidad ha quedado evidenciada con el tangible resultado del extraordinario progreso experimentado por la menor- por el simple hecho de no estar inscriptos, o por la circunstancia de haber sido inicialmente seleccionados solo como una familia de tránsito para la niña, se resiente de un formalismo intolerable a la luz de los delicados intereses en juego “. Después de citar jurisprudencia de la Suprema Corte, afirma que “...en el caso concreto corresponde desplazar la aplicación de las exigencias contenidas en los arts. 611 últ. párr. y 613 párr.1ro del CCyCN por resultar en el caso flagrantemente inconstitucionales, ya que su cumplimiento se haría a expensas del interés superior de J. y en esa medida devendría violatorio del bloque de constitucionalidad” (fs. 270/271).

Del mismo modo en relación a la queja vinculada con que no se habrían tomado medidas adecuadas y suficientes para que la niña permanezca con su familia de origen mientras estuvo vigente la guarda judicial, manifiesta “...existen en autos constancias que evidencian que se cumplió acabadamente con dicha exigencia. Desde que comenzó la intervención del Servicio Local de Protección de los Derechos del Niño –ver expte. N° 1651 fs.4- se entrevistó al supuesto padre, quien debidamente notificado de estas actuaciones nunca se presentó, y a su tía, quien tampoco pudo cuidar a la niña...Y respecto a la familia extensa del Sr. M., se dialogó con su madre quien también manifestó su imposibilidad...” este particular caso, no era necesario acudir al procedimiento previsto en el art. 613 del

CCyCN para seleccionar a los guardadores, ni tampoco esperar al cumplimiento del plazo previsto para la guarda en cuestión, porque el mismo está sobradamente cumplido al haberse computado la que venían ejerciendo con finalidad asistencial. Luego, lo actuado por el juez encuentra sustento en las particulares circunstancias fácticas a las que me he referido in extenso, y a la comprensible premura con que el art. 612 del Código Civil y Comercial conmina al juez a resolver la situación...” (fs. 271/272).

De tal manera se advierte del remedio interpuesto que los fundamentos vertidos por la alzada no han recibido embate por parte de la recurrente. Con lo cual, la crítica efectuada a los conceptos sobre los que se asienta la sentencia en crisis, constituye una mera discrepancia subjetiva con el criterio del juzgador, dejando en evidencia la insuficiencia recursiva por falta de cuestionamiento idóneo (conf. SCBA causas C. 97.485, sent. de 20-2-2008; C. 97.296, sent. de 15-4-2009; C. 108.600, resol de 7-10-2009, C. 110.380, resol. de 28-5-2010; C. 118.589, sent. de 21-6-2018, entre otras).

Asimismo se verifica que el agravio se relaciona con aspectos fácticos del caso los cuales, de acuerdo a reiterada doctrina de ese Supremo Tribunal, sólo son posibles de ser revisados si se demuestra cómo se ha producido el alegado vicio de absurdo, extremo excepcional que, a mi modo de ver, no se encuentra acreditado (SCBA, causas C. 65618, sent. de 13-3-2002; L. 101.513, sent. de 17-11-2010; C. 114.079, sent de 24-10-2012, entre muchos otras).

“Es que para que la Corte pueda revisar las cuestiones de hecho no basta con denunciar absurdo y exponer -de manera paralela- su propia versión de los hechos e interpretación de los mismos, sino que es necesario demostrar contundentemente que las conclusiones que se cuestionan son el producto del error grave y manifiesto que derivan en afirmaciones contradictorias o inconciliables con las constancias objetivas de la causa. Por más respetable que pueda ser la opinión del recurrente, ello no autoriza -por sí solo- para que esta Corte sustituya con su criterio al de los jueces de la instancia de apelación, y esto es así aun cuando este último pueda aparecer como discutible, objetable o poco convincente (SCBA causas C. 101.243, sent. de 7-10-2009; C. 105.769, sent. de 6-10-2010)”.

IV. En palabras del alto Tribunal, “Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (SCBA causas Ac. 56.535, sent. de 16-3-1999; C. 87.970, sent. de 5-12-2007 y C. 99.748, sent. de 9-12-2010).

Tales conceptos dan base para abordar el conflicto que plantea la impugnante, el cual se reviste de aspectos humanos muy sensibles, donde los derechos en pugna resultan fundamentales y las principales protagonistas -la niña J., A. y su madre biológica B. C., - se encuentran en situación de vulnerabilidad (Secc. 2. , 1., 2, 3, “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana”), condición que interpreto ponderada por el sentenciante al confirmar el pronunciamiento de la instancia de origen.

Sobre dicha premisa y siendo que primordialmente debe protegerse el interés jurídico de la niña, considero que mantener el status quo vigente responde a su mayor beneficio; ello así de acuerdo a lo que se desprende de los hechos que conforman las actuaciones.

1. En efecto del expediente N° 1651 caratulado “C., J. A. s/ Protección y guarda de Persona”, se verifican las reiteradas situaciones de riesgo a las que se encontró expuesta la niña -casi desde su nacimiento- por parte de su progenitora B. E. C. (situación de calle, hospitalización por quemaduras en la cara, cuello, tronco superior, la internación psiquiátrica compulsiva de la madre, quien padece de esquizofrenia paranoide con retraso mental leve y epilepsia), las que provocan la intervención del Servicio de Promoción y Protección de Derechos del Niño de Bahía Blanca.

Este organismo implementa estrategias y gestiones para preservar los derechos de J. A. . Evalúan que el vínculo madre-hija posee características simbióticas, que no presenta “los límites que pudieran favorecer una estructuración psíquica que favorece la diferenciación yo-otro. Desde la conducta manifiesta, J. presenta un retraso en el lenguaje

con lo cual el diálogo con la niña es escaso”. En función de su bienestar la incorporan al Jardín F. y a la madre al programa operadores de calle. Finalmente, el organismo administrativo resolvió adoptar la medida excepcional de abrigo respecto a la pequeña con fecha 6 de agosto de 2012, la que se prorrogó hasta el año 2014 (fs. 34/38, 42/46, 52, 56/62, 87/91, 101/102, 106/110, 115/115 vta., 118/122).

Después del 4 de marzo de 2013, J. pasa a cumplir la medida de protección en el domicilio del matrimonio integrado por la señora N. C. y el señor M. C., ; ello con conocimiento de la progenitora. De tal modo se evidencian aún más los progresos que alcanza la pequeña en su desarrollo y en la relación materno-filial; habiéndose establecido una estrecha colaboración entre los adultos implicados, en pos del bienestar de la pequeña (fs. 63, 64/65, 66/69, 79, 85 y 86, 103/105 y 115).

A un año y seis meses de la adopción de la medida (12 de marzo de 2014) y habiendo transcurrido un año de la convivencia de J. con la familia acogedora, el Servicio Local ha visualizado y expuesto todos los beneficios que recibe la niña – inclusión subjetiva en la familia, finalización del jardín de infantes, progreso conductual y lingüístico, tratamiento fonoaudiológico, atención neurológica, realización de estudios diagnósticos, incorporación de la niña en actividades deportivas, equinoterapia, teatro e inclusión de la madre en responsabilidades relacionadas con la hija- y consigna : “...las estrategias desplegadas para remover los obstáculos e inconvenientes parentales no logran revertir las causas que dieron origen a la medida. Ya que si bien, la situación de la salud mental de la Sra. C., se encuentra estable [...] se evalúa que aun así [...] no cuenta con los recursos que le permitan construir un vínculo con su hija [...] resguardarla y asegurarle un desarrollo pleno. La cronicidad y las características del modo de vínculo simbiótico que la Sra. C., establece con su hija J. están ligadas a lo estructural y como tal es complejo pensar, en que estas sean modificables”. Solicitan que la niña se sostenga con la familia de acogimiento (fs. 125/127).

Al respecto el equipo técnico del juzgado sugiere que la niña continúe al cuidado del matrimonio C., -C., “puesto que los mismos le han otorgado:

alojamiento afectivo [...] han garantizado sus derechos a la salud, educación y contacto regular con su familia de origen, [...] se erigen en figuras que logran eficazmente, no solo preservar física y psíquicamente a la pequeña, sino que le otorgan una calidad de vida en un momento clave del desarrollo [...] en la primera infancia, momento fundamental de constitución subjetiva que dejará huellas imborrables en el devenir de J. ”; se acompaña certificado del especialista en neurología infantil donde indica que la niña presenta un retraso cognitivo global de probable origen genético y sugiere realice tratamiento fonoaudiológico ambulatorio y apoyo pedagógico individual, y del plan de trabajo de la acompañante terapéutico de J. (fs. 144/147 y 148). Así las cosas es que el 4 de agosto de 2014 se otorga la guarda judicial de la niña al matrimonio C., -C., decisión que se comunica a la madre en la audiencia llevada a cabo el día 12 del mismo mes y año (fs. 152/161, 166/166 vta.).

Los contactos entre madre e hija persisten, y también la sugerencia profesional de que estos se mantengan, y continúe J. al cuidado de la familia C., - C., (fs. 179/179 vta., 194/196).

En el informe de fs. 194/196, en oportunidad de evaluarse a la niña, al grupo familiar C., -C., y la posibilidad de ampliación del régimen de contacto de aquella con su madre, se observa ”la circulación de afectos positivos, como el cariño, la confianza y la comodidad que J. exhibe junto a ella [N. C.,].” También señalan que la niña “Refiere que tiene dos mamás: N. y B., a quien visita en su domicilio y el de E. (pareja).

Después de realizada la audiencia donde “se dialoga con la niña sobre distintas situaciones a resolver en el marco de este proceso...” (fs. 206), la perito psicóloga informa “lo evaluado con la pequeña...Le han explicado en qué consiste una adopción y comprende que tiene dos mamás, “me quiero quedar con mamucha y papucho...con mamucha juego, me cuida...tengo una mamá del corazón y otra de la pancita...yo estaba chiquitita en la panza, como C. (sic) aludiendo a la bebé que tuvo M., una de las hijas de la Sra. C., -...”. En las conclusiones resalta “el notable avance en las diferentes esferas que

integran su personalidad, así como su desarrollo integral“. Menciona “la manera en que J. llega al domicilio de sus guardadores, hace dos años: “llegó sin controlar esfínteres, arrastrándose, sin poder hablar, gritando, con una otitis grave que casi le hace perder el oído, sin el hábito de la ducha, en crisis absoluta, sin dormir, [...] un mes parada al lado de la pieza llorando a la noche [...] .Frente a esta realidad, la familia, gestiona un acompañante terapéutico para que permanezca con la niña en la escuela, el inicio de equinoterapia, tratamiento fonoaudiológico, así como también, tratamiento periódico con un neurólogo, que diagnóstica “retraso cognitivo global, con buen pronóstico” (sic) que al alojamiento afectivo que le propicia la familia guardadora, así como la garantía de sus derechos a vivir en familia, a la salud, y a la educación, han mejorado radicalmente la calidad de vida de la pequeña” (fs. 201, 211/212).

2. En autos caratulados “C., B. E. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica” N°, se dicta sentencia el 24 de abril de 2013 declarando a la causante “...incapaz para la administración y disposición de su patrimonio, para el ejercicio de sus derechos políticos y pleno goce del rol materno [...] y conservación permanente y efectiva de los lazos afectivos con su pequeña hija J. A. C., 2) Designado como curador Definitivo a la Curaduría Oficial Departamental...” (fs. 79/96).

Se agregan diversas evaluaciones realizadas por integrantes del equipo técnico del juzgado de familia y de la Curaduría Oficial (fs. 108/110, 126/129, 132/133 vta., 136/138, 215/216, 219/220 vta.).

Pasados cuatro años del referido pronunciamiento y en el marco de los arts. 32 y 40 del Código Civil y Comercial, se resuelve que la nombrada se encuentra en pleno ejercicio de su personalidad jurídica, y a los fines de la disposición y administración de bienes y montos dinerarios, como para la celebración de actos jurídicos corresponde continuar con el sistema de apoyos y salvaguarda a cargo de la Curaduría Oficial (fs. 230/239, 244).

3. Sucintamente se han reseñado los antecedentes que dan sustento al proceso sobre declaración de situación de adoptabilidad y guarda preadoptiva de J. A.

C. N°, originado en la petición de adopción plena de sus guardadores, de fecha 12 de octubre de 2016 (fs. 55).

En dicho contexto se da traslado de la demanda al curador definitivo de la madre biológica, quien considera (7 de diciembre de 2016) procede otorgar la adopción de la niña con carácter de simple (fs. 66/66vta., 69/70).

A continuación los testigos propuestos por los pretensos adoptantes deponen sobre las circunstancias relacionadas a la oportunidad en que la señora N. C. se vincula con J. A., al trato de hija que esta recibe por parte de los guardadores y de su familia, incluida la extensa, el pésimo estado general en que llegó al hogar C., -C., los grandes progresos en su salud y desarrollo, y la fluida y sostenida comunicación que han mantenido con la progenitora biológica de la pequeña (fs. 86/87, 88/89, 90/91).

En fecha 4 de octubre de 2017, el magistrado -en presencia del representante de la Asesoría de Incapaces y la psicóloga del equipo técnico del juzgado- toma contacto personal con J., “dialogándose sobre distintas cuestiones inherentes a resolver en autos...”; y el mismo día se evalúa a la niña (fs. 110).

La perito psicóloga manifiesta que aquella se presenta “...con un semblante vital, alegre, dispuesta a la entrevista, junto a V.S. y el Dr. Parente, representante de Asesoría de Incapaces”. Acerca del contacto con la progenitora aquella manifiesta que “ayer” (sic) estuvo con “B.” quien la llevo a la plaza [...] jugaron [...]. Cuenta que una de sus hermanas: M. (sic) tiene una bebé, mostrándose muy contenta con su rol de “tía” (sic)”. Concluye: Resulta menester señalar, que frente a las dificultades estructurales de la Sra. C., vinculadas al ámbito de la salud mental y su devenir, la misma representa para la pequeña un referente afectivo fundamental, que J. reconoce y requiere para su crecimiento. Ahora bien, no puede soslayarse que la progenitora no ha logrado garantizar la protección y el cuidado requeridos por la pequeña, erigiéndose la familia C., -C., en pilares fundamentales para los logros alcanzados al día de hoy”. “En suma, los esfuerzos conjuntos de la familia C., -C., y la relevancia afectiva que tiene para la niña el vínculo con la

progenitora, hacen que J. hoy se halle amparada y cuente con los recursos necesarios para una adecuada subjetivación” (fs. 114/116).

El 27 de diciembre de 2017, después de una meticulosa argumentación, se dispuso conceder la adopción plena requerida y declarar subsistente el vínculo jurídico de J. con su madre biológica, entre otras disposiciones (fs. 123/161).

V. Examinadas las constancias obrantes en cada uno de los precitados procesos (punto IV., apds. 1, 2, 3) estimo que la decisión judicial recurrida alcanza el balance justo que debe existir entre los intereses en juego (OC17, cap. II, nota 27 párr. 74).

En lo que respecta a la niña J. la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 Const. nacional) le confiere el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, y contempla su especial reconocimiento en el sistema de adopción (arts. 3, párr. 1, y 21).

Del mismo modo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 27.044) estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (arts. 7.2, 23).

Por su parte el Código Civil y Comercial de la Nación lo coloca entre los principios generales que rigen el proceso de familia y el instituto de la adopción (arts. 706 inc. "c", 595 inc. "a"); siendo definido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley (art. 3 ley nac. 26.061; art. 4 ley pcial. 13.298).

Su determinación “debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”.

“La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, [...] la existencia de una

discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño[...] por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, [...] la calidad de la relación entre el niño y su familia ...” (Observación General 14/2013, cap. IV párr. 32, y 48).

Al respecto ha dicho el Alto Tribunal: “...puede definirse al “interés del menor” 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 circunstancias histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, porque debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. doct., Ac.66.120, sent. de 31-3-1998; Ac. 73.814, sent. de 27-9-2000; Ac. 79.931, sent. de 22-10-2003)”, -C.119.831, sent. de 19-4-2017-.

En dicha inteligencia entiendo que uno de los aspectos fundamentales a evaluar radica en el transcurso del tiempo, factor que no puede soslayarse en razón de la incidencia que tiene en la vida de los niños.

En este caso permitió al binomio madre-hija construir vínculos, sostenerlos y fortalecerlos, gracias a la actitud asumida por la señora C., y por la señora N. C., ; facilitando, asimismo, la consolidación de la integración familiar y afectiva de la niña con los guardadores y su familia extensa (fs. 108/110 vta., 126/128, 132/133, 136/138, “C., B. E. s/ Insania-curatela”, expte. 1000; fs. 25/26, 39/41, 57/59, 61/62, 64/65, 73 vta., 78, 84, 102, 116 vta., 103/104 vta., 144/147, 179, /179 vta., 196, expte. N° 1651, C., J. A. s/ Protección y guarda de Persona”; fs. 100, 102, expte. N° 7314 “C., J. A. s/ declaración de situación de adoptabilidad y guarda preadoptiva”).

J. A., hoy de casi once años de edad, convive desde hace algo más de seis años con sus guardadores, lo cual representa más de la mitad de su primera infancia. Es pertinente recordar, que en esta etapa -de vital importancia- se crean los vínculos emocionales más significativos de la vida, en la que se cimenta la salud física y mental, y en la que se

construye la identidad personal, cultural, familiar y espiritual de todo ser humano (Freud, Sigmund, “Obras Completas”, Ed. Amorrurtu, 1986; Winnicott, Donald, “Los procesos de maduración y el ambiente facilitador”, Ed. Paidós, 1994.), sin olvidar que en virtud de ser portadora de un retraso cognitivo global, con limitaciones de orden auditivo y lingüístico (fs. 148/149, expte. N° “C., J. A. s/ Protección y guarda de Persona”), se encuentra en una condición singular de vulnerabilidad, que requiere de una especial contemplación.

En dicho orden se verifica que el alojamiento de la niña en el Pequeño Hogar, en cumplimiento de la medida de abrigo adoptada a su respecto, significó el comienzo de avances en las diversas esferas de su desarrollo fisiológico y emocional, –control de esfínteres, lenguaje, alimentación, higiene personal-, progresos que se profundizaron e intensificaron en virtud del trato personalizado que inicialmente recibe de la docente del jardín de infantes F. , señora N. C., y posteriormente del todo el grupo familiar que la recibe en acogimiento, -integrado por los cónyuges C., -C., y sus tres hijas- (fs. 20/22, 34/38, 39/41, 57/59, 64 vta., “C., J. A. s/ Protección y guarda de persona”, expte. N° 1651).

En el mismo sentido se visualiza de las actuaciones que los pretensos adoptantes han respetado la historia vital e identidad de la pequeña J. en función de su mayor y mejor desarrollo integral; no cesaron en sus esfuerzos para encauzar los medios a su alcance, incluyendo actitudes y conductas sin los cuales no hubiera sido posible la edificación, afianzamiento y mantenimiento en el tiempo de los lazos afectivos entre madre e hija, quienes se han beneficiado mutuamente.

En suma, la citada familia se instituye en un entorno específicamente apropiado, necesario y constructivo para el crecimiento saludable de la niña, todo lo cual indica que mantener el statu quo con aquella familia responde al mayor beneficio de la infante (A/RES/64/142 “Directrices sobre las modalidades de cuidados de los niños”, ap. 20).

Ello sin olvidar que el vínculo existente entre N. C., y J. desde su inicio se forja con conocimiento judicial y de la progenitora de la niña, quien, igualmente, ha reconocido expresamente los beneficios mencionados (fs. v. 61 vta., 70/71, 79/79 vta., 85, 87/91, 145/145 vta., expte. N° “C., J. A. s/ Protección y guarda de persona).

Desde que la familia acogedora recibió en el hogar a la niña- hace seis años-, viene demostrando fehacientemente tanto el lazo amoroso que los une con esta última, como la capacidad del matrimonio de brindarle trato filial, habiendo satisfecho todas las necesidades de la niña, según lo evaluado por los profesionales intervinientes; es decir que a mi entender poseen la idoneidad adoptiva que se exige (arts. 3.1, 9.3, CIDN; Observaciones Generales 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; 36.2, Const. provincial; art. 613 y conc. Cód. Civ. Com.; 1, 2, 3, 5, 19, 29 y concs., ley 26.061, 4, 5, 6, 7, y concs., ley 13.298).

Cabe puntualizar que durante la vigencia de la guarda judicial los profesionales a cargo del seguimiento de la situación de J. , evaluaron la conveniencia de que continúe al cuidado de la familia C., -C., sosteniendo el contacto con su progenitora, quien “representa para la pequeña un referente afectivo fundamental...” (fs. 179 vta., 211/211 vta. expte. N°, “C., J. A. s/ Protección y guarda de Persona”; fs. v.114 vta./116 expte N°, “C., J. A. s/ Declaración de situación de adoptabilidad y guarda preadoptiva”).

Por último, al resolver la alzada mantener el vínculo jurídico entre B. C., y J., y las condiciones de su vigencia, ha ponderado, a mi modo de ver, la realidad vivencial de dicho binomio, el beneficio que le reporta a esta niña mantener el contacto regular con su madre biológica; y preservado su derecho a la identidad (art. 8 inc. 1, CIDN; art. 3 inc. “h” CDPD).

Pues como se ha sostenido “Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad...” (CIDH caso “Fornerón” (2012), párr. 113).

En definitiva, con respaldo en lo que surge de la plataforma fáctica de estos obrados, estimo que la sentencia impugnada ha conciliado el actual y concreto interés superior

de J. y motivado debidamente el desplazamiento de lo normado en los arts. 611 último párrafo y 613 primer párrafo del Código Civil y Comercial.

En línea con las conclusiones del Alto Tribunal de la nación (in re “R.H. en G.,M.G. s/Prot.de pers.”, sent. de 16-9-2008), V.E. ha expresado: “El Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción, resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad el éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin (conf. Ac. 73814, sent del 27-IX-2000). De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar un niño (Ac. 84418, sent. del 19-VI-2002), cuando obrar en su estricto apego produjere un perjuicio para el menor, contrario a su actual y concreto superior interés” (conf. causa C. 119.702, sent. de 11-2-2016).

En el mismo sentido ha manifestado la Suprema Corte: “La intervención del Estado debe primordialmente resguardar que la adopción no sea producto de delito y que sea conferida en interés del menor”; e igualmente sostenido: “No se puede subordinar el bienestar de una persona exclusivamente al cumplimiento de un recaudo formal como es la inscripción en un Registro “(SCBA causa Ac. 78.013, sent. de 02-04-2003, entre otras).

VI. Por todo lo expresado propicio el rechazo del recurso de inaplicabilidad interpuesto.

La Plata, 18 de mayo de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND,JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General
jcontegrand@mpba.gov.ar
Date: 18/05/2020 20:22:48



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

DICTAMEN: C. 123.715-1

“N., J. E. s/ abrigo”, Fecha: 16/07/2020

Adoptabilidad. Revinculación materno filial. Apelación de la Asesora de Incapaces. Violencia familiar. Maltrato. Progenitora privada de la libertad cumpliendo condena. Ausencia de referentes familiares y afectivos. Fijación de nuevos plazos para reunir informes sobre las evaluaciones de los encuentros materno filiales, con carácter previo a resolver el pedido de declaración de situación de adoptabilidad de los niños. Derecho de los menores a ser oídos. Absurdo no demostrado.



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

C. 123.715 “N. J. E. s/ Abrigo”

Suprema Corte:

I. La Sala Tercera de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, con fecha 26 de septiembre de 2019, confirmó la resolución de primera instancia que resolvió autorizar las visitas semanales maternas al hogar donde se encuentran alojados los niños J. E. C. N. y A. I. N. (7 y 5 años -fs. 37 y 38 de la causa conexas "N. , A. c/ L. M. , J. J. s/ Protección contra la violencia Familiar (Ley 12.569-) y diferir el tratamiento del pedido de adoptabilidad a la espera del resultado de la vinculación materno filial. Asimismo la alzada estableció un plazo de seis meses para ello, con cargo de elevar mensualmente al juzgado un informe con las conclusiones y evolución de las mismas y dispuso la adopción de las medidas pertinentes para resolver la situación de la señora N. respecto de lo dispuesto en los artículos 702 del Código Civil y Comercial de la Nación y 12 del Código Penal (522/29 y vta.).

Contra tal forma de decidir se alzó la Asesora de Incapaces a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 560/81 y concedido a fs. 583 y vta.

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la resolución impugnada evidencia una errónea aplicación de los artículos 3, 4, 9, 18, 20, 21 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 2, 26, 51, 113, 607, 638, 639, 646, 647, 702, 703, 706 y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación; 2, 3, 7, 8, 9, 14, 15, 19, 24, 27, 29, 33, 34, 35, 37, 39, 40 y 41 de la ley 26061; 3, 4, 6, 7, 32, 33, 34, 35 y 35 bis ley

13.298 y modificatorias (fs. 561).

En especial alega: “...en lo que fallan los decisorios en crisis, de primera y de segunda instancia, que no logran apartarse de la noción general del ‘principio del interés superior del niño’ como abstracción y traducirlo en el caso específico de los niños A. I. N. y J. E. N. a partir de un buen ‘análisis consecuencialista’ (...) es decir, un juicio de valor a partir de los antecedentes fácticos, recomendaciones interdisciplinarias, contexto psico-social de los menores de edad, estado procesal del expediente, en armonía con la tutela judicial efectiva de sus derechos, especialmente el de crecer y desarrollarse en condiciones dignas de salud y educación en un marco de contención afectiva y espiritual” (fs. 562 vta.).

Concretamente la Asesora se queja por considerar que la decisión de mantener a los niños institucionalizados en pos de favorecer la vinculación materna luego de que los niños han permanecido un año y medio allí, implica desconocer los antecedentes fácticos de la causa y las conclusiones de los informes elaborados por los equipos interdisciplinarios del organismo administrativo de niñez e, incluso, por el equipo técnico del juzgado.

Entre los antecedentes reseñados, destaca el fracaso del abordaje interdisciplinario para el fortalecimiento del rol materno desplegado por el organismo de niñez de Morón durante más de tres años, la condena a cuatro años y seis meses de prisión que recae sobre la señora N. por el delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de sustancias estupefácientes destinadas a la comercialización en grado de tentativa cuyo vencimiento será operativo el 20/10/2022 con la posibilidad de extradición, y la inexistencia de un vínculo no solo biológico, sino socioafectivo entre los niños y el Sr. A. C. B. (fs. 563 vta. y 564).

Específicamente sostiene: “Es en este contexto que el *a quo* resuelve con fecha 31/05/2019 continuar dilatando la solución, que debería ser expedita,

a la precaria situación jurídica de los menores de edad y autorizar la revinculación con los señores A. N. y A. C. B. con frecuencia semanal, aun a pesar de la incertidumbre que generaría en ambos justiciables quienes hace más de un año y medio esperan una respuesta a sus interrogantes; conociendo el planteo introducido por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio de Morón y este Ministerio Pupilar; siendo consciente de que los desestabilizaría emocionalmente puesto que así lo determinaron los profesionales a cargo de su atención terapéutica quienes elevaron como consecuencia el expreso pedido de suspender el contacto materno filial hasta que estuvieran dadas determinadas condiciones; a sabiendas de la inexistencia de un vínculo no solo biológico sino también socio-afectivo con el señor A. C. B. ; habiendo evaluado la falta de implicancia y elaboración subjetiva de la señora A. N. con relación a las situaciones de violencia, negligencia y abandono que los llevaron a su estado actual” (fs. 564 vta. y 565).

En particular destaca las conclusiones del equipo interdisciplinario del Hogar Convivencial de Niños ‘.....’ y del equipo técnico del juzgado. Transcribe lo sostenido por el primero de ellos en orden a : “ ‘...la confianza en los adultos del entorno de origen se encuentra dañada para ambos niños, ante lo cual será imperioso sumarles experiencias reparadoras que inscriban marcas efectivas de recurso diferentes de crianza: de capacidad protectora, cuidadora, dadora de ternura y exenta de maltrato...dado que la figura materna evoca tanto aquellas marcas de experiencia familiar positiva, como aquellas de valor traumático-doloroso, ligadas a la vulneración de derechos, y sumamente desestabilizantes en la actualidad, se considera desaconsejable el contacto con dicha figura hasta tanto no se constate a nivel clínico-terapéutico, un grado suficiente de progreso psicológico, que requiere la responsabilización y rectificación subjetiva materna, respecto de este punto. También es preciso sumar evidencia de un trabajo interno que haya permitido revisar los determinantes causales de la repetición de sus conductas violentas y negligentes” (sic. fs. 565 vta. y 566).

Respecto de las observaciones efectuadas por las profesionales del equipo técnico del juzgado que evaluaron a la señora N. , destaca no sólo su falta de consciencia de realidad sino también, y fundamentalmente, que a la fecha no ha logrado interiorizar y rectificar la conducta disruptiva violenta, negligente y abandonica que motivara la adopción de una medida de abrigo respecto de sus hijos (fs. 567 vta.).

Resaltó las conclusiones elaboradas por los integrantes del equipo técnico según las cuales: *“en cuanto a sus deseos no ha tomado completa conciencia de su situación actual y de futuro, estando sus proyectos fundados en una situación que no inverosímil pero no ajustada estrictamente a la realidad ... minimizó los episodios señalados como actos de negligencia (...) y minimizó episodios de violencia física o verbal hacia su hijo J. E. o su hija A. I. . [...] Sus lazos sociales son escasos y de baja densidad; por lo cual, a la fecha, no configurarían un sistema de apoyo sobre el cual, la señora N. , pueda poner en funcionamiento alguna dinámica familiar concreta (es decir, aquella que asegure la supervivencia del hijo e hija, favorezca su crecimiento sano, aporte clima de afecto y estimulación, entre otras funciones). Por estos motivos, tal vez, las referencias a una vida cotidiana fuera del penal que ha expresado la señora N. , hayan resultado ambiguas y lánguidas”* (sic. fs. 567 vta. y 568).

En relación con las conclusiones de la pericia interdisciplinaria realizada al Sr. A. C. B. , señala. *“su falta de implicancia en la crianza de J. E. N. , respecto de quien alega ser un referente afectivo, demuestra su desinterés histórico por su vida de relación y contexto psicosocial, así como también haberse desentendido del ejercicio de la responsabilidad parental a cambio de una esporádica ayuda económica. Es que hasta que no se le encontrara en la extracción de muestra hematológica para realizar el análisis comparativo de ADN, J. E. N. no ha dado ningún indicio de vínculo socio-afectivo, siendo posible entonces decir que solo reconocía la existencia de un*

vínculo biológico *que al momento ha quedado descartado*” (sic. fs. 568 y vta.).

Por último, menciona el informe psicológico acompañado por la Licenciada Mata, integrante del Servicio de Salud Mental del Hospital Zonal Especializado "Dr." encargada de la atención terapéutica del niño J. E. N. en el que se señala que por iniciativa propia el niño había comenzado a elaborar el deseo de conformar una nueva familia (fs. 568 vta.).

En virtud de ello concluye: *“La Sra A. N. no ha alcanzado el grado suficiente de progreso psicológico que requiere la responsabilización y rectificación subjetiva materna y mucho menos revisar las causales determinantes de la repetición de sus conductas violentas y negligentes, como requería el Estudio Interdisciplinario del Hogar Convivencial de Niños ‘.....’ para que se diera un marco propicio para una revinculación materno-filial. Indudablemente, toda vez que tienen la posibilidad de evaluar a los menores de edad en interacción con su entorno, son los más indicados para opinar sobre sus necesidades actuales y determinar su contexto psicosocial”* (sic. fs. 568 y vta.).

Bajo ese razonamiento, pone de relieve el daño ocasionado a los niños como consecuencia de la ejecución de la medida de revinculación materna ordenada.

Al respecto sostiene: *“En consonancia con el principio de ‘precaución’ deben valorarse las repercusiones que la decisión judicial puede tener en la seguridad psico-física de los menores de edad, o sea, los riesgos y eventuales consecuencias de las que podrían derivar daños futuros irreparables”* (sic. fs. 566 vta.).

En el mismo sentido agrega: *“Así y todo, y en un aberrante lapsus de violencia institucional que llevara a la revictimización de mis representados, la manda judicial se ejecutó. El daño, Dios no quiera irreparable, esta hecho. El Hogar Convivencial de Niños ‘.....’ confirmó que el día*

29/06/2019 tuvo lugar el que sería el primero de los encuentros semanales entre la Sra. A. N. y los niños A. I. N. y J. E. N.. Tanto el Equipo Interdisciplinario del dispositivo institucional como el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio de Morón, que se notificara del particular al tiempo que esta representación pupilar, enviaron informes, que se acompañaran oportunamente, dando cuenta de su disconformidad con la decisión tomada y comunicando sus efectos. Y es que recordemos que el pedido de suspensión del contacto materno-filial elevado a consideración del a-quo con la expresa conformidad de todos los efectores institucionales intervinientes se apoyaba en la desestabilización emocional que provocaba en los menores de edad, que fue exactamente lo que generó el encuentro llevado a cabo con fecha 29/06/2019. No hizo más que acentuar la incertidumbre sobre su devenir futuro y también la ambivalencia que sienten hacia la figura materna: único referente afectivo que conocen y al que por supuesto asocian experiencias positivas, pero también aquellas negativas y traumáticas que determinara su statu quo actual. El propio Servicio Local en su informe hace una acertada contextualización de la realidad de los menores de edad por la cual el temperamento adoptado por el a-quo resulta absolutamente iatrogénico. Es que no solo debe valorarse sus antecedentes, sino también sus circunstancias actuales, pues si bien la medida excepcional de protección de derechos institucional brinda un ámbito alternativo de convivencia que garantiza el pleno goce y vigencia de sus derechos (estabilidad emocional, socialización, hábitos de alimentación e higiene, inserción escolar, etc.), supone, a su vez, un cambio radical en su vida cotidiana fruto de una injerencia externa que demanda tiempo de elaboración... Así las cosas, confirmada la resolución adoptada por la alzada, la primer instancia promueve su inmediata ejecución no obstante no encontrarse no solo firme sino sin notificar ni una sola de las partes involucradas. Ejecución interrumpida a tiempo por la labor oficiosa de esta dependencia judicial que consultara a diario la M.E.V a la espera de noticias sobre la causa" (sic. fs.570 vta. y 571 y vta.).

Por último, manifestó: "...no cabe duda de que a la Sra. A. N. le asiste el derecho de contacto materno filial, pero como señalaran los profesionales a cargo de su atención terapéutica, llegada esta instancia puede resultar sumamente iatrogénico para J. E. N. y A. I. N., pues al no encontrarse dadas las condiciones para su restablecimiento, atento se registra una irreversibilidad en las circunstancias que motivaran su apartamiento del grupo familiar de origen, los encuentros no hacen más que desestabilizarlos emocionalmente y revictimizarlos. Y, recapitulando, si bien se advierte una colisión de derechos, la balanza debe inclinarse, inexorablemente a favor del 'interés superior' de los menores de edad" (fs. 572 vta.).

A los agravios expuestos, agrega que la decisión cuestionada vulnera el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta y las garantías de plazo razonable y representación adecuada.

En particular, sostuvo: "*No puedo dejar de señalar que, aún con el respeto que me merece, la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental no ha tomado contacto con A. I. N. y J. E. N. . Ni siquiera ha escuchado al Equipo Interdisciplinario del Hogar '.....' para interiorizarse sobre su contexto psico-social y formar convicción en una decisión que les compete exclusivamente y que incidirá radicalmente en su vida de relación. Echando por tierra el precepto constitucional que vela por el derecho de las personas menores de edad a ser oídas sobre todo cuando se trata de tomar resoluciones de cualquier carácter que las involucren personalmente*" (sic. fs. 577).

En relación con el derecho de los niños a que su situación jurídica se defina en un plazo razonable, expresó: "*Los plazos legales que contempla la normativa vigente no son caprichosos, sino que derivan de la consciencia del legislador de que dilaciones en el proceso de toma de decisiones puede atentar directamente contra su vida psico-afectiva y desarrollo subjetivo futuro. Pues, la infancia es el*

período más importante en la vida de una persona, donde tiene lugar nada más ni nada menos que el desarrollo de su personalidad y determinará su integración en la sociedad. La demora en la resolución de su situación jurídico y más aún la extensión en el tiempo de su institucionalización han de conspirar inexorablemente contra la estabilidad emocional y existencial que demanda su desarrollo” (sic. fs. 566 vta./567).

Finalmente, destacó la ausencia de oportuna intervención al Ministerio Público Pupilar. Al respecto señaló: *“Más aún, la sentencia interlocutoria impugnada no solo es arbitraria por los argumentos hasta aquí expuestos sino que además es nula, porque se ha dictado sin la vista previa de esta representación pupilar (arts. 382 y sgtes. del C.C.C.N., 169 y ccds. C.P.C.C).-...De modo que de todo acto procesal que los involucre o temperamento que pretenda adoptarse en relación a A. I. N. y J. E. N. , debe correrse vista previa a este Ministerio Público Tutelar para posibilitar su actuación, máxime cuando su intervención en este caso no es mera asistencia o representación complementaria sino de representación principal, pues se impuso la necesidad de encausar y suplir la defectuosa y negligente defensa de sus derechos e intereses. Con mayor razón a la hora de tomar una decisión que indefectiblemente ha de incidir radicalmente en su vida de relación” (sic. fs. 569 “in-fine” y vta.).*

En especial, hace notar que *“...la ejecución de las visitas es articulada sin que este Ministerio Público Pupilar estuviera notificado, sin que se acreditara la efectiva notificación del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio de Morón y sin que ni siquiera se dispusiera la notificación de la Dra. CARMEN DEL PILAR GUTIERREZ GUZMAN, abogada del niño designada en autos, coartándose no solo el acceso a la justicia de los niños A. I. N. y J. E. N. sino también el mandato constitucional nivelador que rige en su beneficio en razón de su edad...” (sic. fs. 569).*

En definitiva, concluyó: "Comparto con el superior jerárquico que la Sra. A. N. debe continuar recibiendo asistencia integral por parte del Estado, que probablemente repita los patrones adquiridos en un contexto psico-social disfuncional histórico, que también es víctima vulnerable y debe abordarse efectivamente su reinserción social. Pero lamentablemente los tiempos de los niños, niñas y adolescentes no son los de los adultos. Como auxiliares de justicia, dedicados y especializados en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, sabemos que la primera infancia es decisiva en la formación de la personalidad subjetiva de las personas menores de edad, que las decisiones que se tomen en esta etapa tendrán indefectiblemente repercusiones en su desarrollo y han de incidir en su vinculación con otros e integración a la sociedad como ciudadano adulto..." (sic. fs. 575 vta./576). "En atención a las circunstancias fácticas descriptas, es dable concluir que la restitución de los menores de edad causantes a su progenitora no puede prosperar, ya que un cambio en la situación personal de la Sra. A. N. requerirá de un tiempo adicional prolongado y sabido es que este condicionante tiene incidencia negativa para la vida de A. I. N. y J. E. N. , que no pueden continuar en estado de incertidumbre a la espera de la posibilidad de insertarse en el seno de una familia que les procure un ambiente sano de convivencia, que satisfaga sus necesidades materiales y espirituales e imparta una crianza nutrida de afecto. Es un asunto que debe tener prioridad, pues la incansable búsqueda del respeto a la integralidad en el grupo familiar de origen para alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de aquéllos, no admite consecuencias irremediables ocasionadas por el transcurso del tiempo ni permite soluciones que no respondan a un principio de realidad dentro de las posibilidades actuales y reales de los progenitores...En este entendimiento insistir con una revinculación materno-filial, que como se ha dicho resulta sumamente desestabilizante para los menores de edad, y por un plazo de seis meses a sumar al año y medio que llevan institucionalizados, es, por no utilizar otros adjetivos calificativos, absolutamente iatrogénico. Si bien somos profesionales abogados y no licenciados en psicología, la experiencia nos permite

señalar que no puede hablarse de re-vinculación cuando no existe un vínculo materno-filial funcional pre-existente. En todo caso se trata de un restablecimiento de contacto, pero en este supuesto concreto no es más que una revictimización a cargo de quienes tienen a su cargo impartir justicia, lo que se ha dado en llamar violencia institucional. Es que el principio de precaución exige valorar también los riesgos, eventuales daños y otras consecuencias de la decisión en la seguridad psico-física de los niños, niñas y/o adolescentes” (sic. fs. 577 vta. y 578).

III. Inicialmente consigno que “El análisis de las circunstancias fácticas de la litis dirigidas a la ponderación de las aptitudes para el ejercicio de los roles parentales constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia solo si se acredita la existencia de absurdo” (SCBA C. 120.610, sent. de 15-11-2016; entre otras).

En autos considero, a pesar del esfuerzo argumentativo desplegado por la representante del Ministerio Pupilar contra la resolución de la Alzada que confirmó postergar el tratamiento del pedido de adoptabilidad solicitado hasta obtener el resultado de la vinculación materno filial, que el absurdo no ha sido acreditado. |

Un detenido análisis de la sentencia impugnada evidencia que el tribunal -sin desconocer las circunstancias de hecho y los elementos de juicio alegados por la impugnante-, consideró prudente establecer, de conformidad con las recomendaciones efectuadas por el equipo técnico del juzgado a fs. 373/8, 380 y 386, un plazo de seis meses para evaluar el vínculo materno filial, así como el vínculo de los niños con el señor C. con miras a determinar, en concreto, la solución que mejor garantice en autos el interés superior de ambos niños (fs. 331/7 y ccs.).

En efecto, con base en las conclusiones de la entrevista mantenida con los niños en el hogar por la psicóloga del equipo técnico del juzgado en fecha 13 de mayo de 2019, los camaristas concluyeron que “Se puede extraer de la misma que

los niños no han sido debidamente informados respecto de la situación actual, desconociendo el motivo de su cambio de vida y asimismo el porque están lejos de su madre. Se evidencia que tal contexto repleto de dudas e incertidumbre, no sólo es grave, sino que debe ser modificado ya que ello atenta contra el interés superior del niño y autonomía progresiva de ambos niños” (fs. 526 vta. y 527).

Asimismo señalaron las conclusiones de los informes elaborados por el mismo equipo técnico respecto de los señores N. y C. B. entre las que se destacó: “*dado que la evaluada se encuentra privada de su libertad y sin contacto con sus hijos hace más de un año, no se puede evaluar la capacidad de empatía e implicancia subjetiva con sus niños. La función materna es un proceso de construcción subjetiva que se da en el encuentro entre la madre y sus hijos, atravesado por la historia vital y acontecimientos traumáticos que han marcado y determinado el tipo de relación vincular que establecerá con ellos*’ y ‘*dado el tiempo transcurrido en que no se han podido mantener contacto con los niños con el Sr. C. , siendo su único referente afectivo, sugerimos se revea la posibilidad de autorizar las visitas*” (fs. 527 vta.).

Por último, resaltaron las conclusiones del primer (y único) encuentro entre la progenitora y sus hijos del que se desprende que : “*...la Sra N. se encontraba muy ansiosa y visiblemente conmovida por reencontrarse con sus hijos, a los cuales no veía desde hacía un año y siete meses. Cabe destacar que llamaba periódicamente al Hogar para saber de ellos, ya que no estaba autorizada a comunicarse con ellos. Los niños al comienzo se mostraron retraídos, y más adelante comunicativos, intercambiando activamente diálogos, juegos, dibujos y canciones de cuna en polaco cantadas por su mamá*”[...] “*Durante la entrevista se puso de manifiesto de alguna manera los sentimientos ambivalentes a los cuales se ha hecho referencia en informes anteriores. Por un lado la alegría de ver a su mamá pero por otra parte las dudas y temores de volver a sufrir situaciones de violencia, expresadas fundamentalmente en la pregunta de J. E. ¿y el taxi?*’ en la que no sólo remite a su temor por volver a padecer el maltrato del Sr. L. sino al no cuidado de su

madre frente a estas situaciones y probablemente la reiteración de conductas de vulneración de ambos para con ellos. La primera pregunta que realiza J. ‘¿nos vamos a casa?’ seguida de la otra por el taxista engloba a la vez que un deseo, el temor y la inseguridad que tal idea le provoca” (fs. 444 y vta.).

Con base en ello, los magistrados de alzada concluyeron: *“De las entrevistas antes mencionadas y lo actuado a lo largo del proceso, teniendo en cuenta los derechos y las personas involucradas es que la decisión del caso merece prudencia y la extrema necesidad de contar con Jueces situados – en el contexto actual y la situación concreta– que decidamos en pos de verificar que los derechos de los niños sean respetados...tal decisión se basa no sólo en las entrevistas antes reseñadas (tanto de los niños como de su madre) sino también de las constancias de autos y la situación respecto al ejercicio de la responsabilidad parental de la Sra. N. la que si bien se encuentra suspendida -lo que sucede de pleno derecho- no vemos resuelta, evidenciando que no puede ser un factor que no sea tenido en cuenta. Ello se llevará a cabo manteniendo las visitas ordenadas con la frecuencia semanal allí estipulada, pero deberá mantener por un plazo de 6 meses (contados desde la fecha en que todas las partes se encuentran notificadas) y debiendo informarse las conclusiones y evolución de cada uno mensualmente a la Sra. Jueza a fin de considerar lo peticionado por la Sra. Asesora de Incapaces cumplido tal período” (fs. 528 vta. y 529).*

En otras palabras, la alzada, sin desconocer las especiales circunstancias destacadas en los agravios y vinculadas, esencialmente, con el prolongado tiempo de institucionalización de los niños (2 años); la privación de libertad de la progenitora en virtud de encontrarse cumpliendo una pena por el delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de sustancias estupefacientes destinadas a su comercialización en grado de tentativa, cuyo vencimiento opera en fecha 22 de octubre de 2022 pudiendo acceder al beneficio de la libertad condicional desde el 20 de abril de 2021 (fs. 113/7 y 162, 234/9, 373/8, 420/4); la ausencia de referentes familiares y afectivos en el país, (fs.163/5, 308/11, 250, 301, 499/501); lo informado por el consulado de Polonia

respecto de la imposibilidad de identificar adultos capaces de asumir el cuidado responsable de los niños en el país de nacionalidad de la progenitora (fs.71, 104, 160/5, 301, 308/10 y ccds.) y el resultado negativo de la prueba genética realizada para el vínculo biológico entre J. E. C. N. y el señor C. B. (fs. 206/7), consideró prudente establecer un plazo de seis meses para reunir los informes sobre las evaluaciones de los encuentros materno filiales con carácter previo a resolver el pedido de declaración de situación de adoptabilidad de los niños.

Contra ello, la impugnante se limitó a exponer sus propias conclusiones sobre el material probatorio sin intentar rebatir concretamente los resultados de las pericias tenidas en cuenta por la alzada para resolver, las conclusiones que dan cuenta de que los niños se encuentran a la espera de la comunicación con su madre y desconocen los motivos de su alojamiento institucional, la recomendación efectuada por el equipo técnico para que se autoricen las visitas del señor C. B. al hogar por ser el único referente, la incapacidad de evaluar la empatía y la implicancia subjetiva de la señora N. con sus hijos debido a la ausencia de todo contacto con ellos durante más de un año (incluso telefónico) y, en especial, los resultados positivos destacados en el informe de la primera (y única) visita realizada por la madre en el hogar (fs. 526 vta/528).

Tampoco se hace cargo la quejosa de que durante su institucionalización por más de dos años, los menores no han tenido -más allá del señalado- contacto con la progenitora y el señor C. B. , sin que ello se hubiera dado por inacción, desinterés de los adultos o no contar con explicaciones de la razón de estas ausencias. Es que la casi nula relación o vínculo de J. y A. con aquellos durante el período de institucionalización, podría dar lugar a circunstancias condicionantes a la hora que los niños se expresen libremente y por el modo que sea al respecto, en especial frente a la gran incertidumbre en la que se habrían visto sumergidos por la situación que se encuentran atravesando y el tiempo transcurrido.

Es de destacar que se desprende de distintos informes

que desde la adopción de la medida de abrigo en enero de 2018, la progenitora se avino a las sugerencias dadas por el organismo de niñez, iniciando tratamiento psicológico, comenzando los trámites para obtener la documentación de sus hijos, trabajando el Servicio Local en una revinculación paulatina de la señora N. con los niños, temperamento que fue considerado viable el 12 de abril de 2018 por la trabajadora social del Juzgado y línea de acción que se vio dificultada debido a su privación de libertad ambulatoria el día 23 del mismo mes y año, sin que a partir de ahí lograra vincularse, visitarlos o contactarse con ellos, no obstante haber siempre reclamado en tal sentido (v. fs. 71, 76/77, 84, 98, 100/101, 113, 131/132 vta., 327).

En ese orden de ideas, considero oportuno mencionar que "...la comunicación paterno-filial reviste los caracteres de inalienable e irrenunciable, pues tiende a la conservación y subsistencia de un lazo familiar y afectivo. De ahí que su suspensión sólo debe disponerse cuando median circunstancias de extrema gravedad, con riesgo para la salud o seguridad del niño, cuya apreciación ha de hacerse con criterio restrictivo y riguroso." (Cám. Nac Civ, Sala B, sent. de 28 de marzo de 2016).

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 cctes. Convención sobre los Derechos del Niño; 8, 17, 19, 25 y cctes. Convención Americana de Derechos Humanos; CIDH, "LM. vs. Paraguay Medidas provisionales" (2011); CIDH, "Gelman vs. Uruguay" (2011), párrafos 125 y 126; "Fomerón vs. Argentina" (2012), párrafos 116-24; "Atala vs. Chile" (2012), párr. 161-178 y ces).

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..., permitiéndole mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo de personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales de aquel ...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... 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 “LM. 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)”.

Y ello así, la decisión de la Cámara en orden a permitir el contacto de la madre con sus hijos, el que huelga recordar ha sido insistentemente requerido por esta, resulta ajustado a las particularidades del caso, al establecer previo a la definición del pedido de adoptabilidad, un régimen de comunicación de los niños con su progenitora señalando tiempo, modo y un estricto contralor del mismo por parte de la señora juez de grado, imponiendo a los profesionales intervinientes informar conclusiones y evolución de los encuentros, para luego sí considerar lo peticionado por la representante del Ministerio Tutelar.

En estas condiciones, no se advierten agravios dirigidos a cuestionar el argumento de la Alzada centrado en la imposibilidad de resolver el pedido de adoptabilidad sin contar para ello con una evaluación integral de la situación de los niños y del vínculo con su madre y con el señor C. B., quien fuera señalado como referente afectivo.

Para ello la alzada valoró las recomendaciones efectuadas por el equipo técnico del juzgado como resultado de la resolución que ordenó la evaluación de la situación de los niños y del vínculo con su madre y con el señor C. B. (fs. 331/7, 373/ 380, 386); así como los resultados del primer (y único) encuentro celebrado entre los niños y su progenitora como consecuencia de la resolución dictada a fs. 390/7 y suspendida a partir de la interposición del recurso de apelación que dio origen a la resolución impugnada aquí en análisis (fs. 428, 438, 440, 444 y ccts.) y que luego se volvería a suspender (fs. 558 y vta.).

En palabras de la Corte Interamericana: “... la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser 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, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia 21 de noviembre 2012, párr. 109).

En este sentido, sin perjuicio de la relevancia de los informes acompañados por el organismo de niñez -en especial, del agregado a fs. 179/80 por las profesionales encargadas de la atención de los niños en el hogar- resulta preciso destacar la necesidad de contar con los informes elaborados por los equipos interdisciplinarios del juzgado para la resolución de conflictos en esta clase de procesos (arts. 706, 709 y ccs. C.C.y C; CIDH, “L. M. vs Paraguay. Medidas Provisionales, Resolución de 1 de julio de 2011 y del 27 de abril de 2011; “Fornerón v.s Argentina”, sentencia del 27 de abril 2012, párrafo 50).

En autos, las evaluaciones efectuadas por el equipo técnico del juzgado con anterioridad a la resolución de la alzada (fs. 331/7) se dedicaron a evaluar la situación social y la aptitud psico-física de la señora N. y el señor C. B. (76/7, 95/9 y 131/2).

Sobre este punto, la Corte Federal -siguiendo el criterio de la Procuración General de la Nación- sostuvo: “Esta senda de esclarecimiento previo no puede recorrerla el Tribunal en solitario, sin caer en arbitrariedad: El control de mérito, como se nota rápidamente y lo prevé el mismo texto normativo (art. 7mo.), es un ejercicio de naturaleza interdisciplinaria, que reserva a los jueces el examen global de esa producción técnica, así como la decisión final. Ubicados en ese marco conceptual,

advierdo que en el expediente sólo se cuenta con informes parciales efectuados por un sector del CONNAF distinto al área especializada. Casi todos ellos, están orientados al seguimiento de una guarda común, y basados mayormente en datos que proporcionaron los propios interesados. Si bien estos elementos ilustran, en principio, acerca de un desarrollo positivo de la relación, a mi entender, no se les puede atribuir el valor de una evaluación integral, dentro del específico marco de la adopción... Interpreto que los jueces deben realizar sobre bases sólidas su trabajo de apreciación de qué es lo más conveniente para el niño, con visión prospectiva; labor en extremo delicada, que no podrán cumplir responsablemente sin conocer, en lo que a ellos concierne, la realidad de todas las personas implicadas. Por eso mismo, estimo que el recaudo legal atinente al abordaje exhaustivo del chiquito y la familia postulante, por parte de especialistas en la materia, resulta un modo insoslayable -imbuído por las exigencias propias del orden público-, para garantizar mínimamente la regularidad del proceso adoptivo, en pos del cuidado de su protagonista, que es el adoptando” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 331:2047).

Sentado ello, y con miras a examinar el agravio planteado respecto de la omisión de la alzada de haber tomado contacto personal y directo con los niños J. E. y A. I. N. (7 y 5 años) con carácter previo a resolver el planteo efectuado respecto de la decisión de diferir el tratamiento de la declaración de adoptabilidad, resulta oportuno destacar el criterio sostenido por esa Corte en un precedente análogo en el que señaló: “Respecto a la denuncia realizada por la quejosa en cuanto a que sus hijos no fueron citados por el Tribunal de Familia en el marco del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, vale aclarar que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta ya no se discute. Este Tribunal se ha pronunciado en innumerables casos en este sentido y desde la práctica hace ya varios años que los menores son escuchados. Es más, se ha afirmado que no oírlos afecta la validez de las decisiones que se tomen a su respecto (conf. C. 78.728, sent. del 2-V-2002, entre otras). Sin embargo, dicha omisión -por sí sola- no puede ser causal de nulidad del fallo en crisis. Ello, en el caso, atentaría contra la necesaria celeridad con la que deben

abordarse en Justicia este tipo de trámites configurando una respuesta por demás ritualista ya que, en definitiva, la mentada escucha de los menores se ha concretado en la audiencia realizada por esta Corte con fecha 30 de abril de 2014 (fs. 482) a la que concurrieron los tres niños y tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho frente a este Tribunal -encargado de revisar la decisión que agravia a la recurrente- en presencia de la Asesora de Incapaces y de un psicólogo designado al efecto, con lo cual considero que en el presente trámite el alegado recaudo se encuentra debidamente abastecido” (SCBA, C. 117.647, sentencia del 17 de julio de 2014).

Así y con base en lo antes referido, entiendo que en el caso en análisis, el incumplimiento de la exigencia en orden a que los menores sean oídos cada vez que las autoridades judiciales deban adoptar alguna medida que afecte sus derechos e intereses (conf. arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, CDN y Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; art. 14, apdo. I, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; arts. 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; arg. análog. arts. 26 y ccds C. C.y C.; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; art. 4 y concs., ley 13.298; art. 3 y concs., ley 13.634), contacto que vale destacar, sí tuvo la jueza de primera instancia (v. fs. 171), puede ser subsanado mediante la convocatoria a audiencia que eventualmente, en cumplimiento del plexo normativo y como es de estilo, ese Alto Tribunal fija para escuchar la opinión de los niños en el tema a decidir, y de ese modo evitar perjudicar el propio interés de los mismos con la alongación de los tiempos en la definición de su situación, para así luego resolver el conflicto (Ac. 71.380, sent. de 24/10/2001; en sentido análogo, causa C. 100.970, sent. de 10/2/2010; causa C. 116.644, sent. de 18/4/18; e. o.).

Por último, resulta preciso señalar que si bien, tal como lo sostiene la impugnante en su queja, la participación del ministerio público resulta principal e insoslayable en este proceso, en autos se le ha dado intervención (v. fs. 18, 50/51, 61, 102,

104 y vta., 112, 118 vta./119, 121, 112, 124, 129, 130 y vta., 139, 158 bis y vta., 182 y vta, 171 y vta, 189, 240, 242 vta., 244/247, 250, 251, 255 y vta., 269 vta., 275, 280 y vta, 293 vta, 298, 314, 320/323, 360, 362, 367, 370/371 vta., 430, 435/437, 438, 443 vta., 446/457 vta., 469, 503, 548 vta., 550, 554, 558, 560/581).

En virtud de estas consideraciones entiendo que los agravios traídos por la recurrente no alcanzan a demostrar que la labor hermenéutica desplegada por la alzada departamental, evidencie el resultado de una interpretación absurda.

IV. En razón de lo expuesto, estimo prudente propiciar a VE el rechazo del recurso que dejo examinado.

La Plata, 16 de julio de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

16/07/2020 12:44:31



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

DICTAMEN: C. 123.304-1

“V., S. B. s/ abrigo”, fecha: 07/07/2020

Adoptabilidad. Insuficiencia del recurso de inaplicabilidad de ley planteado. Demostración eficaz del absurdo.



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

C. 123.304 “V., S. B. s/
abrigo”

Suprema Corte:

I. La Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro -Sala Tercera- confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno declaró el estado adoptabilidad de la niña S. B. V., (fs. 199/211 y vta.).

Contra tal forma de decidir se alzaron sus progenitores, C. I. F., y H. O. V., patrocinados por la defensa oficial a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley concedido a fs. 223 y vta. (v. fs. 216/222 vta.).

II. Los quejosos consideran que la sentencia impugnada evidencia una errónea aplicación de los artículos 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; 3 de la ley 26.061 y 4 de la ley 13.298 (v. fs. 218 vta.).

En primer lugar entienden que se encuentra infringido lo previsto en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad” en la porción que refiere a la pobreza como causa de vulnerabilidad. En ese sentido afirman que tal condición no resultó “*un dato menor en la resolución del caso*” en tanto los progenitores se encuentran inmersos en una situación compleja y sistémica que les imposibilitó revertir las decisiones que se tomaron en torno a la niña (v. fs. 219 y vta.).

Sostienen que en el ‘*doble juego de cuestiones*’ entre la vulnerabilidad en la que se hallan y los prejuicios en relación a sus roles parentales, se “...vislumbra un actuar ineficiente por parte de los operadores y un destino para S. ...” que no los considera como la mejor alternativa para su crianza y cuidado (v. fs.

219 vta.).

Afirman la prioridad de la familia de origen como derecho fundamental de la niña y en ese entendimiento manifiestan que el respeto a su interés superior importaba que permaneciera junto a sus padres y familia ampliada, sin que se la insertara en el seno de una familia adoptiva, alejada de sus hermanos (v. fs. 220).

En otro orden de ideas, critican la sentencia de primera instancia por aseverar que S. tiene derecho a pertenecer a una familia, obviando que ese grupo debe ser el de origen.

Refieren con cita de normativa que entienden aplicable al caso, que resulta indiscutible el derecho de la niña a crecer y desarrollarse en su familia de origen, preservando su identidad, nombre y relaciones familiares, sosteniendo que resulta evidente que la sentencia aquí en crisis es violatoria de la legislación vigente dado que, sin causa que lo justifique, negó la prioridad a la familia de procedencia (fs. 220 vta.).

En ese entendimiento y centrados en la posibilidad que le abuela materna asuma el cuidado de S., critican nuevamente el decisorio adoptado por el Juez de primera instancia y la valoración que realizó de las manifestaciones vertidas por aquella vinculadas a la imposibilidad de hacerse cargo de la niña y la situación de desborde en la que se encontraba inmersa debido a que detentaba la guarda de otros nietos; entendiendo los quejosos que existió inacción del juzgado y del órgano administrativo al no habersele brindado contención (fs. 221 y vta.).

Por último y enlazado con el agravio anterior, sostienen que la Alzada vulneró el '*principio de inseparabilidad de los hermanos*' (art. 35 bis Ley 13.298) considerando que la mejor decisión que puede adoptarse será que S. crezca junto a ellos, "*bajo el cuidado de su abuela materna y/o quienes suscriben...*" expectativa a futuro que basan en sus "*cambios notorios*" para recuperar el cuidado de la totalidad de sus hijos, entendiendo que lo contrario vulnera los derechos de la niña, quien recibiría, dicen, un trato desigual y discriminatorio del resto de sus hermanos (v. fs. 221 vta./222).

III. Inicialmente, resulta preciso recordar que el análisis de las circunstancias fácticas de la *litis* dirigidas a la ponderación de las aptitudes para el ejercicio de

los roles parentales constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo (conf. doctr. C. 101.304, "V., C.", sent. de 23/12/09; C.100.587, "G., M. C.", sent. de 4/2/09; C.108.474, "C., M. D.", sent. de 6/10/10).

En la especie considero que el remedio intentado por los quejosos contra la decisión que decreta a la niña en situación de adoptabilidad debe ser rechazado.

En efecto. De la pieza recursiva surge que expresamente se soslaya la invocación del absurdo, única alternativa en virtud de la cual ese Alto Tribunal, mediando su debida demostración, podría ingresar al análisis y revisión de aquellos aspectos de la decisión de alzada que son de privativo conocimiento de los jueces de grado.

Así, vale remarcar, la protesta no solo no se sustenta en la doctrina del absurdo -motivo expresamente abdicado en el embate-, incumpliendo de esta forma la expresa directiva que contempla el art. 279 del ritual, sino que para más, las críticas que porta se colocan en un registro que no trasciende el umbral de la mera discrepancia subjetiva con lo decidido por la Alzada, no pudiendo los quejosos -más allá de sus expresiones de deseo- demostrar o aportar elementos que permitan inferir que estuvieran en condiciones de revertir la situación para poder hacerse cargo de la niña (v. fs. 206 "in-fine"/207 vta.).

Las manifestaciones expuestas en el recurso, no permiten avizorar un cambio en la situación de los progenitores respecto de la descrita en el informe de Conclusión del Plan Estratégico de Restitución de Derechos (PER) del que se desprenden las dificultades para trabajar con aquellos en las estrategias planteadas, sin que hubieran podido adherir a un tratamiento debido a sus adicciones, negando y desoyendo cualquier tipo de intervención, sin aceptar su responsabilidad, asumir compromiso, o bien, tomado conciencia de las causas que dieran origen a la medida adoptada respecto de S.; todo lo cual ha sido valorado por los sentenciantes a la hora de decidir (v. fs. 205 vta./207 vta. y tmb. fs. 101/106, 132 vta., 137/138).

Asimismo, la crítica vinculada a lo sostenido por el juez de la

primera instancia cuando asevera que la niña tiene derecho a pertenecer a una familia y la direccionada a la posibilidad que S. pueda ser cuidada por integrantes de su familia extensa, puntualmente por su abuela materna, señora G., tampoco son de recibo.

Ello por cuanto los quejosos, en una inadecuada técnica recursiva cuestionan la sentencia del magistrado de la primera instancia y en particular la valoración que realizó del informe brindado por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos a fs. 160/161 (C. 120.835, sent. de 18/4/18; C 121.002, sent. de 8/11/17; entre muchos otros). No obstante resulta clara la negativa e imposibilidad de la familia extensa y en especial de la señora G., de hacerse cargo de la niña (v. fs. 101/107, 108, 131/139), quien como señala la Alzada consintió lo decidido por la instancia inferior al estar debidamente notificada (v. fs. 196, 198 y 209 vta.).

La misma suerte adversa ha de correr el cuestionamiento vinculado a la inseparabilidad de los hermanos y la alegada violación a los principios de igualdad y no discriminación, en tanto los recurrentes omiten demostrar en forma directa y eficaz (C 120.572, sent. de 13/06/2018, entre muchas otros) la manera en que el pronunciamiento atacado conculca las garantías y derechos invocados, sustentando su impugnación en genéricas consideraciones sin hacerse cargo de las particularidades del caso, limitándose nuevamente a discrepar con lo sostenido expresamente por la Alzada sobre el tópico cuando, con base en las consideraciones desarrolladas al abordar la idoneidad de la abuela materna para asumir los cuidados de la niña, advierte su imposibilidad y desinterés de asumir los mismos, sin que se logre constituir en un referente familiar apto para ello, afirmando los sentenciantes, en esas condiciones, la inexistencia de desigualdad con sus otros hermanos; a lo que sumaron -con sustento en el artículo 621 del Código Civil y Comercial de la Nación- la posibilidad de mantener los vínculos (v. fs. 210/211).

Y, desde el perfil referido en el párrafo anterior las omisiones apuntadas también conducen a la insuficiencia del recurso de inaplicabilidad de ley planteado, al eludirse las exigencias técnicas que le son propias (art. 279 “in-fine” del CPCC).

Es del caso mencionar que ese Alto Tribunal ha establecido que el concepto de absurdo hace referencia a la existencia, en la sentencia recurrida, de un

desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o a una interpretación groseramente errada del material probatorio aportado. Más no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, o supuestos intentos similares, alcanzan para configurar tal absurdo. Es necesario, por el contrario, que se demuestre un importante desarreglo desde la base del pensamiento, una anomalía extrema o una falla palmaria en los procesos mentales, de manera que se ponga en evidencia la irracionalidad de las conclusiones a las que se ha arribado. Y ello, por supuesto, debe ser eficazmente denunciado y demostrado por quien lo invoca. En definitiva, para que esa Corte ingrese a la consideración de cuestiones fácticas al recurrente no le alcanza con argumentar que el hecho, la valoración de la prueba, la relación dialéctica entre los hechos y las normas, pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable; resultando indispensable demostrar que, de la manera que lo afirma la sentencia, no pudo ser (doctr. causa C. 120.316, "Calfin, Marina Estela", sent. de 22/6/2016, e.o.).

IV. Por lo expuesto, propicio -como adelante- el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado.

La Plata, 7 de Julio de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

07/07/2020 10:21:50



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

DICTAMEN: C. 123.576-1

“V., J. s/ abrigo”, fecha: 24/06/2020

Adoptabilidad. Interés superior del niño.



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

V., J. s/ Abrigo”.

Suprema Corte:

I. La Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, resolvió –en lo que fuera motivo de agravios– confirmar la sentencia del Juzgado de Familia N° 2, que a su turno decidió declarar la situación de adoptabilidad de la niña J. V., nacida el 17 de junio de 2017 (fs. 274/299 y 334/349 vta).

Contra el pronunciamiento se alza la progenitora de la niña, M. V. V., con el patrocinio letrado de la doctora Mariana Breglia, Defensora Oficial titular de la Unidad Funcional de Defensa en lo Civil, Comercial y de Familia N° 2, mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el cual se eleva al Alto Tribunal (fs. 372/386, 392).

II. La recurrente funda su queja en la infracción de los arts. 18, 19, 72 (sic) inc. 22 de la Constitución nacional; arts. 15 y 25 de la Constitución provincial; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 3, 4, 7, 11, 17, 27, 29 y 34 de la ley nacional 26.061; arts. 4, 6, 7, 9, 19 inc. “c” y “e”, 31 incs. “c”, “e” “f”, 34, 35 incs. “a”, “b”, “c” y concs. de la ley 13.298; art. 14 de la ley 14.528 y art. 607 y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación (fs. 372/372 vta.).

Plantea que se institucionalizó a su hija en un hogar de tránsito sin haber trabajado con el entorno, ni con referentes afectivos, o con una familia acogedora, violentando de tal modo el art. 7 de la ley 13.298 (fs.374 vta.).

Indica que contrariamente a lo que sostiene la Cámara, no tuvo una clara y efectiva posibilidad de ejercer su defensa, desde que se advierte en autos “la falta real de cumplimiento en la búsqueda de mi paradero (fs. 221 y 222) en clara contravención a toda

la normativa vigente” (fs. 375).

Señala que después de un año tomó pleno conocimiento de lo que estaba ocurriendo, y se presentó en autos con fecha 19 de diciembre de 2018, “momento en el cual se le prohíbe a mi letrada presenciar [...] la pericia llevada adelante sin notificación previa y que consta a fs. 268 a 271”.

Añade al respecto que reviste gravedad, tanto la falta de patrocinio letrado con que se llevó a cabo la entrevista con la presunta abuela paterna –informe interdisciplinario de fs. 156 a 157-, como “la prohibición de cotejo en la producción de la prueba en la entrevista interdisciplinaria a la letrada patrocinante que interviene en el proceso” (fs. 375 vta.).

En dicho contexto solicita a la Suprema Corte se expida sobre “la prohibición de cotejo de la producción de la prueba en la entrevista interdisciplinaria a la letrada patrocinante que intervine en el proceso (ver fs. 260, acta que no se suscribió ni se permitió leer en forma previa)...” (fs. 375 vta.).

Afirma que lo decidido se basa en informes desactualizados ” y con ello, lo primero que se vulnera es el interés superior de su hija...” (fs. 375 vta.).

Con el objeto de demostrar el equívoco en que incurrió la Alzada al subsumir los hechos en las normas cuya violación denuncia, advierte que “hay más de dos años de proceso en trámite sin patrocinio legal alguno, violando el debido proceso legal, que es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas [...] Solo fui escuchada por el juez interviniente, con patrocinio letrado, cuando la decisión respecto de mi hija ya estaba tomada...” (fs. 376 vta.).

Considera que el órgano administrativo no procuró la convivencia de la niña con su familia de origen, afectando de tal modo el derecho constitucional y convencional de aquella de ser criada por su madre (fs. 377).

Entiende que el argumento del Tribunal, relativo a que no cuenta con las capacidades y recursos para garantizar los derechos de J., es un absurdo, por cuanto manifestó el deseo de recuperar a su hija y disposición para alojarse con ella en una institución acorde a sus características, surgiendo la posibilidad cierta de ser alojadas en el hogar Ello importaba una oportunidad para empoderarse en el rol materno, para lograr autonomía y una vida en familia con la pequeña (fs. 377 vta.).

Sostiene que la situación fáctica de autos no configura desamparo ni abandono. Para demostrar lo afirmado transcribe citas de doctrina y jurisprudencia (fs. 378 vta. /379).

Igualmente arguye que la Cámara desconoce abiertamente su interés en cuidar a su hija, ignorando lo normado por la ley 26.061 arts. 3 inc. “c”, 10 y 11, que consagran el derecho de los niños a crecer y desarrollarse en su familia de origen, manteniendo en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres (fs. 379/379 vta.).

Advierte que “De la lectura de las actuaciones no surge que se haya recurrido a las diversas medidas o programas de fortalecimiento disponibles que prevén las leyes aplicables al caso”, insiste en que a todas luces fue insuficiente el diagrama de fortalecimiento familiar que debió haber llevado a cabo el órgano administrativo desde su primera intervención, “tomando un abrigo sin estrategias con relación a mi persona, y luego exigiendo como si nada me hubiera atravesado en mi historicidad, asumir un rol y responsabilidades que nunca me fueron inculcadas siendo, como ellos mismo señalan, una joven vulnerable y vulnerada” (fs.380 y 382).

Estima que la situación de la niña, calificada de abandono por la Alzada, no reúne las condiciones de evidente manifiesta y continua que determina el código de fondo para que se configure.

Por otro lado, denuncia la falta de cumplimiento de un diagrama de

fortalecimiento de función parental.

Sobre la apuntada deficiencia expresa que “el fallo resalta el cumplimiento del plazo legal para revertir los hechos que motivaron las actuaciones [...] llevadas adelante sin defensa técnica la que solo se dispuso cuando la decisión por la entonces jueza de grado ya estaba completamente tomada y a modo de mera formalidad. En el plazo destinado, no se tomaron medidas reales para que pudiera dar un cambio a toda mi vida, signada por abandono desde mi nacimiento.”(fs. 381 vta.).

En relación a la ley 14.528 refiere que “... se incumplió el art. 12 de la ley mencionada, “impidiendo incluso de ser necesaria la institucionalización de la madre con su hija, máxime teniendo presente que el mismo servicio local invoca la situación de vulnerabilidad de la familia ampliada, era nuestro lazo, el de madre e hija el que tenía que proteger...” (fs. 382).

Por otra parte, entiende que el servicio actuante no informó ni acreditó haber cumplido con el art. 35 bis de la ley 13.298 (texto ley 14.537), que determina la participación activa de la niña en el procedimiento.

En suma, sustenta sus agravios en que no tuvo oportunidad de ejercer su defensa, y de hacer valer sus derechos, que se afectó el derecho constitucional y convencional de la niña a ser criada por su madre, que el organismo administrativo no procuró la convivencia con la familia de origen; que equivocadamente se tiene a la niña en situación de desamparo cuando tampoco se dispusieron medidas concretas que le permitan superar el abandono que ella misma padeció, e igualmente manifiesta que se han revertido las causas que dieron origen al inicio del presente proceso.

III. Es atinente recordar que según doctrina de la Suprema Corte provincial la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor, las apreciaciones de las circunstancias para definir la custodia, el régimen de comunicación de los menores en función del interés superior de estos y la aptitud e idoneidad de los padres para el ejercicio de los roles parentales, constituyen una cuestión de hecho que solo permite su revisión

en esta instancia si se acredita la existencia de absurdo (causas C. 101.304, sent. de 23-12-2009; C. 121.150, sent. de 11-10-2017; C. 121.768, sent. de 7-11-2018; C. 121.549, sent. de 25-4-2018).

Estimo que en la especie ha omitido la recurrente alegar y demostrar debidamente que las conclusiones a las que arribó la Alzada en el decisorio que impugna constituyen el producto de una apreciación absurda. Tampoco demuestra el quiebre lógico del cuestionado pronunciamiento.

Al respecto 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. de 13-3-2002, L101.513, sent. de 17-11-2010, entre muchas otras).

IV. Sin embargo en atención a la naturaleza de los derechos fundamentales que deben dirimirse, paso a examinar la cuestión sustancial que plantea el recurso deducido.

1. A tal efecto y con la finalidad de enmarcar el desarrollo de la exposición, merece considerarse, con carácter previo, la importancia que el plexo normativo brinda a la familia, como grupo y medio natural para el crecimiento y desarrollo armonioso de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

En este sentido deben respetarse las responsabilidades y derechos de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación, siendo su responsabilidad primordial la crianza y desarrollo del hijo; el cual tiene derecho a ser cuidado por los padres, en la medida de lo posible (Preámbulo y arts.5, 7.1, 8.1, y 18 de la CDN).

De igual manera la ley 26.061 consagra el derecho del niño a crecer

y desarrollarse en su medio familiar, social y cultural; a la intimidad de y en la familia de origen, debiendo prevalecer sus derechos e intereses cuando exista conflicto frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos (arts. 3, 7, 8, 11, 41, y concs.).

Asimismo, según las previsiones del plexo normativo aplicable, los anteriores postulados no resultan absolutos, pues se determina que el niño puede ser separado de sus padres, contra la voluntad de estos, cuando a reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; lo cual constituye principio y pauta de interpretación general de primordial consideración (arts.3.1, 9 CDN; art. 3 ley 26.061 nacional; art. 4 ley 13.298).

2. En dicha inteligencia se observa que después de tomar contacto con la niña, la Alzada analiza las circunstancias particulares que presenta este proceso, plataforma fáctica sobre la cual cimenta la interpretación que efectúa del interés superior de la pequeña J.

En el tercer apartado del decisorio el Tribunal relata los antecedentes obrantes en autos que corroboran la actividad llevada a cabo por el efector administrativo previa a la medida de abrigo adoptada en relación a la niña y durante su vigencia, tendiente a hacer cesar la vulneración de sus derechos, superar los obstáculos existentes para que retorne con su madre biológica y a que esta última, a su vez, pudiera asumir la crianza y cuidado de J. (fs. 336 vta./342).

También consigna el resultado de las gestiones relacionadas con la familia ampliada –con la cual M. V. no mantiene vínculo alguno-, salvo con su abuela paterna quien fue convocada en reiteradas oportunidades por el Servicio Local, sin ningún tipo de respuesta , y con la del supuesto progenitor (que no reconoció a J.).

Todas las constancias evidencian el trabajo desplegado de conformidad con los estándares de protección de la niñez, que estipulan que debe hacerse todo lo posible por preservar las relaciones familiares de origen, las que como se advierte tuvieron

resultado negativo (fs. 110, 116, 135, 139, 141, 156/157, 158/159, 210, 218/219, 223/227, 252, 255).

Así es que de los elementos de juicio glosados y enunciados en el decisorio en crisis, emerge que el Servicio Local intervino desde la gestación de J. A partir de ese momento se incluyó a la madre en el programa de fortalecimiento familiar, mediante el cual se le proporcionó una acompañante para transitar el embarazo -controles médicos y cuidado de la salud- y se la ubicó en una pensión, cesando de tal modo la situación de calle en la que se encontraba, aunque por poco tiempo, debido a su temperamento que le imposibilita permanecer alojada con su hija en un lugar fijo -pensión, hotel-. También fue provista de todo lo necesario para la subsistencia de ambas, incluyendo viandas para el almuerzo y la cena.

La acompañante asignada mantuvo contacto con la progenitora una vez nacida la pequeña y adoptada la medida excepcional de abrigo respecto de esta última, que contaba con cuatro meses de vida.

El Servicio Local manifestó que V., la madre, entiende el alcance del abrigo y sus consecuencias, ejecutándose la medida en su inicio y transitoriamente en el hogar de la mencionada acompañante. El efector administrativo al comunicarle a la madre que su hija sería trasladada a un hogar convivencial, esperaba generar en ella signos de su relación con la maternidad., lo que no se produjo (fs. 73, 80, 85, 111).

Agregado el informe de conclusión del Plan Estratégico de Restitución de Derechos (PER), donde se consigna las estrategias iniciales (que incluyeron el tratamiento psicoterapéutico de la madre de la niña, la gestión conjunta con la Oficina de Empleo para ubicarla laboralmente y la intervención de la Oficina de Desarrollo, por la cuestión habitacional), dispuso SS citar -a efectos de tomar contacto con su persona y con el equipo técnico- a los progenitores de J., M. V. V. y F. M. (supuesto padre de la niña) y a las abuelas, señoras A. y M. (fs. 111/113).

Pudiendo encontrarse la progenitora en situación de calle, se decretó la búsqueda de su paradero a través de la autoridad policial, quien a tales fines mantuvo diálogo telefónico con aquella haciéndole saber los pormenores y la urgencia de la citación cursada por SS.

En esa oportunidad, V., se comprometió para firmar la notificación respectiva en la sede policial, lo que no hizo. Se fijó nueva audiencia a causa de su incomparecencia, que le fue comunicada mediante un mensaje vía Facebook, (al no responder a los llamados telefónicos que se efectuaron para localizarla) donde dijo, nuevamente, que se comprometía a firmar la notificación, reiterando su incumplimiento.

Ante el resultado negativo de las diligencias practicadas se publicaron edictos a fin de que comparezca al Juzgado con la finalidad de notificarla de la subsiguiente audiencia, a la cual no concurrió (fs. 127, 164, 166, 170/188).

A continuación, la defensa oficial asumió intervención en representación de la progenitora de la niña, instó a la búsqueda de su defendida, llevándose finalmente a cabo la audiencia con fecha 19 de diciembre de 2018 (fs. 189, 194, 199, 221, 242, 254, 256, 261/261 vta., 268/271).

V. Con lo hasta aquí expuesto se corrobora que se ha resguardado la garantía del debido proceso de la recurrente, habiéndose agotado todas las medidas conducentes para que recobrará el cuidado y protección de su hija; y su derecho de defensa, al constatarse que tuvo oportunidad de tener conocimiento de la delicada situación en que se encontraba su derecho a ejercer la maternidad, no obstante lo cual las actitudes que asumió ante diferentes situaciones, denotan su renuencia, tanto para acoger las sugerencias que le fueron efectuadas durante la vigencia de la medida excepcional, con la finalidad de que pudiera asumir el cuidado y protección de J. , como después de su vencimiento, para cumplir los compromisos asumidos en sede judicial aunque ello fuere perentorio (v. fs. 221, 261/262 vta. y 272).

Igualmente, de acuerdo a lo que se desprende de los precitados argumentos, la impugnante no logró refutar las ponderaciones que sustentan la configuración legal del desamparo y abandono que la Alzada encontró basándose en los hechos, en las normas legales, en opiniones doctrinales y en jurisprudencia, que exigen contar con la efectiva intervención a los padres biológicos (arts. 700, 607 inc. “c” Cód. Civ. Com).

En cuanto a la progenitora y la invocada condición de vulnerabilidad en que se encuentra – por la desprotección y abandono de sus propios progenitores y familia ampliada, como por la inexistencia de adultos responsables que favorecieran y fomentaran sus potencialidades-, esta fue conocida por el Servicio Local de 9 de Julio en el mes de mayo de 2015, cuando M. V. V., siendo adolescente, fue encontrada sola en una confitería de la ciudad de 9 de Julio.

Dicha situación motivó que el efector administrativo iniciara su intervención con la familia V.-A., advirtiendo que la relación vincular que mantenía la adolescente con sus padres era muy conflictiva y disfuncional, a tal punto que la misma -por no contar con un lugar permanente donde vivir- estaba en situación de calle.

A efectos de garantizar los derechos de la joven, el Servicio Local desplegó estrategias mediante entrevistas familiares -con la finalidad de brindar herramientas para superar los problemas existentes-, intentos para incorporar una acompañante familiar, la inscripción de la joven en la escuela para que retome sus estudios, la realización de talleres en la oficina de empleo, la búsqueda de un alojamiento para V., quien con el consentimiento paterno y el acompañamiento irregular de su madre, permaneció viviendo en dos pensiones diferentes.

Posteriormente con fecha 10 de marzo de 2016 se adoptó a su respecto una medida de abrigo, que culminó al alcanzar la mayoría de edad, el 4 de junio de 2016 (v. fs. 1/3 y 27, expte. N° 818, caratulado “V., M. V. s/ Abrigo”), con lo cual se visualiza que el trabajo del Servicio Local de 9 de Julio en relación a la problemática que afecta a la impugnante, se remonta a tiempo antes de la medida de abrigo que dio inicio a estos obrados.

En el informe del equipo técnico del Juzgado de Familia N° 2, agregado a este proceso, quedaron expuestas las razones por las cuales la impugnante carece de recursos subjetivos que le permitan garantizar los derechos de su hija. También se corrobora que la progenitora se encuentra en similar situación a la existente al momento de la

implementación de la medida de abrigo adoptada en relación a su hija (fs. 268/270).

No desconozco que la subjetividad de la madre está debilitada en virtud de su historia vital, pero para su fortalecimiento, necesario para ejercer el rol de madre respecto de su hija -a la que puso en serio riesgo con sus conductas- debió afrontar el inicio del tratamiento psicoterapéutico aconsejado, temperamento que no se encuentra acreditado, más allá de la ayuda que requiere y que podría recibir por parte de la comunidad donde reside.

Ello implicaría que para lograr, eventualmente, un cambio en sus condiciones personales, necesitaría de más tiempo, factor de insoslayable consideración por el impacto que opera en el desarrollo de los niños, y en especial cuando se encuentran en la primera infancia, periodo esencial para la realización de los derechos. “La primera infancia es el periodo de responsabilidades parentales más amplias (e intensas) en relación con los aspectos del bienestar del niño contemplados por la Convención: su supervivencia, salud integridad física y seguridad emocional, niveles de vida y atención, oportunidades de juego y aprendizaje y libertad de expresión. En consecuencia, la realización de los derechos del niño depende en gran medida del bienestar y recursos de que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado...” (“Observación General N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 20.).

También considero que se ha constatado el agotamiento de las alternativas en pos de cumplir la finalidad de la medida de abrigo, - restitución de los derechos vulnerados- dando lugar a la excepcional separación del binomio madre-hija, normada por el art. 607 inc. “c” del Código Civil y Comercial y 7 de la ley provincial 14.528; pues de acuerdo a lo dicho por V.E. “ Es una verdad irrefutable que la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. De allí que cuando se constata que es incapaz de actuar el estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este

campo [...]. Es por ello que la separación de un menor de su familia sólo se justifica cuando se haya constatado el fracaso de las medidas dispuestas por el Tribunal para mantener la unidad familiar” (SCBA, C. 86.250, sent. de 23-12-2003).

Asimismo, el interés superior de la niña (art. 706 “c” Cod. Civ. Com), principio rector definido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art. 3 ley 26.061) e interpretado 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. SCBA, Ac. 79.931, sent. 22-X-2003)” (SCBA; C. 104.201, sent. de 25-11-09), debe considerarse atribuyéndole la importancia adecuada en cualquier medida que se tome, siendo el factor determinante en cuestiones que afectan a los niños (“Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3, párrafo 1)”, 4.36, 38).

Sobre tal base no puedo dejar de resaltar que por resolución judicial de fecha 4 de julio de 2019 se otorga al matrimonio compuesto por el señor L. J. C., y C. A. G., la guarda con fines de adopción de la niña J. V.

Ante el estado de situación expuesto no encuentro motivos que impidan a J. desarrollarse integralmente en el seno de una familia apta para brindarle afecto, protegerla y cuidarla conforme a su edad, debiendo preservarse -siempre que responda a su mayor beneficio- el derecho a mantener comunicación con su progenitora (arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21 CDN; art. 75 inc. 22 Const. nac; VI, DADH; arts. 2, 3, 8, 9, 11, ley 26.061; arts. 4, 5, 6, 7, ley 13.298).

Por consiguiente, pese al esforzado reclamo que presenta la madre todos los elementos de juicio constatados en el proceso denotan que tanto la sentencia de la instancia original como la de la Alzada han interpretado el interés superior de la niña conforme a las circunstancias del caso (arts. 3, 19 y concs. CDN; CIDH, OC 17/2002 párr.77 y concs.).

VI. En virtud de los fundamentos expuestos propicio rechazar el extraordinario que dejo examinado.

La Plata, 24 de junio de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND,JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

24/06/2020 11:32:00



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

DICTAMEN: . C. 123.657-1

“G. F. s/ abrigo”, fecha: 26/05/2020

Adoptabilidad. Denegación del pedido de visitas de la madre biológica. Incumplimiento de la progenitora del tratamiento indicado para su salud mental. Episodios violentos. Interés superior del niño. Absurdo no demostrado.



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

C.123.657.

“G. F. s/ Abrigo”.

Suprema Corte:

I. La Sala Primera de la Excma. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, resolvió -en lo que fue motivo de agravios- confirmar la sentencia del Juzgado de Familia N° 4 departamental, que declaró el estado de adoptabilidad del niño F. G. y desestimó el pedido de visitas de la madre biológica .

Contra dicho resolutorio la señora titular de la Unidad de Defensa N° 13, invocando el art. 48 del CPCC, plantea recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley patrocinando a la progenitora del mencionado niño, señora G. A. G., el que fue concedido.

Denuncia la impugnante que el fallo en crisis incurre en absurdo y arbitrariedad; que ha violentado las prescripciones previstas en los arts. 3, 5, 9, 18, 19 y concs. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; art. 17 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica; la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, punto 76 y concs; art. 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 607, 608, 609, y concs. Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 7, 11, 33, 37, inc. "a", 39, 41 y concs. de la ley 26.061; arts. 34 y concs., ley 13.298 y decreto ley 300/2005; art. 384 y concs. Código Procesal Civil y Comercial provincial.

Indica que la Alzada interpreta erróneamente la legislación aplicable, construye el interés superior del niño dogmáticamente y prescinde de analizar, de modo coherente y armónico, las disposiciones de los tratados internacionales, del Código Civil y Comercial y de la ley 26.061.

Puntualiza que pese a sus limitaciones, en razón de su salud mental, la madre siempre estuvo presente en el desarrollo del proceso, excepto cuando estuvo privada de libertad.

Argumenta que la condición de persona con discapacidad mental no es suficiente para juzgar la idoneidad para el ejercicio del rol materno, ello de acuerdo a lo que

se desprende de los arts. 700 y 702 inc. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que regulan, respectivamente, la privación y la suspensión de la responsabilidad parental.

Alega que los juzgadores interpretan errónea y aisladamente los arts. 3, 20, 21 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño, porque separar al niño de su madre no es la solución que protege su interés superior.

Señala que al decretarse el estado de adoptabilidad e impedirse sistemáticamente la reanudación del régimen comunicacional, los “diferentes efectores judiciales y administrativos no han priorizado el vínculo materno filial.” (v. fs. 112 in fine)

De tal modo entiende que se han violentado los derechos a la familia y a la identidad de F., favoreciendo la generación de lazos afectivos entre el niño y la familia guardadora.

Igualmente, relata que las decisiones adoptadas con la finalidad de procurar satisfacer el interés superior de F. “han sido tomadas en clara contradicción con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Asunto, ‘ L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay’ del 1 de Julio de 2011, y que ratificó luego en ‘Fornerón’ y ‘Furlán’ respecto del paso del tiempo y de la necesidad de evitar la creación de vínculos o la consolidación de desvínculos por el mero transcurso del tiempo...”, vulnerando el derecho del niño a vivir con su madre (fs. 112 vta.).

Expresa, asimismo, que al valorar el Tribunal la causa penal de la señora G., vicia de absurdo y arbitrariedad al pronunciamiento dado que no guarda relación alguna con su capacidad en el ejercicio del rol materno.

Manifiesta que no puede la sentencia sostener, que existió fracaso de la actividad desplegada “por las parte [sic] públicas y privadas” para restablecer el derecho de F. a ser cuidado por su madre, cuando el Servicio Local nunca llevó a cabo estrategias de vinculación entre aquellos (fs. 114).

En lo relativo a las conductas del sistema de apoyo que invoca la Alzada como elemento de convicción, apunta que su idoneidad nunca se cuestionó en el proceso sobre determinación de la capacidad.

Plantea que “mientras se dejaba nota durante seis meses, paralelamente

avanzaba a pasos agigantados y sin poder compulsarlos el incidente de vinculación con fines de adopción. Tampoco se pudo tener conocimiento del mismo por la imposibilidad de tomar vista del expediente de abrigo desde el 4 de diciembre de 2018 hasta el 17 de mayo de 2019...” (114 vta..

Denuncia que “La falta de acciones por más de un año y medio de proceso por parte del Servicio Local importa una franca violación a las prescripciones de las obligaciones positivas que al Estado manda cumplir el artículo 35 Bis 5° Párrafo de la Ley 13298”.

Asevera que se hizo caso omiso a las recomendaciones profesionales que propiciaban en autos la vinculación de la madre con el hijo.

También se agravia por la desestimación del vínculo materno filial que dispuso la sentencia recurrida. Como base de su fundamento, remite a los argumentos desarrolladas anteriormente, destacando la conveniencia y la necesidad de sostener una comunicación entre el niño y su madre.

Relata que la reanudación de las visitas se petitionó desde el inicio del proceso, con resultado negativo, razón por la que sostiene que en torno a ello se evidencian apreciaciones discriminatorias y que vulneran la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

Recuerda que la medida excepcional de abrigo adoptada en relación a F., se originó en el pedido inicial de ayuda de la señora G.; medida que significó el alojamiento del pequeño en una institución distante de la residencia materna, dificultando el contacto cotidiano entre ambos, sumando a ello la falta de una familia extensa que la contenga y colabore.

Consigna que tanto ese Ministerio Público como el Pupilar han efectuado numerosas presentaciones con la finalidad de obtener la revinculación de la madre con el hijo, y el Servicio Local, sin responder los oficios ordenados, solicitó al juzgado se declare el estado de adoptabilidad de F..

Hace notar que la señora G. no posee restricciones en el rol materno, según se desprende de la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2018 dictada en el proceso

sobre determinación de capacidad jurídica que se le sigue, aunque necesita apoyo y acompañamiento para la crianza de su hijo.

Estima que el Tribunal en los considerandos de su pronunciamiento, denota argumentos basados en “prejuicios, especulaciones, presunciones derivadas de la idea de “peligrosidad”, “riesgo” en relación a la madre con padecimiento mental.

Solicita que los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal en causa Ac.76.548, en especial los del doctor Negri, -que transcribe- se apliquen en autos.

En definitiva peticiona se revoque el decisorio atacado reintegrándose a F. al hogar materno; y de no prosperar lo requerido, se ordene la adopción de medidas concretas por parte del Juzgado de origen con la activa participación del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, tendientes a concretar una progresiva revinculación del pequeño con su progenitora.

II. De la lectura de los fundamentos en que basa la recurrente su queja, emerge que cuestiona la interpretación que de los hechos efectúa el Tribunal para juzgar la idoneidad en el ejercicio del rol materno.

Al respecto es consolidada doctrina del Alto Tribunal provincial que la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor, las apreciaciones de las circunstancias para definir la custodia, el régimen de comunicación de los menores en función del interés superior de estos y la aptitud e idoneidad de los padres para el ejercicio de los roles parentales, constituyen una cuestión de hecho que solo permite su revisión en esta instancia si se acredita la existencia de absurdo (causas C. 101.304, sent. de 23-12-2009; C. 121.150, sent. de 11-10-2017; C. 121.768, sent. de 7-11-2018; C. 121.549, sent. de 25-4-2018).

En virtud de la precedente doctrina, advierto que no ha podido la impugnante demostrar el alegado vicio de absurdo, tornando insuficiente el remedio extraordinario interpuesto (causa C. 65.618, sent. de 13-3-2002; L 101.513, sent. de 17-11-2010, entre muchas otras).

Ello así desde que, para encontrar configurado dicho vicio, se requiere constatar en la sentencia atacada “un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la

lógica o a una interpretación groseramente errada de la prueba producida. Inversamente, no cualquier error, ni la apreciación opinable, ni la posibilidad de otras interpretaciones, etc., alcanzan para configurar tal instituto, siendo necesario que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en los procesos mentales, para que se evidencie la irracionalidad de las conclusiones a que se ha arribado. Y ello, por supuesto, debe ser eficazmente denunciado y demostrado por quien lo invoca (causas. C. 100.989, sent. de 3-3-2010; C. 105.031, sent. de 27-4-2012); situación que no acontece en autos.

III. No obstante las anteriores consideraciones, la índole de la materia sobre la que reposa este conflicto, señala el abordaje del remedio planteado; es que: "...en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de su desarrollo a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible..." (causa Ac. 56.535, sent. de 16-3-1999; C. 87.970, sent. de 5-12-2007; C. 99.748, sent. de 9-12-201; C. 115.747, sent. de 6-8-2014.

De igual manera, tampoco pueden dejar de meritarse las particularidades de la situación en que se encuentra F., labor en la que el interés superior del niño, es el norte que debe guiar al juzgador (causa C.115.708, sent. de 12-6-2013; C.115.747, sent. de 6-8-2014.

1. En dicha inteligencia, se verifica de los argumentos aducidos por la impugnante que, a su entender, la discapacidad mental de la madre del niño ha sido el motivo para juzgar negativamente su idoneidad para el ejercicio del rol materno; y que la revinculación de la mencionada con el hijo nunca se llevó a cabo.

a. En el caso de marras no entiendo corroborado que dicha hermenéutica haya determinado la decisión de la Alzada para declarar al niño F. en situación de

adoptabilidad, de acuerdo a lo que se desprende de la sentencia y de las constancias que integran este proceso, como su acollarado “G., G. s/ Determinación de la capacidad jurídica”.

Así se sostiene en el pronunciamiento: “...desde los seis meses de vida hasta la actualidad, en que está próximo a cumplir 3 años [...]. no ha sido posible restablecer el derecho a ser cuidado por su madre (art.7 CDN), a pesar de la actividad desplegada en ese sentido por las partes públicas y privadas que intervienen en este expediente...Cuando la separación de su familiar de origen es necesaria por el interés superior del niño, como en el caso que nos ocupa, los Organos (sic) de protección de la niñez deben proteger al niño contra toda forma de perjuicio, para lo cual deben asegurarse antes de reintegrarlo a su familia que no será objeto de descuido o trato negligente, que la madre está en condiciones para cuidarlo y protegerlo”.

En referencia a las constancias del mencionado proceso acollarado, - en lo que resulta de interés- se desprende de su lectura que en el año 2015 G. A. G., habiendo fracasado la convivencia con su familia, -de la cual se encuentra totalmente desvinculada-, se radica en la localidad de C., en situación de calle.

Según informa, el 15 de agosto de 2015, la directora de la Secretaría de Discapacidad del Municipio de C., aquella "asiste todos los días por la mañana hasta las 14 hs. y después se va a la calle hasta que regresa nuevamente a la Comisaria de C. lugar donde sigue viviendo "(sic). Destaca que G. posee una actitud querellante y manipuladora y que ha intentado prender fuego la municipalidad. Comunican que se han contactado con la curaduría interviniente para que no siga en condición de calle (fs. 269).

El 21 de agosto de 2015 se restringe la capacidad de G., en los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial y se designa en el cargo de curador definitivo a la curaduría oficial (fs. 273/274 vta.).

Se articula la intervención de esta dependencia, del municipio y del hospital de la mencionada localidad, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida en que se encuentra la causante, brindándole asistencia y acompañamiento terapéutico. Las acciones conjuntas encauzadas por los operadores dan solución a la cuestión habitacional (fs. 235 vta.,

277, 278, 280, 318, 332/334, 339, 342, 293, 296, 297, 324.

Estando en curso la gestación de su hijo, la progenitora recibe mobiliario, alimentos, medicación, continúa con acompañamiento terapéutico y se llevan a cabo gestiones para que pueda instalarse, y persistir en el tratamiento psicológico, y psiquiátrico en el hospital “Dr. A. M.” de C.; establecimiento que hace saber de los controles obstétricos que realiza la madre del niño, no así de los psicológicos y psiquiátricos, a los que no quiere concurrir (fs. 318, 331/333, 337/337 vta., 375/376).

A pocos de días del nacimiento de F., la Curaduría Oficial se interioriza y constata el estado en que se encontraba el niño junto a su madre, tomando contacto, además, con las profesionales de C. involucradas en el caso -psicóloga, trabajadora social y acompañante terapéutico-.

El 19 de octubre de 2016, la progenitora manifiesta la intención de entregar su hijo F. a M. O., aduciendo no estar preparada para criarlo, que quiere ser libre (fs. 409/410).

Por otro lado, se inician las presentes actuaciones sobre Abrigo(expte. LP 62299/2016) con la comunicación efectuada por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de C., de la medida de abrigo no institucional adoptada en relación al pequeño F. G. y del plan estratégico de restitución de derechos.

En dicha oportunidad relatan que el bebé se aloja con el matrimonio conformado por la señora O. y el señor G., en cumplimiento de la referida medida de abrigo; donde permaneció hasta su traslado a Hogares de B. (fs. 1/18, 33).

Asimismo el mencionado organismo señala: “el principal obstáculo para el desarrollo y bienestar de F. es la inestabilidad de su madre debido a [...] la interrupción de tratamiento psicológico y psiquiátrico y el deseo de ella de no continuar brindando cuidado y protección a F.”; y refiere entre los objetivos fijados, -tendientes a lograr que G. G. supere los precitados obstáculos-, que el niño resida cerca de su madre, que esta revea su decisión de no criarlo, que pueda con la colaboración de O., cuidar y proteger a F.; y que la madre retome el tratamiento psicológico y psiquiátrico.

También hace saber el Servicio del expresado desacuerdo de la progenitora

con el traslado de su hijo a Hogares de B. y de la insistencia en que el niño debía estar con la señora O.

En relación a esta última, el citado organismo resalta la importancia de su acompañamiento en la construcción de algunas funciones maternas de G., ello conforme lo visualizado en los encuentros de revinculación materno filial, llevados a cabo los días 7 y 23 de febrero de 2017; e informa que tales encuentros estaban pautados cada quince días, con una hora de duración aproximada y que se irían incrementando.

El 6 marzo de 2017 se presenta en forma espontánea en el Servicio Local la mamá del niño quien manifiesta no desear que el matrimonio O.-G. sea su apoyo para el maternaje (fs. 69/70).

En relación a esa decisión, el nombrado organismo manifiesta que la señora G. “no expresa los motivos, observan incoherencia en el discurso. Su actitud es desafiante, opositora y un tanto agresiva, elevando el tono de voz en varias oportunidades”, e igualmente indica que le explicaron la estrategia propuesta, lo logrado con O.; que le informaron que la interrupción de la revinculación con su hijo persistiría hasta tanto no se resuelva la situación. En respuesta la madre expresó: “sino me lo traen a F., tengo otro y listo o lo voy a buscar, no sé, ustedes no me lo van a prohibir”, señalando además que una amiga cuyo apellido desconoce (“J.”) sería su apoyo.

Evaluada las circunstancias descritas el equipo técnico del efector administrativo resuelve cesar momentáneamente la revinculación de la progenitora con el hijo. Asimismo informan que le gestionaron turno en psiquiatría en el hospital local, dado que abandonó el tratamiento y nunca sostuvo el cronograma de medicación indicado por la profesional actuante. Asevera dicho equipo que: “Se ha observado a G. muy violenta en su actitud para con los profesionales de este Servicio no logrando tomar conciencia respecto de la importancia de las estrategias que se habían desplegado a favor de la restitución de derechos de su hijo F., y desestimando las mismas” (fs. 70).

Del informe de seguimiento del Plan Estratégico de Restitución de Derechos (PER) emerge que se comunicó a la señora G. de la interrupción momentánea de la revinculación con su hijo, hasta tanto no tome una decisión firme respecto de quien será su

considera el equipo técnico del Servicio Local que la madre del niño F. no logra mantenerse compensada emocionalmente, presentando en ocasiones episodios de violencia. (fs. 76/77.

Concluido el PER, por haber fenecido el plazo máximo de duración de la medida excepcional de abrigo, el Servicio consigna que a la fecha G. no ha cumplido con las pautas dispuestas en las estrategias de restitución de derechos, no se evidencia la voluntad de fortalecer el rol materno; evalúa que el niño se vería expuesto a constantes situaciones de riesgo, debido a que la madre no logra identificar situaciones peligrosas. Solicita dicho organismo se declare el estado de adoptabilidad del niño F. en virtud de los resultados obtenidos, a través de las estrategias instrumentadas, la descripción del cuadro familiar de origen, el estado de situación de las causales que motivaron la medida, y el despliegue subjetivo observado en el niño durante la intervención.

b. Es el Sistema de Protección Integral de los derechos de la Niñez (ley nacional 26.061 y provinciales 13.298, 13634, 14.528 el que regula la intervención del Estado, la cual está destinada a proteger a los niños niñas y adolescentes mediante medidas de protección. Cuando para cumplir tal cometido se evalúe necesario adoptar una medida que implique la separación de la familia -de carácter excepcional y provisoria- distingue dos esferas de actuación delimitadas.

En la etapa inicial, es el órgano administrativo quien tiene la facultad de su dictado, con el correspondiente control judicial (arts. 35 inc. h, mod. art. 100 ley 13.634, 35 bis, 37, 38 y concs., ley 13.298, art. 35 bis decreto reglamentario 300/05; arts. 39, 40 y concs. ley 26.061 hasta el vencimiento del plazo máximo de vigencia de la medida excepcional adoptada. De no dar resultado las estrategias implementadas para modificar las circunstancias que motivaron su procedencia, se establece que el mencionado organismo dictaminará sobre la declaración de la situación de adoptabilidad del niño, cuyos derechos se encuentran vulnerados. De tal modo culmina la intervención netamente administrativa, la cual se deriva al ámbito jurisdiccional que la asume plenamente, sin perjuicio del posible despliegue conjunto de estrategias.

i. En el marco de las circunstancias y conceptos relatados, se constata la labor desplegada por los operadores de los organismos intervinientes procurando dotar a la madre de F. de los medios necesarios, para que pudiera hacerse cargo de la protección y cuidado de su hijo. Ello hasta el cumplimiento de los plazos legales establecidos, previstos con el objeto de evitar las consecuencias adversas que el transcurso del tiempo opera en la vida de los niños, menoscabando su interés superior .

En el mismo sentido, es posible cotejar que pese a la contención, explicaciones de su importancia y turnos tramitados con su médica tratante del hospital “M.” de C., doctora L., la progenitora no llevó a cabo el tratamiento psicológico y psiquiátrico indicado, ni el cronograma de medicación; los que se tornan indispensables para la compensación emocional de aquella. Dicha condición fue evaluada como necesaria y fundamental para la toma de conciencia de los cuidados que debía recibir el niño. También, el efector administrativo deja expresado que G., protagonizó episodios de violencia (fs. 69/70, 234/235).

Por tales motivos, que surgen con claridad de los informes del Servicio Local, no se continuó con la revinculación iniciada en febrero de 2017; y aunque reclamada en autos por la progenitora, el deseo expresado de recuperar al hijo no resulta suficiente, si no se encuentra acompañado de acciones directamente relacionadas con lo pautado, en este caso el cumplimiento del tratamiento a su salud mental, condición que no cumplió.

ii. Cabe traer a colación que la señora G., en virtud de la sentencia judicial que declaró la restricción a su capacidad en los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial, requiere apoyo exclusivamente para realizar actos jurídicos de disposición patrimonial y para ejercer el rol materno (art. 43 Cod. Civ. Com.).

En dicho contexto, K. E. fue designada judicialmente en la función de apoyo a la maternidad, para brindar acompañamiento en la crianza, para el fortalecimiento y desempeño del rol materno y para asistirle en los juicios que se promuevan o donde se debatan cuestiones relativas a ellos (fs. 273 y 614, autos “G., G. s/ Determinación de la capacidad jurídica”).

Por consiguiente, siendo que la capacidad jurídica es la regla (art. 23 Cód.

Civ.Com.) y su restricción la excepción (art.31 inc. “b”, Cod. Civ. Com.) la señorita G. goza de plena autonomía para la realización de todos los actos que no se determinaron en la mencionada decisión judicial; y los apoyos designados, por su parte, deben ceñir su actuación a las funciones judicialmente establecidas, promoviendo la autonomía de la persona para la toma de decisiones para el ejercicio de los derechos.

En la especie E. no sustituye las decisiones que exija el ejercicio de los derechos y deberes parentales de la madre de F..

2. La recurrente pone también en tela de juicio la valoración de la causa penal seguida a G., señalando que no guarda relación con la capacidad de la madre para el ejercicio del rol materno.

La Alzada, con sustento en los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia emitida por el Juzgado Correccional N° 1 departamental, -de fecha 3 de abril de 2019-, afirma “... que ha ejercido actos de violencia contra la autoridad policial, lo cual coincide con los dichos del Servicio Local respecto de que han sufrido violencia de su parte”. Ello así pues en el mencionado resolutorio, se condenó a G. A. G. a la pena de prisión por diez meses y diecisiete días “por ser autora responsable de los delitos de agresión con arma y desobediencia –cinco hechos en concurso material”, perpetrados en C. en el año 2017 y 2018.

Asimismo el Tribunal, previa alusión y transcripción de consideraciones efectuadas por el psiquiatra forense de la Asesoría Pericial en la IPP N° 0603001493-17, seguida a G., expone: “Todo esto indica que la apelante no puede, hace tiempo controlar el pasaje al acto tiene dificultades de controlar sus impulsos y no posee un apoyo que la contenga y asista. Como consecuencia ha reiterado su conducta de violar la perimetral [...]. Por otro lado es determinante el hecho de que la apelante ha abandonado hace tiempo el tratamiento psicológico y psiquiátrico, que son esenciales, tanto como la existencia de apoyos, para que esté en condiciones de proteger y educar a F....”.

a. Como se constata de las referencias apuntadas por la Cámara, los antecedentes de naturaleza penal valorados, no hacen más que ratificar tanto la subsistencia de las conductas violentas de la progenitora informadas en su oportunidad, como la potencialidad

de su reiteración; temperamento que no se compadece con las condiciones requeridas para ejercer responsablemente el cuidado y protección de su pequeño hijo.

La Alzada concluye en la necesidad de decretar el estado de adoptabilidad priorizando el interés superior del niño, después de considerar que “En el presente se ha otorgado más tiempo del que ordena la ley a la Sra. G. para buscar apoyos que le permitieran sostener la crianza adecuada de F., sin que se haya concretado el fin buscado”; y de apreciar que F. se encuentra en guarda integral con carácter cautelar, hasta tanto quede firme la sentencia de estado de adoptabilidad, desde el día 23 de mayo de 2019 (arts. 607 inc. “c”, Cod.Civ.Com.; art. 4 ley 13.298, art. 7 y 12 ley 14.528, 35 bis dec. ley 300/05).

En línea con los precitados fundamentos no puede ignorarse que en la especie el tiempo transcurrido desde que F. se encuentra en guarda del matrimonio compuesto por la señora F. y el señor R. con carácter cautelar, ha gravitado en su desarrollo.

El informe de actuación elaborado por el equipo técnico de la Secretaría de la Mujer, Igualdad de Género y Protección de la Familia de C., glosado en autos, da cuenta de las entrevistas con el niño y el matrimonio guardador F.-R., quienes expresan que el pequeño se ha adaptado favorablemente al ámbito familiar y vinculado con parte de la familia ampliada de ambos cónyuges, que no ha presentado mayores inconvenientes. Los pretendidos adoptantes hacen saber que ya han llevado a F. a correspondiente control pediátrico y que “aguardan el inicio del jardín maternal” (fs.92/94 Legajo Art.250 CPCC).

3. Por último, resta abordar la cuestión relacionada con el régimen de comunicación solicitado por la quejosa.

Sobre dicho planteo entiendo que los motivos que brinda la Cámara para sustentar su rechazo resultan acertados en cuanto que: “El mantener un régimen de contacto presupone que la madre biológica trabaje con su terapeuta y su psiquiatra el lugar que ocupará en la vida del niño y su respeto por las funciones maternas y paterna de los adoptantes. De los expedientes analizados (además del presente, el de determinación de la capacidad de la madre y el informe requerido) surge que no existen actualmente las condiciones...”, para que la Sra.

G. pueda integrarse en la vida familiar de F.

Dicho criterio no impide que de cumplir la madre con tales premisas, pueda evaluarse su procedencia mediante un informe interdisciplinario, ello en tanto el contacto signifique satisfacer el superior interés del niño.

Como expresara el Alto Tribunal, “De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos (causas C. 100.587, cit. y C. 119.647, "M., S.A.", sent. de 16-III-2016. La atención primordial al "interés superior del menor" a la que hacen referencia los arts. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 706 inc. "c" del Código Civil y Comercial apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección. Este principio proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquéllos. Pues la infancia es concebida con una dimensión autónoma, que refiere sus propios derechos e intereses y, sobre esa base, dentro de un sistema familiar y social: corresponde sustituir las preferencias centradas en la figura del adulto por una construcción en la cual el eje es el niño (causa C. 108.474, sent. de 6-10-2010, causa C.121.150, sent. de 11-10-2017”.

En razón de todo expuesto aprecio que la Cámara ha resuelto en función de lo más beneficioso para F. G., preservando de tal forma y con carácter prioritario el interés superior del pequeño, principio rector y criterio de interpretación que define el embate (arts.3, 20.1 CDN, Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, párr. 39; art. 3 ley 26.061; art. 4 ley 13.298, art. 2 inc. “a” ley 14.528, art. 706 Cód. Civ. Com.

. IV. Consecuentemente por no encontrar corroboradas las alegadas infracciones legales, ni el vicio de absurdo endilgado, propicio el rechazo del recurso extraordinario deducido.

La Plata, 26 de mayo de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTÉ GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General
jcontegrand@mpba.gov.ar
Date: 26/05/2020 12:32:29



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

DICTAMEN: C. 123.435-2

“B., C. y B. C., L. U. s/ abrigo”, fecha: 20/05/2020

Adoptabilidad. Tensión de intereses. Prevalencia del interés superior del niño. Madre privada de la libertad. Tratamiento por adicciones. Falta de adhesión a los tratamientos. Integridad psicofísica de los menores. Privación de la responsabilidad parental.



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

C. 123.435 “B., C. y B., C.
L. U. s/ abrigo”

Suprema Corte:

I. La Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de San Isidro -Sala III- confirmó el decisorio de grado que declaró a la niña C. B. (nacida el 8/12/16) -hija de Y. B. B., sin filiación paterna- y al niño L. U. B. C. (nacido el 12/6/14) -hijo de Y. B. B. y de K. N. C., M.- en situación de adoptabilidad (fs. 606/622 vta.).

Contra tal decisión se alzó la progenitora a través de la señora defensora oficial, doctora Raquel M. E. Boly Villanueva, en su carácter de curadora provisoria -art. 12 Código Penal- y letrada de la misma, interponiendo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

II.-Sostiene que la decisión impugnada efectuó una incorrecta aplicación de los artículos 607, 609, 613, 638, 639, 641, 646 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación; 18 de la Constitución Nacional; 10, 11, 15 y cc de la Constitución Provincial; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 16, 18, 27 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37 y 39 de la ley 26.061; 3, 9 y cc. de la ley 13.298 y 34, 36, 384 y cc. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos

Aires. Denunció también vicio de absurdo (ver pto. III y V del recurso en análisis).

III. Se queja la señora B. de lo manifestado por la Alzada respecto al desenvolvimiento que tuvo durante tramitación del proceso, sosteniendo que los sentenciantes incurrieron en el vicio de absurdo cuando manifestaron que la progenitora debía soportar los efectos de la conducta procesal por ella asumida, ya sea por no haber cuestionado las decisiones adoptadas por la magistrada de grado hasta obtener su ineficacia, o bien, por no haber requerido medidas para superar la situación que estaba atravesando, entendiéndose que se pretendió fuera la propia progenitora quien delineara estrategias para remover los motivos que dieron origen a los abrigos dispuestos en relación a sus hijos.

Luego, critica lo manifestado por la Alzada respecto de la labor llevada a cabo por el Servicio Local para remover los obstáculos que se le presentaban a la progenitora.

Así, reiterando conceptos vertidos en el anterior cuestionamiento y sumando que no se advirtió el tiempo y las dificultades que tuvo para acceder a las constancias del expediente, reprochó que los juzgadores hubieran afirmado que el Servicio Local de Tigre realizó tareas tendientes a restablecer el vínculo materno filial, permitir que la progenitora ejerciera su rol de madre y posibilitar el desarrollo de C. y L. en el seno familiar, pese a que el órgano administrativo acotó su intervención a manifestar que la madre debía comenzar tratamiento debido a sus adicciones, delegando tal tarea en la

institución penal donde estaba alojada Y B. , para después, sin otras articulaciones o trabajo con ella, se pidiera el estado de adoptabilidad de los niños.

Sostiene que la Alzada pretende delinear un perfil en la persona de la señora B. con base en su falta de capacidad para ejercer el rol materno, criticando puntualmente el informe del equipo técnico del juzgado de familia cuando advirtió la inexistencia de *“modificaciones destacables”* en la conducta de la madre.

Al respecto afirma que estar separada de sus hijos *“desalienta todo tratamiento”* y destaca que en su *“peor momento de consumo, tuvo la precaución de pedir ayuda a su amiga para cuidar a L.”*, circunstancias que entiende coadyuvan a no tener por configurada la situación de abandono, ni la de poner en peligro la seguridad de los niños.

Continúa diciendo que resulta incomprensible que se le endilgara a la señora B. escasa capacidad para ejercer el rol materno, cuando en realidad no ha podido practicarlo debido a su situación de encierro. Cita normativa internacional vinculada a la posibilidad que mujeres madres privadas de libertad se ocupen de la crianza de sus hijos, refiriendo que a nivel local la ley 24.660 *“de alguna manera recepciona estos principios”* y así considera que la declaración de adoptabilidad decretada, debilita esas disposiciones y por lo tanto, sostiene, no debería aplicarse al caso en análisis el sistema previsto por los artículos 700, 701 siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Refiere que no se trabajó con la progenitora y se declaró el estado de adoptabilidad de los niños valiéndose de un informe llevado a cabo por el Servicio Local de Tigre en el año 2017, omitiendo considerarse el que fuera emitido por el Servicio Penitenciario de fecha posterior -27/12/17- y del que se desprendería -a diferencia de otros elaborados con anterioridad-, la evolución y adherencia de la señora B. al tratamiento debido a sus adicciones.

Afirma que el organismo administrativo “*selló la suerte de C. y L.*” desde el mismo momento en que la medida de abrigo fue judicializada y se tomó conocimiento de la detención de la progenitora, dejando que el proceso judicial discurra sin implementar estrategia alguna de acuerdo a lo normado por el artículo 18 de la ley 13.298. Agregó que pese a haber denunciado inacción de parte del Servicio Local se permitió el avance de la causa, decretándose el estado de adoptabilidad de los niños argumentándose la imposibilidad de la madre para revertir los obstáculos que se le presentaron.

Insiste con la escasa labor llevada a cabo por el órgano administrativo y que la única indicación brindada a la progenitora -la realización del tratamiento psicoterapéutico- fue cumplida, demostrando su compromiso tendiente a dar un giro a la conflictiva en la que se encontró inmersa y sortear las dificultades que dieron origen a la medida de abrigo, todo lo cual fue ignorado por la Alzada, colocándola en “*estado de indefensión*”, “*vulnerándose claramente sus derechos de defensa y debido proceso*”.

Sostiene que incumbe al Estado a través de los organismos

pertinentes, la adopción de acciones positivas tendientes a evitar la separación de los niños de su grupo familiar y dado que en el caso puntual el Servicio Local de Tigre carece de “dispositivo” para mujeres madres privadas de la libertad, tal deficiencia importa la vulneración de derechos de los menores, en tanto la propia insuficiencia del estado les impone un resultado contrario a lo que la legislación local, nacional e internacional “*pretende proteger como primera alternativa, esto es, su crecimiento dentro de su familia de origen*”.

En ese orden de ideas, estima que no resulta de aplicación lo preceptuado por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación por no encontrarse acreditados los extremos que lleven a concluir que la madre no está en condiciones de ejercer su rol o sea pasible de la privación de su responsabilidad, equivocando la Alzada cuando asevera que la progenitora se desentendió de su deber, ya que pese a su estado de encierro expresó querer vincularse y cuidar de sus hijos, cumpliendo con el tratamiento psicoterapéutico como única estrategia impuesta por el Servicio Local, sin que fuera valorada su evolución o requerida una actualización del mismo.

Prosigue diciendo que no puede aplicarse el artículo 607 del Código de fondo cuando de las constancias de la causa no surge evidenciado nexo intencional que vincule el alejamiento resuelto o el incumplimiento de los deberes que impone la responsabilidad parental y menos aún que haya existido indiferencia o despreocupación frente a la situación de los niños.

Refiere que el mandato principal de la Convención de los

Derechos del Niño hacia los Estados firmantes es el de arbitrar los medios para que la protección de los menores se logre en el ámbito familiar, siendo este el espíritu de la ley 14.528, debiendo todo el esfuerzo centrarse en que los progenitores desarrollen adecuadamente su rol y se garantice la preferencia de la familia biológica, resultando obligación del Estado hacer efectivos esos derechos cuando un individuo resulte incapaz de poder gozar de los mismos por razones que escapen a su voluntad, como en el caso resulta ser, la reconocida adicción de la madre.

Con mención de doctrinarios y de lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en orden a la obligación por parte del Estado para la adopción de acciones positivas que aseguren la protección de los derechos, manifiesta que -contrariamente a lo afirmado por la Alzada- aquellas no han existido en el caso en análisis, y persiste en aseverar que no se profundizó sobre los avances de la madre en su tratamiento, ni se requirieron otros informes, cuestionando que la Alzada le hubiere atribuido mencionar o demostrar las medidas obviadas que se le debieron ofrecer para obtener un resultado distinto a lo decidido.

Centrada en la fracción de la sentencia que aborda y considera el superior interés del niño, afirma que este se encuentra garantizado si C. y L. viven y crecen en el seno de su familia biológica, manteniendo contacto inclusive con su hermana P.. Agrega que sobre tal principio rector y respondiendo a los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, se enrola el artículo 31 de la ley nacional 26.061, debiendo la sentencia en crisis haber privilegiado mantener el vínculo, evaluar los resultados del

tratamiento terapéutico de la progenitora y eventualmente constatar el fracaso de todo programa de fortalecimiento familiar implementado a la situación concreta.

Así, dice que de confirmarse el pronunciamiento en crítica se estaría violando el derecho de los menores a la identidad y a sostener sus lazos de origen, ya que la decisión de la Alzada adoptó un espíritu contrario a lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 26.061 y efectuó una errónea aplicación de la ley.

En un tercer apartado remite a lo expuesto en párrafos anteriores el análisis del tópico vinculado al alojamiento de los niños junto a la madre en la institución penal y dice que *“Sostener que la queja de la Sra. B. en cuanto a que no se evaluó que los niños sean alojados junto a ella en penal donde cumple la condena no se compadece con las constancias de autos, ya que entiende la Alzada que al respecto el Servicio Local de Tigre claramente expuso su negativa para que se efectúe el traslado de los niños junto a la madre, fundado en que ello era perjudicial para los menores en función de los antecedentes que diera origen a las medidas de abrigo” (sic).*

Por último asevera que existió omisión de parte de la Alzada de expedirse en relación a la responsabilidad parental.

Al respecto afirma que si bien es cierto que esa Suprema Corte de Justicia declaró mal concedido un remedio intentado por su parte contra una resolución anterior de la Alzada vinculada a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por el plazo que dure la condena de la progenitora, ello no era óbice para que los sentenciantes

hubieren abordado el tema, ya que el Alto Tribunal sostuvo en esa oportunidad que la decisión en crisis carecía de definitividad al encontrarse pendiente de revisión en el expediente principal, la sentencia que declaró a los niños en estado de adoptabilidad.

Con base en lo antes expuesto entiende prudente reeditar en esta instancia extraordinaria el tema en cuestión y relata lo oportunamente sostenido.

En tal sentido refiere que su parte planteó la incorrecta aplicación del artículo 12 del Código Penal y el artículo 702 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación, violándose consecuentemente las disposiciones de los artículos 3, 7, 8, 9, 12 y 20 de la Convención de los derechos del Niño; artículos 14, 33, 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; la ley 13.298 y sus modificatorias, el artículo 37 de la ley 26.061 y los artículos 15 y 36 inciso 5 de la Constitución provincial; la ley nacional de ejecución penal 24.660 y la ley provincial 12.256.

Continúa diciendo que la señora B. reconoció que la ley 13.298 no prevé expresamente la suspensión del proceso de abrigo para supuestos como el aquí en análisis donde uno de los progenitores se encuentra detenido con sentencia firme por más de tres años, pero que a su entender resultaba prudente la misma al exceder la condena los tiempos impuestos por la ley provincial de protección integral. Ello con el objeto de trabajar el fortalecimiento del rol materno o mantener el vínculo con su hija, agregando que denegarle ello importaría el agravamiento de su situación (arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional).

También dijo que dada la situación de encarcelamiento y la ausencia de trabajo de parte del servicio local con la madre, se violentó flagrantemente la ley 13.298 al colocarse a la progenitora en una peor situación, cuando en realidad su condición de encierro merecía un mayor despliegue de estrategias de parte del estado para que pudiera ejercer sus derechos (conf. arts. 1, 2, 195, 220 y conc. ley 24.660 y su equivalente a nivel provincial).

Refiere que denunció contradicción entre lo sostenido por la Alzada cuando afirmó que los artículos 12 del Código Penal y 702 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación no tienen carácter sancionatorio y por otro lado refiere que tales normas no conllevan “*per se*” la suspensión del proceso de abrigo, ya que por un lado la madre se encuentra suspendida en el ejercicio de su responsabilidad parental y por el otro se analiza el desempeño de un rol que por su situación de encierro está impedida de ejercer.

Tal razonamiento, dice, la llevó a plantear el anterior remedio ante el Alto Tribunal, pretendiendo la correcta aplicación de la norma y la suspensión del proceso de abrigo.

Considera ahora que de no suspenderse “*la medida de abrigo*” la progenitora vería afectada la garantía del debido proceso y defensa en juicio (art. 18 de la Const. Nac. y 15 de la Const. prov.), por cuanto “*se estaría permitiendo que la Sra. B. sea sometida a un proceso donde una de las consecuencias puede ser la privación de su responsabilidad parental...*” (sic).

Refiere que la Alzada no armonizó los plexos normativos, resultando inaceptable que el impedimento objetivo que trae aparejado el encierro no conlleve “per se” la suspensión de este proceso de abrigo, o bien el despliegue de acciones dotadas de mayores exigencias para abordar el trabajo de recomposición familiar donde la variante es la situación de encierro de la madre, tarea sobre la que -dice- se “reconoció” la ausencia de trabajo con la progenitora conforme lo dispone la ley 13.298, viéndose agravados sus derechos debido a su situación.

Por último se queja de la imposición de las costas a su parte.

IV. Con carácter liminar, resulta preciso mencionar que conforme doctrina inveterada de ese Alto Tribunal “Determinar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituye una situación de hecho inabordable –en principio– en la instancia extraordinaria, excepto cuando el impugnante logra demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia que ataca. Más tal carga del recurrente no queda cumplida por el planteo de su disconformidad con las pruebas recabadas y valoradas por el sentenciante.” (SCBA, C.121.968, sentencia del 7 de noviembre de 2018, entre otras).

En la especie considero que la quejosa no ha logrado demostrar el vicio de absurdidad endilgado respecto de la decisión que decreta a los niños en

situación de adoptabilidad.

Examinaré de manera conjunta los agravios vinculados al diseño o proposición de estrategias y a las tareas desplegadas por el Servicio Local de Tigre en relación a la señora B., por considerar que, en definitiva, reconocen una queja común: la incorrecta valoración de los elementos de juicio que se vinculan con la actividad desarrollada por el organismo administrativo, tópico sobre el que se advierte -a poco de adentrarnos en el remedio intentado-, la queja está direccionada principalmente a criticar.

De la sentencia impugnada se desprende que el fundamento esencial tenido en cuenta por la Alzada para resolver, se centró en considerar que los elementos de juicio obrantes en la causa dejaron en evidencia que pese a las estrategias desplegadas con la madre, con la familia de origen y referente afectivo -que detallan y que se fueron redefiniendo a lo largo del proceso- para remover los obstáculos que llevaron a adoptar las medidas de abrigo, ninguno de ellos y en especial la progenitora, pudieron demostrar encontrarse en condiciones de revertir las situaciones que dieron origen a las mismas, ni de asumir responsablemente y mantener en el futuro las funciones de cuidado de C. y L. de 3 años y cuatro meses de edad y 5 años y diez meses de edad, respectivamente (fs. 615/620 vta.).

Así, los sentenciantes detallaron la problemática que dio origen a las medidas de abrigo adoptadas en relación a los niños debido a la conducta negligente de parte de la progenitora aún antes de ser detenida y que pusieron en riesgo la integridad de sus

hijos (v. fs. 608 vta./612).

En particular fundan el decisorio sobre la base de considerar fracasadas las instancias tendientes a lograr que los menores puedan crecer y desarrollarse junto a su familia de origen y en especial frustradas las estrategias implementadas con la progenitora, así como tuvieron en cuenta el prolongado tiempo transcurrido (en ese momento dos años y cuatro meses respecto de C. y dos años respecto de L.) sin que se haya logrado revertir los motivos que dieron origen a la intervención estatal en esta causa (fs. 620).

Para arribar a tal conclusión y en relación con la actividad desplegada por el servicio local a lo largo del proceso, la Cámara destacó cada una de las diversas estrategias implementadas por el organismo estatal.

Detalló aquellas llevadas a cabo con la madre desde el inicio de la medida de abrigo respecto de C. (16 de diciembre de 2016 en institución), al igual que respecto de L. (el 7 de abril de 2017 con referente afectivo en su inicio y luego institucional frente a la ausencia de red de contención familiar) en pos de la revinculación de los niños con su progenitora, y el fracaso o insuficiencia de los resultados alcanzados en aquellas orientadas a atender principalmente su situación de consumo de sustancias adictivas (fs. 609/612 vta.; ver tmb. fs. 16/19, 31, 36/37, 115/119, 166, 208, 209/219, 235/236, 302/303, 304, 478, 481/482).

Puntualmente vinculado a L. también señalaron el trabajo realizado con la familia biológica (padre y abuela paterna) y con la señora J. E

H. en su carácter de referente afectivo del niño. Respecto de C. con su abuelo materno, señor R. B.; arrojando todos resultado negativo (fs. 49/50, 71/75, 162/164, 245, 249/250, 302/303, 307/308, 380, 427/430).

En relación a la progenitora indicaron que el organismo administrativo tuvo una entrevista personal con Y. y articuló acciones con el equipo de género y adicciones para su acompañamiento, luego de lo cual la madre -dado que tenía una causa penal con pedido de captura anterior al inicio de los presentes-, fue detenida en el Complejo Penitenciario Federal IV de Mujeres de la localidad de Ezeiza (fs. 615/615 vta.; ver tmb. fs.16/19).

Afirmó la Alzada que alojada la progenitora en la institución penal, el servicio local realizó varias llamadas telefónicas y requirió prorrogar la medida de abrigo para continuar el trabajo con aquella; sumó que fue escuchada en dos oportunidades por la magistrada de grado y entrevistada por el equipo técnico del juzgado (fs. 615 vta.; ver tmb. fs. 36/37, 115/119, 130/134, 166/167, 190/193, 478/479 y 481/482).

Mencionaron los sentenciantes que del informe obrante en el expediente emitido por la secretaria letrada a cargo del “Programa para la Asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad” dependiente de la Defensoría General de la Nación, surge que la señora B. comenzó a vivir en el Centro de Rehabilitación de Drogadependientes, dándose cuenta que “...se trabajó sobre la incorporación de pautas y normas de adhesión al mismo, la dinámica comunitaria correspondiente e historial de consumo...”;

comunicándose luego que “...fue expulsada del centro de rehabilitación (por haber transcedido [sic. v. fs. 616] normas y pautas del tratamiento y la convivencia en comunidad) y ...alojada luego en la población del penal general; allí recibió tratamiento psicológico (de manera regular), psiquiátrico de manera inestable -en cuanto no acepta tomar la medicación y sostener el tratamiento, trabajándose sobre ello-, se trabajó en contener y orientar a la Sra. B. (fomentando la continuidad del tratamiento por su consumo problemático de sustancias y las dificultades que presenta para adherirse al tratamiento y su continuidad)” (sic. fs. 615 vta./616; ver tmb. fs. 208 y 236).

Agregaron que la situación de consumo de la progenitora también “...fue puesta en relieve -en la audiencia del 11/7/2017-, por el médico del SLT Dr. Lucas Gonzalo Díaz, quien señaló la larga historia de Y. de no adhesión a tratamientos...”, así como también “...que la cambiaron de módulo carcelario en dos oportunidades” (fs.619).

Sumaron que cada uno de los informes de conclusión del Plan Estratégico de Restitución de Derechos (PER) elaborados respecto de ambos niños, advierten sobre la problemática de la madre, su falta de adhesión a los tratamientos y ausencia de consciencia de la situación de desamparo a la que sus hijos fueron expuestos, revelando un incumplimiento a los deberes inherentes a la responsabilidad parental y advirtiendo que de regresar los menores con su madre se verían nuevamente expuestos a que sus derechos se vean vulnerados y que su integridad psicofísica se ponga en riesgo (v. fs. 619 vta.; ver tmb. fs.

306).

También destacaron que la psicóloga del equipo técnico del Tribunal de Familia, licenciada María Cecilia González Cassolino, concluyó que Y. B., tenía *“escasa autocrítica...respecto a sus conductas negligentes transfiriéndolas a sus parejas y a su amiga J. ”*, observando en la madre *“un relato inconsistente y contradictorio”*, sin que *“se perciben sólidos, firmes, seguros y continentes recursos maternantes en la entrevistada, como una frágil recuperación de su problemática adictiva”* demandando *“un largo tratamiento medicamentoso, sumado a uno terapéutico especializado en drogas a los fines de sanar sus heridas traumáticas pasadas...”*. (sic fs. 619 vta.; ver tmb. fs. 481/482).

A todo lo cual tuvieron en cuenta la opinión de la señora asesora de incapaces interviniente, cuando en oportunidad de la audiencia del artículo 12 de la ley 14.528, sostuvo la imposibilidad de la madre para demostrar cambios que permitieran revertir la situación de vulnerabilidad de los menores o bien la realización de una propuesta viable para superar la situación (ver. fs. 619 vta., ver tmb. fs. 478/479).

A ello se agrega que la Alzada valoró como trascendental no solo el tiempo que podía insumir la recuperación de la madre a causa del problema de sus adicciones, sino también la ausencia de elementos que le permitieran suponer que el principal obstáculo presentado se hubiere superado y la progenitora se encuentre en condiciones de desempeñar en forma adecuada y sostenida el rol materno, encontrando el trabajo a realizarse

con ella (art. 10 ley 14.528) un límite, cual es la afectación a la protección de los niños a quienes se debe priorizar, entendiendo disfuncional -debido al tiempo que insumiría y la inviabilidad razonable del cometido- el análisis de otras posibles medidas a adoptar, lo que implicaría vulnerar el interés superior de los niños (617 vta./618 y 620).

Así a juicio de la Alzada se encuentra plenamente probado la vulneración de derechos de los niños aún antes de la situación de encierro sufrida por la progenitora y su imposibilidad para sortear el principal obstáculo presentado, su adicción; conclusión a la que arriba -en coincidencia con la señora jueza de origen- luego del detenido análisis de las constancias del expediente incorporadas a lo largo del proceso, sin que hubiera recibido reproche idóneo de parte de la quejosa que demuestre la existencia del error palmario y fundamental en la apreciación de los juzgadores que los lleven a conclusiones incongruentes o contradictorias con las constancias de la causa, ni tampoco que evidencie descuido del interés superior de los niños (conf. C. 116.731 “M.Z.A.C.”, sent. de 18/12/2013; entre otros).

El esquema recursivo mantiene en todo momento como pivote definidor de la cuestión, circunstancias vinculadas a la persona de la progenitora y la responsabilidad que deposita en terceros, en especial en el órgano administrativo, sin hacerse cargo de su propia conducta, ni adentrarse en nada que demuestre inexorablemente que la vida de los niños será mejor que la que el Estado puede proporcionarle a través de su intervención, en un absoluto intento definitivo de resguardar el interés superior.

Las manifestaciones vertidas en relación a su derecho de criarlos se diluyen en una serie de dogmatismos y citas normativas, y allí se estancan, en tanto no encuentran sustento en la realidad comprobada, la que por cierto no alcanza para darle contenido a los derechos que como madre invoca.

En cuanto al derecho a la identidad de los niños y a vivir con la familia biológica, alegados por la recurrente, debe destacarse que es indudable el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores.

Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la 'verdad biológica' no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los Estados parte firmantes de la convención se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar

el interés superior del menor (art. 9º, 1)". (CS 2-VIII-2005, LL 2006-B-348, cita online: AR/JUR/1551/2005, www.laleyonline.com.ar).

Así, frente al desarrollo argumental esgrimido por la Cámara, la quejosa se limitó a invocar el quiebre lógico de la decisión, dando su propia versión de los hechos, resultando que la alegada ausencia de medidas de fortalecimiento con el grupo familiar de origen no justifica, sin más, la aplicación de un criterio dogmático desentendido de la totalidad de las pruebas recolectadas a lo largo del proceso desplegado en sede judicial y que fuera puntualmente invocado por la Alzada en apoyo de su decisión.

En suma, la impugnante soslaya la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional, el ministerio tutelar y el órgano administrativo en pos de procurar una solución orientada a preservar sus vínculos familiares, reflejada en los informes elaborados por los profesionales del servicio penitenciario y del juzgado, que dan cuenta de la constante reticencia de la madre a someterse a los dispositivos de apoyo diagramados y su imposibilidad para asumir la crianza de los niños de manera sostenida y responsable.

Y, aun considerando la conflictiva en la que se vio inmersa Y. desde corta edad, o que luego de un largo recorrido hubiere tenido algunos avances al aceptar la participación en tratamientos debido a su adicción logrando sumarse a un espacio de reflexión en pos de una posterior recuperación, como insiste en sostener la quejosa, lo cierto es que la misma a la luz de las constancias del expediente no solo resulta frágil, sino incierta (v. fs 481/482, v tmb fs. 619 vta.), todo lo cual también fue valorado por el tribunal

conjuntamente con otros elementos de juicio igualmente relevantes (fs. 304/305, 316, 617 vta./618), surgiendo de las constancias de autos que la señora B. tuvo en la presente causa efectiva oportunidad de ejercer su defensa y hacer valer sus derechos, al contar -pese a su situación de encierro- con patrocinio letrado, sin que sus agravios sobre el punto pasen del mero enunciado.

La labor hermenéutica llevada a cabo por la Alzada, en concordancia con la fatalidad de los plazos legales -con las consecuencias incommensurables que el transcurso del tiempo reviste en la vida de los niños - establecidos en los artículo 607 del Código Civil y Comercial y 7 de la ley 14.528 han conducido al ministerio público tutelar y a la jurisdicción, a definir la situación jurídica de estos niños en el sentido decidido mediante el resolutorio que se cuestiona.

Por lo demás, a fin de adoptar la solución en crisis, el Tribunal de Alzada consideró especialmente el principio rector del interés superior del niño (fs. 617 vta.).

Es del caso mencionar que tal principio general y ordenador es concebido 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, analizado en concreto” (del voto del doctor Pettigiani en la causa AC.78.099, “G., M.d.C.”, sent. de 28/3/2001 y C. 121.968, “M. ,M. M. V. s/ Abrigo”, sent. de 07/11/2018)

Asimismo al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 71).

La crítica tampoco se hace cargo de lo sostenido por los sentenciantes en orden a que cuando se encuentran en pugna intereses de niños y adultos, deben prevalecer los del niño (CSJN, 12/6/2012, "LI." 2012-D-182 y SCBA, C. 121.968, "M. ,M. M. V. s/ Abrigo", sent. de 7/11/2018; entre muchos otros.), quedando relegados en una medida razonable los de los mayores, tal como lo expresa el artículo 4 "in-fine" de la ley 13.298 que establece "En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (ídem., art. 3 in fine, ley 26.061; y cfr. arts. 3, 20, 29 inc. 1 apdo. c) CDN; Comité de los Derechos del Niño, Ob. Gral. N° 14 (2013), cit. párrafo 40; Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de niños; art. 706 del C. C. y C.).

Al respecto cabe destacar que, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la regla jurídica que ordena sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel

interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres (...) De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.” (Fallos, 330:642 -del voto del doctor Maqueda-; en igual sentido, Fallos, 327:5210).

En ese entendimiento una solución que alargara la resolución respecto de la situación jurídica de los niños, controvertiría la intervención oportuna del Estado que tanto cuestiona la recurrente y la toma de decisiones en un plazo razonable (ver plazos en la ley de adopción, art. 12; "Fornerón e hija vs. Argentina", C.I.D.H., sent. de 27/4/2012, párr. 52), máxime cuando se sabe que el paso del tiempo tiene particular importancia para la infancia estando pendiente el derecho de crecer en el seno de la familia, en un ambiente de amor y comprensión (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; C. 118.785, sent. de 29/10/2014).

Y en estas condiciones, también se advierte que C. y L. no pueden seguir esperando la posibilidad de un emplazamiento familiar definitivo que respete el alcance íntegro de sus derechos -desarrollo, socialización, escolarización- dado que el tiempo es un condicionante que tiene particular importancia para la vida de los niños (cfr. doct. C. 120.610, “M., K.”, sent. de 15/11/2016).

A ello añaado que no acierta la quejosa cuando alega que se ha vulnerado su derecho de defensa, toda vez que ha tenido razonable oportunidad de poder ejercerlo y hacer valer sus derechos (ver fs.244, 272, 291/301 vta., 320/321 y sigs; cfr. SCBA, C. 117.731, sent. de 11/12/2013; C. 117.646, sent. de 11/6/14).

Tampoco es de recibo el agravio vinculado al alojamiento de los niños con su progenitora en ámbito del servicio Penitenciario, en tanto debe remarcarse la insuficiencia técnica del embate en su formulación, al omitir precisar y demostrar en qué medida la conclusión a la que arriba la Alzada es fruto de una absurda interpretación de las piezas ponderadas por los sentenciantes, o bien se omite citar norma específica alguna que avale lo expuesto (art. 279, C.P.C.C), careciendo de explicación concreta sobre el modo en que tales vicios e infracciones se produjeron en la especie (cfr. causa SCBA C 120.240, sent. de 19/09/2018; entre muchas otras).

No prospera, además, la impugnación vinculada a la omisión de parte de la Alzada de expedirse respecto de la responsabilidad parental, que trasunta -en definitiva- cuestionar que los sentenciantes no lo hicieron en relación a la suspensión del proceso para permitir el trabajo con la progenitora.

Sabido es que la denuncia de supuestas omisiones en el tratamiento de cuestiones por parte de la Cámara es tema ajeno al recurso de inaplicabilidad de ley, y solamente puede canalizarse a través del recurso extraordinario de nulidad (cfr. art. 296 y concs. CPCC y doct. SCBA C 118.450, sent. de 24/09/2014, C. 121.424 sent. de 29/05/2019; entre muchos otros); resultando extraño lo traído -por tanto- al presente carril

impugnatorio.

Con todo, vale remarcar que -más allá de la conclusión adversa a los intereses de la quejosa- la temática concerniente a la suspensión y/o privación de la responsabilidad parental de la progenitora y del padre de L. , señor K. M. C. , fue abordada y resuelta por los juzgadores, sin que la quejosa se hiciera cargo de los fundamentos expuestos por la Alzada en esta sentencia en crisis y que a través del presente remedio intenta cuestionar (fs. 621/622).

Finalmente, en la porción del embate que cuestiona la forma en que fueron fijadas las costas, cabe recordar que es doctrina de esta Suprema Corte que su imposición y distribución es una típica cuestión de hecho, facultad privativa de los jueces de grado y como tal irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto de absurdo, esto es, que se haya alterado burdamente el carácter de vencido o exista iniquidad manifiesta en el criterio de distribución, vicios que no han sido alegados ni patentizados en autos (cfr. C. 116.847, sent. de 4/3/2015; C 119.397, sent. de 15/11/2016; entre muchas otras).

V. En virtud de lo expuesto considero que se debe confirmar la declaración de la situación de adoptabilidad resuelta por el Tribunal “a quo” (arts. 384, C.P.C.C.; 4 in fine, ley 13.298 y 3 in fine, ley 26.061; 3.1, sigs. y concs. de la CDN).

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 20 de mayo de 2020

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General
jcontegrand@mpba.gov.ar
Date: 20/05/2020 19:26:52



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

DICTAMEN: C 123.572-1

“T., M.N., E.A. y T. D. s/ abrigo” , fecha: 02/01/2020

Adoptabilidad. Medidas adoptadas. Respaldo probatorio suficiente. Derecho de los progenitores. Evaluación de los comportamientos parentales. Situación de pobreza estructural. Evaluación interdisciplinaria. Capacidad progresiva. Opinión del Niño. Relación con los hermanos. Evaluación integral.



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

C123.572. “T, M. N.
T. D. s/ abrigo”

Suprema Corte:

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

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

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

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

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

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

En tal sentido sostiene “La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales o de las o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia” (Fornerón e Hija vs Argentina, 27/4/2011)”. (fs. 550).

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

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

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

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

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

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

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

III. Inicialmente consigno que “el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo” (SCBA C101.304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108.474, sent. del 6-10-2010), extremo que, en mi opinión, se encuentra verificado en autos.

Como se advierte de la sentencia impugnada, el fundamento esencial tenido en cuenta por la Alzada para resolver se centró en considerar que los progenitores de M. , E. y D. no lograron acreditar encontrarse en condiciones de asumir responsablemente las funciones de cuidado de sus hijos. En tal sentido, los magistrados destacaron la imposibilidad de los progenitores de mostrar un cambio de actitud tendiente a revertir la ausencia de cuidados que dieron origen a la medida de abrigo (fs. 352/62).

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

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

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

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

Para ello resulta necesario un proceso judicial que además de evaluar los resultados de la actividad desplegada por los servicios administrativos de protección, permita valorar en concreto, al menos, dos cuestiones esenciales: los resultados de la evaluación interdisciplinaria y la opinión de los niños (arts. 3, 5, 12 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño número 12 y número 14 sobre *el derecho del niño a ser escuchado* (2009) y sobre *el derecho del niño a que su superior interés sea considerado una consideración primordial* (2013); CIDH, “Atala Riffo vs Chile” (2012), párrafos 196-208; “Fornerón vs Argentina” (2012), párrafos 48-50 y 230 y ss.; Gelman vs, Uruguay” (2012), párrafo 129; arts. 24, 25, 26, 595, 609, 639, 706, 707, 709 y ccs. C.C.y C; 3, 24 y 27 Ley 26.061 y decreto reglamentario;

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

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (CIDH, “Atala Ríffo,” op.cit., párr.108-109; “Fomerón”, op.cit., 48-50).

En igual sentido, el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo: “el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio —eminentemente práctico— los jueces están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenos fundamentos acerca de la

selección que realicen para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331:941 [punto VIII]; Fallos: 331:2109 [punto IV], y sus citas)” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 333:1776).

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este punto se expidió la Procuración General de la Nación—en criterio que fue compartido por el Máximo Tribunal Nacional— al sostener: “Esta senda de esclarecimiento previo no puede recorrerla el Tribunal en solitario, sin caer en arbitrariedad: El control de mérito, como se nota rápidamente y lo prevé el mismo texto normativo (art. 7mo.), es un ejercicio de naturaleza interdisciplinaria, que reserva a los jueces el examen global de esa producción técnica, así como la decisión final. Ubicados en ese marco conceptual, advierto que en el expediente sólo se cuenta con informes parciales efectuados por un sector del CONNAF distinto al área especializada. Casi todos ellos, están orientados al seguimiento de una guarda común, y basados mayormente en datos que proporcionaron los propios interesados. Si bien estos elementos ilustran, en principio, acerca de un desarrollo positivo de la relación, a mi entender, no se les puede atribuir el valor de una evaluación integral, dentro del específico marco de la adopción... Interpreto que los jueces deben realizar sobre bases sólidas su trabajo de apreciación de qué es lo más conveniente para el niño, con visión

prospectiva; labor en extremo delicada, que no podrán cumplir responsablemente sin conocer, en lo que a ellos concierne, la realidad de todas las personas implicadas. Por eso mismo, estimo que el recaudo legal atinente al abordaje exhaustivo del chiquito y la familia postulante, por parte de especialistas en la materia, resulta un modo insoslayable –imbuído por las exigencias propias del orden público–, para garantizar mínimamente la regularidad del proceso adoptivo, en pos del cuidado de su protagonista, que es el adoptando” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 3312047).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

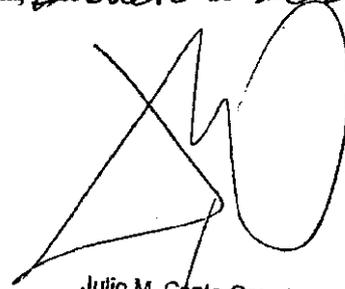
Al respecto cabe agregar que M. ha alcanzado la edad de 10 años el pasado 1 de octubre (fs. 128). En virtud de ello, no sólo resulta indispensable conocer y valorar su opinión en el proceso de toma de decisiones, sino que resulta preciso contar con su consentimiento para la futura adopción (art. 595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

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

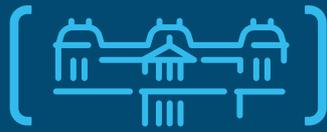
IV. En virtud de ello, entiendo que correspondería hacer lugar al

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

La Plata, 2 de octubre de 2020.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'J' followed by a large 'M' and a large 'G'.

Julio M. Conte-Grand
Procurador General



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

DICTAMEN: C. 123.241

"S., E. s/ abrigo" , fecha: 19/09/2019

Adoptabilidad. Denegación de la solicitud de revinculación con la familia paterna. Escaso compromiso con el menor. Informes del equipo interdisciplinario. Prolongado tiempo de institucionalización. Necesidad de definir la situación jurídica de los niños. Deseo manifestado por el menor.



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

C 123.241 “S., E. s/ abrigo”.

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de Junín en fecha 14 de marzo de 2019 confirmó el decisorio de grado que declaró a la niña S. C. (8) –hija de E. C., sin filiación paterna– y al niño E. S. (6) –hijo de E. C. y de D. S.– en situación de adoptalidad (fs. 420/439).

Contra la decisión que declaró al niño E. S. en situación de adoptabilidad, se alzó su progenitor, señor D. S., y su abuela paterna, señora M. H. S., a través de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrantes a fs. 458/66 y 449/457 y concedidos con efecto devolutivo a fs. 468 y vta. y 467 y vta. respectivamente.

II. De los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Ambos recurrentes centran sus agravios en considerar que la decisión impugnada vulnera los artículos 3, 7, 8, 9, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 5, 17, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 4, 10, 11, 12 y 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 22, 23, 24, 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 18, 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 15 y 36 de la Constitución Provincial; 33, 35, 37 de la ley 26061; 3, 4, 6, 7, 8, 18 y 34 ley 13298 y modificatorias. Asimismo denuncian absurda valoración de la prueba (fs. 450 y vta. y 453 y vta. del recurso obrante a fs. 449/57; fs. 459 y vta. y 463 y vta. del recurso agregado a fs. 458/66).

Concretamente, denuncian la ausencia de estrategias de fortalecimiento y revinculación con relación a la familia paterna del niño E. Señalan que la labor de acompañamiento y fortalecimiento familiar efectuada por los órganos administrativos de protección de derechos de los niños –reseñada en las sentencias de primera y de segunda instancia– da cuenta del intenso trabajo realizado con la progenitora de los niños

y de la insuficiencia de los esfuerzos destinados al trabajo con la familia paterna del niño E. (fs. 459 vta./63 del remedio obrante a fs. 458/66; fs. 45 l vta./454 del recurso agregado a fs. 449/57).

Sostienen que el decisorio "...es altamente discordante y contradictorio en tanto fundamenta lo sentenciado otorgando primacía al interés superior del niño por sobre todo otro interés. El interés superior del niño en el caso, a la luz de la normativa vigente, se encuentra en la necesidad de evitar la indefinición y sufrimiento que lamentablemente ha padecido mi hijo. Asegurándole que no se prolongue más la interrupción y aislamiento de los lazos de origen con su padre y familia paterna y posibilitando incluso que dicha vinculación afectiva comience cuanto antes, puesto que el imperativo constitucional obliga a no separar a los niños de su familia por motivos económicos o contra la voluntad de sus padres" (fs. 463 del remedio obrante a fs. 458/66, y fs. 454 del recurso de fs. 449/57).

En particular, el progenitor alega: "Que el vínculo de E. con su padre y el resto de la familia paterna fue continuamente obstaculizado, en su oportunidad, por parte de la Sra. C., madre de E., quien dificultaba el contacto del niño con su padre y la familia paterna, generando continuas situaciones de conflicto lo cual perjudico de manera sensible el vínculo de E. con ellos. Que las dificultades que el suscripto atravesaba en ese momento le impedían realizar cualquier acción tendiente a fortalecer dicho vínculo. Sin embargo, con la ayuda de su madre y de las instituciones a las que ha concurrido y dentro de los padecimientos que sufría, tanto propios como los que provocaba la madre de su hijo, ha realizado todo lo que estaba a su alcance para tratar de revertir la situación con E. Que resulta muy complejo retomar y fortalecer el vínculo con un hijo cuando sólo se lo puede ver unas pocas horas, en una institución, es decir, en un ámbito no privado, con visitas pautadas de antemano espaciadas una de la otra" (fs. 459 vta. /460 del remedio obrante a fs. 458/66).

Y agrega: "Los informes tanto ambientales como psicológicos y psiquiátricos sólo diagnosticaron una situación concreta, sin buscar las alternativas necesarias y que la ley requiere a fin de que el niño pueda crecer y desarrollarse en el ámbito familiar de su padre, el cuál es el fin último de la legislación nacional e internacional sobre el tema en

cuestión. Que ambos se sintieron juzgados por sus dificultades sin brindarles un apoyo real que les permitiera superar las diversidades en pos de un futuro de E. con parte de su familia de origen. Que si bien en la actualidad el trabajo que el suscripto tiene lo obliga a permanecer en otra provincia, en la que incansablemente busca un mejor futuro tanto para él como para su hijo, cuenta con el apoyo incondicional de su madre, Sra. M. H. S., quién también ha solicitado que el niño pueda permanecer junto a ella, haciendo el máximo esfuerzo que su economía le permitía para acondicionar su domicilio ante la posibilidad y con la esperanza de recibir a su nieto” (fs. 461 del remedio obrante a fs. 458/66).

Asimismo se queja de que “ni el suscripto ni su madre fueron escuchados en el marco de la segunda instancia para poder escuchar de su propia boca los deseos de revinculación con E. y los proyectos que lo involucran en nuestra familia, sólo se escuchó al niño quién llamó ‘tías’ a quienes lo cuidan en el hogar, pudiendo con ello advertir el grave daño que se le ha hecho al niño, aislándolo sistemáticamente de su familia de origen no permitiéndole el necesario contacto con su padre y abuela, obstaculizando el mismo continuamente” (fs. 464 vta. y 465 del recurso obrante a fs. 458/66).

Por su parte, la Sra. S. (abuela paterna del niño) insiste en destacar “Que siempre he cumplido con las visitas al Hogar para ver a E., cada 15 días, conforme el servicio local así lo disponía. Este nunca me dio posibilidades de ampliarlo, habiéndolo solicitado en estos obrados, siempre recibiendo una respuesta negativa de su parte. Es por esto que tuve que conformarme con ver a mi nieto espaciadamente, siendo de esta forma muy difícil crear y fortalecer un vínculo con el pequeño” (fs. 452 vta. del remedio obrante a fs. 449/57).

En esa línea ambos quejosos sostienen que “el imperativo constitucional obliga a no separar a un niño de su familia. Máxime de este padre, que ha logrado revertir con esfuerzo y apoyo de su familia, en particular de su madre, un sin número de dificultades que se han detallado en el presente y que no pueden conformar jamás elementos para aniquilar su relación filial. Por el contrario, se debió asegurar desde el inicio de las presentes actuaciones y de manera urgente que no se prolongue más la interrupción y aislamiento de los lazos filiales de E. con su progenitor y familia paterna.

Lamentablemente aquí, lejos de una intervención integrativa como el caso lo imponía, se ha advertido una ausencia de políticas públicas tendientes a sustentar la doctrina surgida de la Convención sobre los Derechos del Niño para revertir la situación de alta vulnerabilidad social que se puso en evidencia tendientes a que E. ejerza su derecho de permanecer con su familia biológica (arts. 7, 9, 10 y 11 del Convención sobre los Derechos del Niño”). La inactividad estatal antes descripta ha permitido que se profundice el drama social aludido, así como que se vulneren los derechos constitucionales tanto del niño como de su padre. Que en el transcurso del presente proceso jamás se ha podido lograr que el niño pueda estar viviendo junto a mi persona, posibilidad que si ha tenido la madre del niño, siendo quién ha generado con sus actitudes la presente intervención judicial” (fs.464 y vta. del recurso obrante a fs. 458/66; fs. 455 vta. y siguiente del remedio obrante a fs. 449/57).

En definitiva, alegan “Esta irrazonable determinación que se convalida nuevamente al sentenciar, sintetiza desgraciadamente en detalle la suerte que les ha tocado transitar en este angustiante proceso jurisdiccional, donde se ha pedido la revinculación con la ayuda pericial especializada si también así se los estimase, se intentare efectivamente todo abordaje e implementación tendiente a la revinculación inmediata con el niño. Por lo tanto la ineptitud para ejercer el rol paterno que se le endilga al suscripto allá en la sentencia de primera instancia y se convalidará ahora por la alzada departamental, se desvanece ante las muestras de afecto que el niño le ha dado tanto a su madre como a su abuela paterna en las pocas oportunidades en las que se les ha permitido visitar, siempre teniendo como marco el hogar y la falta de intimidad que ello implica ya que se han sentido observados e invadidos en el vínculo filial que en teoría buscan reestablecer, dificultando el mismo” (fs. 465 del recurso agregado a fs. 458/66; fs. 456 y previa del recurso obrante a fs. 449/57).

III. Dada la similitud de los agravios formulados por ambos recurrentes, ingresaré al examen de los recursos obrantes a fs. 458/66 y 449/457 vta. de manera conjunta.

Con carácter liminar, resulta preciso “Determinar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituye una situación de hecho inabordable –en principio– en la instancia extraordinaria, excepto cuando el

impugnante logra demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia que ataca. Más tal carga del recurrente no queda cumplida por el planteo de su disconformidad con las pruebas recabadas y valoradas por el sentenciante” (SCBA, C121968, sentencia del 7 de noviembre de 2018, entre muchas otras).

Adelanto mi opinión según la cual, en autos, los quejosos no han logrado demostrar el absurdo alegado.

En efecto, la alzada departamental fundó su decisorio sobre la base de considerar que, pese a la efectiva realización de las estrategias desplegadas con la familia de origen durante 4 años –que se han ido redefiniendo a lo largo de la medida de abrigo y que han llegado a comprender el egreso definitivo de los niños junto a su progenitora – ni la madre de ambos niños, ni el padre ni la abuela de E., pudieron demostrar encontrarse en condiciones de revertir las condiciones que dieron origen a la medida ni de asumir responsablemente las funciones de cuidado de sus hijos S. C. y E. S. (8 y 6 años, respectivamente –certificados fs. 391 y 392 –).

En particular, el tribunal señaló tres argumentos centrales: la efectiva realización de las estrategias por parte de los organismos de niñez y la ausencia de resultados esperados; el prolongado tiempo transcurrido y la necesidad de definir la situación jurídica de los niños que han permanecido excesivamente institucionalizados y, por último, el deseo manifestado por los niños y las conclusiones concordantes de los informes psicológicos elaborados por el equipo técnico del juzgado, por la psicóloga de la Asesoría de Incapaces y por la psicóloga del hogar respecto de la conveniencia de que ambos niños dieran inicio a un proceso de vinculación con una familia adoptiva que pudiera preservar la convivencia entre ellos.

En relación con la actividad desplegada por el servicio local a lo largo del proceso, la cámara enumeró cada una de las estrategias de fortalecimiento y revinculación implementadas por el servicio con la familia de origen (madre, padre y abuelos) desde el inicio de la medida de abrigo (26 de junio de 2015) – entre las que destacó el fracaso del egreso de los niños de la institución mediante el dispositivo de convivencia en el domicilio materno con conocimiento del progenitor de E. y de familia ampliada de ambos y con

supervisión y acompañamiento institucional– y la insuficiencia de los resultados alcanzados (fs. 3/6, 11/13; 37/43; 58/59, 66/9, 80/2, 106, 111/116) (fs. 426 vta./ 430).

Sobre este punto –y en particular relación con los agravios planteados por los recurrentes ante esta instancia– la alzada señaló: “Respecto de los abuelos maternos y paternos no se han responsabilizado en la colaboración de los cuidados de sus nietos, cuestión que se había planteado desde el primer momento en que se decidió el pre-egreso...Respecto de la familia ampliada, se evaluó que la misma no se ha responsabilizado en prestar colaboración a E. durante el pre-egreso de los niños, ni tampoco de informar si había dificultades en la convivencia de la misma con éstos. Con relación a la abuela paterna, M. S., no ha podido adherir a las estrategias pensadas para colaborar con E., sumado a que E. no tiene vínculo con la misma. En lo relativo al progenitor, ha mostrado escasa intervención para contener a su hijo, y de sus dichos se desprende que se encuentra abocado a lo laboral siendo los abuelos los que cuidarían al mismo el fin de semana. Refieren que la familia paterna del niño solicita enérgicamente tener contacto con el menor, sin embargo no han respondido a las estrategias planteadas por el servicio, demostrando escaso compromiso para hacerse cargo y cumplir con las demandas cotidianas de E. No se presentan a las entrevistas pautadas y, si lo hacen, es en forma intempestiva siempre con quejas, observándose una escasa tolerancia a la frustración, con grandes momentos de ansiedad lo cual los lleva a tener reacciones violentas o desmedidas. D. cuenta con escasos recursos simbólicos para afrontar las demandas actuales que ameritan la restitución de derechos de su hijo, presenta dificultad para sostener las visitas, al igual que los abuelos, y muchas veces no respetaron días ni horarios. Los hechos hasta aquí expuestos, condujeron al servicio local a solicitar la adoptabilidad de los niños.” (fs. 429 vta. y 430).

Asimismo, el decisorio tuvo en consideración los informes elaborados por el servicio local obrantes a fs. 173/9 y 180/6 en los que se puntualizaron las estrategias planteadas respecto del progenitor– entrevistas con el progenitor y con sus padres a los fines de concretar la revinculación y el posible egreso con esa familia, indicación de los tratamientos psicológicos, psiquiátricos y en el CPA para abordar sus

problemáticas de consumo— así como las conclusiones elaboradas respecto de la ausencia de respuesta adecuada y el escaso compromiso evidenciado para hacerse cargo y cumplir con las demandas cotidianas propias de un niño de la edad de E. (fs. 434 vta. y 435).

A ello, añadieron las conclusiones de los informes psicológicos y psiquiátricos elaborados por el equipo técnico del juzgado respecto de D. S. y de su madre (fs. 199/203), en los que se concluyó: "... conforme lo obtenido en la presente evaluación y lo que se desprende de autos, corresponde afirmar que D. puede asumir la crianza de un niño sólo con un apoyo consistente" y que "... desde lo obtenido se valora que la Sra. S. no resulta ser un apoyo sólido y/o que supla la falta de recursos de su hijo. No obstante, la respuesta a este punto debe completarse y cotejarse con lo que informen efectores y profesionales acerca de la dinámica de funcionamiento de S. y su mamá, de ambos en sus contextos y con el niño (informes de los servicios, socioambientales, de la institución que abriga). Cabe consignar el discurso de la Sra. S. tendiente a velar la dificultades de D. (intelectuales, de escolaridad, de consumo, contradice los dichos del mismo en cuanto a su inserción laboral actual, es confuso si éste habita o no la casa) centrando en mostrar —de manera pueril— las capacidades de ambos para sostener al niño, que no condice con acciones o conductas concretas conforme revelan los informes a lo largo de todo el devenir de los abrigos. Se posiciona en la queja y crítica de la progenitora del niño, valorándola como única responsable de la institucionalización de S. y E., y de las instituciones por no darles la oportunidad. O bien se centra en sus derechos de abuela. Al mismo tiempo, y en relación al niño, deja en claro que no participó de los cuidados del niño con anterioridad a la institucionalización, asocia su posibilidad actual al fallecimiento de su pareja otorgándole al niño el lugar de su compañía" (fs. 435 vta. y 436 vta/437).

En el mismo sentido, la Cámara destacó los informes acompañados por las autoridades del Hogar M. G. y del Hogar L., en los que se puso de relieve las peleas mantenidas entre el progenitor y su progenitora (abuela del niño) delante de E., las conductas que hicieron sospechar a las autoridades que el señor S. continuaba con su problemática de consumo, así como la oposición expresada por el niño E. cuando se le mencionaba que debía ir a pasar el fin de semana con el progenitor

al domicilio de su abuela paterna(fs. 435 vta. y 436).

En relación con la evolución informada en la pericia vincular entre E. y su abuela paterna agregado a fs. 296 y vta. y de los informes ambientales efectuados en el domicilio de ésta, el *a quo* valoró que no están dadas las circunstancias para disponer la convivencia entre ambos y que la situación del niño no podía esperar a que la Sra. S. logre concertar la convivencia pacífica con su hijo para brindar apoyo ante las carencias del mismo. Al respecto sostuvo “La historia del niño no puede detenerse a la espera de que eventualmente esto ocurra. Por lo contrario urge definir su situación con la clara conveniencia de lograr una convivencia con su hermana S., en el marco de una familia que los pueda cobijar ahora” (fs. 437 y vta.).

Por último, con base en las conclusiones de los informes elaborados por la psicóloga de la Asesoría de Incapaces por la psicóloga del equipo técnico del Juzgado, por la psicóloga tratante de E. –Lic. Bolognese– (fs.211 y vta.; 279/80 y vta.; 288/9; 295/6vta. y 321/22), así como en la impresión recogida por los magistrados en oportunidad de la audiencia celebrada con el objeto de tomar contacto personal con los niños (fs. 259 y 417), la sentencia recurrida valoró la concordancia entre el deseo expresado por los niños y las recomendaciones efectuadas por las especialistas respecto de la conveniencia de comenzar a vincularse con una familia con la que ambos puedan vivir juntos (fs. 432/4vta).

En definitiva, y con apoyo en lo sostenido por esa Corte en el precedente C119956 de fecha 19 de octubre de 2016, concluyeron que “...en vista al tiempo del que se ha dispuesto para revertir la conflictiva situación familiar que aquí se ventila; y las conclusiones expuestas por los agentes del servicio local, en el sentido de que la proyección de un nuevo periodo de prueba expondría a los niños a una nueva situación de riesgo y eventual vulneración de sus derechos; considero que debe mantenerse la situación excepcional de separación con la familia de origen, adelantando de este modo la suerte que han de correr los restantes recursos interpuestos contra la sentencia en crisis” (fs. 434).

Contra esos argumentos, los quejosos se limitaron a denunciar la insuficiencia del trabajo de fortalecimiento familiar realizado con ellos, –y el diferente trato recibido respecto de las medidas desplegadas con la progenitora de los niños–, sin intentar

rebatir las constancias valoradas por el tribunal que dan cuenta del efectivo despliegue de estrategias con él y con su progenitora –abuela del niño– sin evidenciar el compromiso requerido ni los resultados esperados; ni el resultado adverso de las pericias realizadas por el equipo técnico del juzgado respecto de sus condiciones para asumir la responsabilidad del cuidado del niño; ni la contundencia de los informes elaborados por las profesionales del equipo técnico del juzgado y del ministerio público, así como los informes de los profesionales del hogar en los que se concluyó respecto de la necesidad urgente de dar inicio a un proceso de vinculación familiar con una familia adoptiva, sin perjuicio de lo decidido en relación con la preservación del un régimen de comunicación (fs. 324/339 y vta. y ccs.).

A ello añado que tampoco aciertan los quejosos cuando alegan que se ha vulnerado su derecho de defensa toda vez que las constancias obrantes a partir de fs. 132/5 y de fs. 148/51 evidencian que éstos han tenido razonable oportunidad de ejercer su defensa y hacer valer sus derechos (SCBA, C116731, sentencia del 18 de diciembre de 2013; C117646, sent. del 11 de junio 2014, entre muchas otras).

En definitiva, considero que los agravios de los impugnantes no alcanzan a rebatir la hermenéutica desplegada por la alzada para concluir que la realidad de vida de los niños no permite continuar insistiendo con una revinculación familiar que fue intensamente acompañada y que, sin embargo, no se ha podido alcanzar.

IV. En virtud de lo expuesto, propicio a V.E. rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley que dejo examinados.

La Plata, 19 de septiembre de 2019.


Julio M. Conte-Grand
Procurador General



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

DICTAMEN: C. 123.350

"V. F. M. s/ materia a categorizar", fecha: 06/09/2019

Debido proceso legal. Referente afectivo. Guarda. Interés superior del menor.



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

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

Suprema Corte:

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

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

II. Del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contra ese tramo de la argumentación, el recurrente centra su agravio en desconocer la existencia del vínculo afectivo así como la convivencia de F. con los referentes afectivos (fs. 640 vta.), sin mencionar ni rebatir la prueba pericial obrante a fs. 310 y 3 78, documental de fs. 35/143 y testimonial de fs. 342 vta., tenida en cuenta por la alzada para concluir que el vínculo afectivo no resultaba casual ni esporádico sino que ha sido sostenido en el tiempo (fs. 517).

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

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

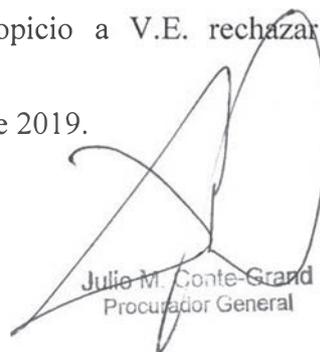
de la Sra. V. con carácter previo a declarar a la niña en situación de adoptabilidad (arts. 3, 19, 26, 27 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 2, 607, 706,709 y ccs. CCyC; 7 ley 14528, 3 y ccs. ley 26061 y artículo 4 y ccs. 13298 y modificatorias art. 27 decreto 415/2006, SCBA,C119702,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

Al respecto, el Máximo Tribunal ha sostenido que “el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio – 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 transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Y, al hacerlo le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que, para su comprensión, requieren de dichos auxiliares (v. en lo pertinente, dictámenes de Fallos: 331 :941 [punto VIII]; Fallos: 331:2109 [punto IV], y sus citas)” (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 333:1776) .

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

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

La Plata, *seis* de septiembre de 2019.



Julio M. Conte-Grand
Procurador General



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

DICTAMEN: C. 123.408-1

**G. F., L. C. c/ R., M. R. s/ restitución internacional”, fecha:
23/09/2019**

Restitución internacional del menor. Custodia conjunta. Residencia habitual del menor. Derecho del niño a ser oído. Opinión del Niño.



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

C. 123.408 “G. F., L. C. c/ R., M. R. s/
Restitución Internacional de Hijo”

Suprema Corte:

I. La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial Lomas de Zamora -Sala I- confirmó la sentencia de fs. 337/348 y su aclaratoria de fs. 356 y vta., en virtud de la cual rechazó el pedido de restitución internacional incoado por la señora L. C. G. F. con relación a su hijo T. E. R. G. a la República de Paraguay (fs. 392/404 vta.).

Contra ese decisorio la progenitora del niño, representada por la señora defensora oficial, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 414/423 vta.

II. La recurrente sostiene que la sentencia en crisis violó los artículos 14, 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; arts. 11 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 1, 2, 3, 12 y 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante Convenio de La Haya); arts. 1, 3, 4, 11 y 14 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 (en adelante CIRIM); arts. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 18 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 8, 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 26, 2642 y 2614 del Código Civil y Comercial de la Nación; ley 26.061; Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño y doctrina legal de la Corte sobre el concepto interés superior del niño y residencia habitual.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia impugnada ha errado en la valoración de la prueba colectada, al ponderar probanzas y la opinión del niño, sin meritar la totalidad de aquellas y escogiendo solo las que le permitían justificar la conclusión a la que arribó.

En dicha inteligencia dice que no se valoraron las sentencias dictadas por la justicia de la República del Paraguay, que denegaron la restitución internacional requerida por el progenitor y establecieron que allí se encuentra el centro de vida de T. Añade que no se tuvo en cuenta la actitud asumida por el progenitor con posterioridad al resultado judicial del vecino país que le resultó adverso, las vías de hecho utilizadas, el abuso de la confianza brindada por la progenitora en el marco de un régimen de relacionamiento, el traslado ilegal del menor a Argentina (fs. 418 vta.), el informe de la licenciada Cabrera y la escolarización del niño en dicho país (fs. 419).

Sostiene que las omisiones antes señaladas llevaron a los sentenciantes a afirmar que la residencia habitual del menor era en Argentina y a tener por no configurado el presupuesto de “ilicitud del traslado” (fs. 419 y vta.).

Aduce que la sentencia en crisis es contradictoria en tanto estimó comprobado que el traslado no revestía el carácter de ilícito para luego pasar a analizar las excepciones convencionales, aplicando erróneamente sus extremos al darse *“crédito y veracidad únicamente a su opinión [la de su hijo] para así considerar configurada la excepción* (fs. 420 vta.).

Refiere que no se consideraron las conclusiones de los informes de la doctora Germani llevados a cabo en la persona del menor (fs. 221/223), y el de fs. 204/205 que daría cuenta de la violencia que habría ejercido el señor R. en la persona de la progenitora (fs. 421).

Menciona que los sentenciantes no consideraron que los dichos de T. estuvieron teñidos de temores en franca contradicción con la expuesta en Paraguay, que es un niño de corta edad *“fuertemente influido por su padre”*, lo expresado por el menor en Paraguay y la adaptación que habría estado logrando en dicho país, proceso este que -dice- fue abruptamente interrumpido por el traslado ilegal efectuado por el progenitor. También manifiesta que no se tuvieron en cuenta los informes vinculados a la función paterna, capacidades de crianza y modalidades violentas del progenitor (v. fs. 421 vta./422).

Agrega que la integración lograda en Argentina con el padre y su entorno familiar no constituye un motivo autónomo de oposición, ni configuran una situación excepcional (fs. 422), remarcando que el ámbito convencional limita la discusión a si medió traslado o retención ilícita, siendo el objetivo primario el retorno del menor (fs. 422 vta.).

También expresa que la sentencia de la Alzada resulta violatoria de la garantía del plazo razonable para esta clase de procedimientos.

III.- i) Razones de orden lógico me conducen a examinar, en primer término, el agravio vinculado con la legalidad del traslado o retención, en virtud de las críticas formuladas por la recurrente respecto de la absurda valoración de la prueba efectuada en el decisorio impugnado en orden a la determinación de la residencia habitual de T.

En el caso bajo examen, de las constancias de la causa se desprende que i) T. nació el 21/3/2010 en L. de Z., provincia de Buenos Aires (v. fs. 134); ii) viajó en diciembre de 2016 con su madre a la República del Paraguay mediante una autorización otorgada por el señor R. -hecho que no se encuentra controvertido por las partes- (v. fs. 75 vta. y 158); iii) el progenitor revocó el permiso el 6/3/17 (v. fs. 151); iv) el 13 de julio de 2017 se dio inicio en la República del Paraguay a la restitución internacional del menor requerida por su progenitor (v. fs.39); v) tal pedido fue rechazado por el juzgado de la Niñez y la Adolescencia segundo turno de Caacupé el 9/10/17 (fs. 39/41 vta.); vi) el 11/10/17 la señora G. F. denunció ante la unidad fiscal que el progenitor retiró al menor para estar con él antes de volver a Argentina y no lo retornó a su casa (42/54); vii) el 13/10/17 el Juzgado de la Niñez y Adolescencia de la XIII Circunscripción Judicial del Paraguay dispuso la prohibición de salida de T. de ese país (fs. 19 y vta.); viii) el Tribunal de Apelación que intervino en el vecino país, confirmó la decisión el 24/11/2017 (v. fs. 175/182); ix) T. vivió en Paraguay con su progenitora en el barrio C. P. de la localidad de Caacupé, República del Paraguay, con anterioridad a su traslado a la República Argentina (v. fs. 76 vta. no negado en descargo de fs. 157/163 vta.).

En virtud de lo detallado diré que asiste razón a la recurrente cuando sostiene que la Alzada omite de consideración la sentencia dictada en la República del Paraguay.

La justicia del vecino país para rechazar la restitución solicitada por el señor R. consideró -entre otras cosas- que no se había “*demostrado suficientemente, la existencia de una retención ilegal, e igualmente una violación de derechos, ya que ambos [padres] detentan la patria potestad, no existiendo documentación alguna que pudiera dar a conocer quien detenta la convivencia efectiva*” de T. (fs. 41 “in-fine”), además dijo que la autorización otorgada por el señor R. a la madre fue con “*la intención de que su pareja sentimental como su hijo, vacacionar primeramente y de manera particular, radicaran en Paraguay y habiendo acaecido circunstancias ajenas a la voluntad de los mismos procedió a revocar dicha autorización. Tales aseveraciones fueron expresadas consonantemente [por] ambas partes en litigio ‘padre’ y ‘madre’ a fs. 89 ‘Estábamos viviendo juntos, de común acuerdo íbamos a vivir aquí en Paraguay esa fue la charla que tuvimos, hoy no se puede hablar con la chica...’*” (fs. 39 vta. “in-fine” y 41).

De la documental de fs. 175/182 se desprende que la sentencia mencionada en el párrafo anterior fue confirmada el 24/11/17 por el Tribunal de Apelación que entendió en el remedio planteado contra la misma; decisión que fue adoptada con posterioridad al inicio de los presentes. Los señores jueces -entre otras cosas- expresaron: “*Entiendo que la decisión de fijar domicilio en un país fue tomada libremente por los padres del niño T. y fue resultado de una larga reflexión conjunta. La fijación de residencia de la Sra. L. con su menor hijo en el Paraguay fue consentido por el requirente, quien luego de ciertas desaveniencias con la madre de su hijo cambió de postura, intentó revertir la situación y al no consensuar con la madre de su hijo, optó por revocar la autorización para viajar al extranjero en forma inconsulta con la madre del niño, en fecha 06 de marzo del año en curso, a dos escasos días de cumplirse tres meses de la venida del niño al país. Para esa fecha, aquí en Paraguay ya comenzaron las actividades escolares y el niño estaba ya escolarizado, conforme al proyecto de vida que sus padres dibujaron para él, antes de su venida al Paraguay. De estos hechos se*

infiere hasta si quiere cierta malicia por parte del requirente...” (fs. 180 “in-fine”). No existe constancia en este expediente de su firmeza.

Los mecanismos internacionales de restitución operan siempre que el traslado o la retención del hijo menor merezcan la calificación de ilícitos, extremo que se tipifica cuando la salida del país de residencia habitual hacia otro Estado contratante o la permanencia en este último, se producen “*en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres (...) inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor*”, conforme lo establecido en el artículo 3 de la CH. 1980 y en el artículo 4 de la C.I.R.I.M. (ambas aplicables al caso).

No es objeto de debate que el viaje de T. a Argentina y su estadía posterior aquí, obedecieron a la decisión inconsulta del progenitor, quien no estaba autorizado a desplazar unilateralmente al niño (v. sentencias mencionadas y tmb. fs. 120, 158 vta. “in-fine”/159).

Al comentar el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya, el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera -ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio, por encargo del 14° período de sesiones de la Conferencia de La Haya de 6 C IV 18885/2017/CS1 "G.A., D.I. c/ I. M., J. s/restitución internacional de menores (vigente hasta el 31/07/2015)" Derecho Internacional Privado-, señala que "*en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal*" (párr. 71).

Asimismo, en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de la Nación ha sostenido 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).

En igual sentido se ha señalado 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"*, dependiendo de las *"circunstancias de cada caso si la residencia habitual se genera por la permanencia estable en un lugar por el plazo de una semana, seis meses, uno o dos años. La edad del niño, las circunstancias que lo rodean y las acciones llevadas adelante por los padres serán los elementos que deberían indicarle al juez cuál es la residencia habitual del niño en el momento del traslado o retención ilícita"* (Goicoechea, Ignacio, "Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores" AR/DOC/7199/2012).

De ello se sigue que equivoca el *"ad-quem"* cuando establece que la residencia del menor es en la República Argentina, por cuanto se ha llevado a cabo en infracción al derecho de custodia de su progenitora y más específicamente, en contradicción con expresas disposiciones judiciales que establecían la no restitución del menor a este país y la prohibición de su traslado fuera de Paraguay, 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.

Finalmente, en orden a este agravio es del caso mencionar que la Corte Federal sostuvo que *"...el Convenio de la Haya de 1980, parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Luego preserva el mejor interés de aquél - proclamado como prius jurídico por el artículo 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño- mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violación debe ser, ante todo, restablecida, en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el contexto convencional. En coherencia con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados procuran que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz, tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracción o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño"*.

ii) No obstante lo expuesto anteriormente, este Ministerio Público no puede dejar de señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, ha dictado pautas

disponiendo que *“en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en los convenios, asegurando el interés superior del niño”* (art. 2642, 1er. párrafo).

En el caso resulta aplicable la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que en su artículo 11 establece que *“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: [...] b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión ”* (v. asimismo art. 13.a, Convenio de la Haya).

En tal sentido, ha sostenido ese Alto Tribunal: *“dado que una fijación apriorística de su superior interés en los casos de sustracción internacional podría atentar contra su concepción más clara, se admite asimismo que en ocasiones, aquella presunción objetiva que manda a su inmediata restitución a su centro de vida anterior a la vía de hecho actuada en su contra, pueda ser revertida ante la verificación de ciertas circunstancias que excepcionalmente aconsejen una solución contraria, justamente en aras del concreto interés superior del niño involucrado (conf. Pérez-Vera, Elisa, "Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 1982, en <http://hcch.net/upload/exp1128s.pdf> párr. 34). Ello así, pues el superior interés del niño, aún en este marco, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del menor y teniendo en cuenta su contexto y sus necesidades personales (conf. Comité de los Derechos de Niño, Observación General N° 14 [2013], párr. 32), de modo que eventualmente pueden presentarse ciertos acontecimientos, sea vinculados con conductas atribuibles a solicitante del retorno, sea con riesgos o situaciones existentes en su residencia habitual sea con la propia opinión del menor sobre su destino, que justifican el rechazo a dicho*

restitución (SCBA LP C 120.328 S 19/10/2016, autos “R. C. A.E. c/ G., A. A. s/ Exhortos y oficios”).

Asimismo 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 Red Internacional de Jueces de La Haya del 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, 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 y de las causales de excepción, entre las que cabe mencionar la oposición del menor a su restitución”*.

El referido 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 tomada en cuenta de conformidad con su edad y grado de madurez (arts. 3, 5 y 12 CDN, Observación General nro. 12/2009 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General n° 14/ 2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Atala Ruffo 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 26.061; arts. 24, 25, 26 639, 707 y ccs. C.C.y C; art. 4 y ccs. ley 13.298 y sus modificatorias; SCBA, C. 78.728 sentencia del 2 de mayo de 2002; C. 100.970, sentencia del 10 de febrero de 2010 ; C 107.820, sent. del 11 de agosto de 2010 y C. 91.622, sent. del 26 de octubre de 2010 entre otras).

La doctrina por su parte 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 de modo 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, Restitución internacional de Niños, Capítulo 7, Corte Suprema Justicia de la Nación, Máximo Precedentes, Derecho de Familia, Tomo III, p. 751).

Partiendo de estas pautas hermenéuticas, entiendo que la Alzada, más allá de la contradicción en la que pudo haber incurrido como sostiene la recurrente, acierta en que se hallan configuradas las especiales y excepcionales causales que autorizan a negar la restitución solicitada.

En el “*sub iudice*” se desprende de las audiencias llevadas a cabo en la instancia de grado (fs. 105, 197 y vta., 215 y vta, y 251 y vta.), como de aquellas realizadas ante la Alzada (fs. 390 y v. tmb. fs. 402 y vta.), que T. ha manifestado en forma categórica su voluntad de no volver a Paraguay y su deseo de vivir en Argentina (art. 12 CIDN, art. 13 CH 1980, art. 11 CIRIM, arts. 26 y 2642 CCyC, art. 3 y cctes. Ley 26.061).

En especial del acta que obra a fs. 215 se desprende “*el niño, frente a ambos progenitores afirma [...] su deseo es vivir en la Argentina [...]. Preguntado sobre si quisiera vivir en la República del Paraguay, en forma rotunda y con angustia responde que no, no quiere vivir en Paraguay aunque sus padres también vivan allá...*” y de la adunada a fs. 251 y vta. surge “*Abierto el acto se mantiene un amplio intercambio con el niño T. quien en forma rotunda refiere que no desea regresar a la República del Paraguay...*”.

Párrafo aparte merece lo expresado por su letrada, doctora Puente, cuando sostiene que en la entrevista mantenida con el niño “T. me

manifiesta su rechazo de vivir en Paraguay” (fs. 188) y lo informado por ésta a fs. 319/320 al referir “le pregunto, que no existiendo problema en que su papá vaya al Paraguay y viceversa que su mamá venga a la Argentina, residiendo en Paraguay, estaría de acuerdo de ir a este país aunque sea de paseo, y me dice terminantemente NO...” (fs. 319 y vta.).

Las afirmaciones referidas en el párrafo anterior efectuadas por el niño a su abogada cuya intervención le otorga -como un sujeto que goza de los mismos derechos y garantías que un adulto- un plus proteccional (art.27, Ley 26.061, 26 del CCyC), o bien las manifestaciones vertidas ante los magistrados con debido patrocinio letrado, resultan ilustrativas de la férrea negativa de T. en relación a no vivir en Paraguay y su deseo de vivir en Argentina, sin que haya cambiado de parecer a lo largo de las actuaciones y de cuyas probanzas se puede advertir que los dichos del menor son corroborados desde el principio por las conclusiones a las que arriban los profesionales que actuaron en la misma.

En efecto, se indica en el informe psicológico que realizó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF) que T. refirió *“que quiere vivir en Argentina con su papá [...] teme que [su progenitora] se lo quiera llevar a Paraguay, lugar donde refiere no querer estar”*. Se agregó que el niño sostuvo *“que en Paraguay verbalizó querer estar allá pues su abuela le habría dicho ‘olvidate de tu padre’, dando cuenta de distintos condicionamientos por parte de los adultos. ‘Me mintieron’ dirá”*. (fs. 86 vta. y 87). Por su parte la Licenciada Cabrera mencionó que el menor dijo *“estoy contento de volver a Buenos Aires, desde que vine estaba contento...si me quiero quedar acá...”* (fs. 94 vta.).

De la audiencia llevada a cabo en la sede de la Asesoría de Incapaces con T. en presencia del señor asesor de incapaces y de la perito psicóloga del Ministerio Público se desprende que el niño *“no quiere volver a la República del Paraguay, ni siquiera de vacaciones; toda vez que aquí tiene a sus abuelos paternos, tíos y primos, amigos del colegio, amigos de la Escuelita de Fútbol a la cual*

concorre. Por otra parte, lo único que relata el niño respecto [de] su pasar por la República de Paraguay es el maltrato que recibía por parte de sus compañeros de colegio, que su primo de 15 años de edad 'M.' le pegaba fuerte y con puños, y que en ocasiones se le tiraba encima y se le sentaba en la espalda lastimándolo. Agrega que su abuelo A. también le pegaba, cuando entraban a la casa o a su pieza.” (fs. 105).

Por su parte la licenciada Sichetti sostuvo que T. *“Expresó su deseo y conformidad de continuar viviendo en Argentina” (fs. 108), desprendiéndose de sus conclusiones que “...en interés del correcto desarrollo psicoafectivo y emocional del niño, resulta lo más oportuno tomar en consideración lo manifestado por el niño en cuanto a su deseo de seguir viviendo en Argentina”, “la voluntad de T. resulta genuina: quiere vivir con su padre en el lugar donde se crió...Contradecir su voluntad en este momento, pondría en riesgo su salud psicoemocional” (fs. 108 y vta.).*

También resulta elocuente lo expresado por la orientadora social del establecimiento escolar al que concurre el niño en este país, en orden a lo manifestado y actitudes asumidas por este frente al temor de volver a la República del Paraguay refiriendo la profesional -entre otras cosas- que T. se *“encontraba en un estado de angustia que no le permitía controlar sus lágrimas” (fs. 154/155).*

Finalmente, del informe psicológico que realizó la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF) surge que el menor *“Manifestó previamente [a los encuentros con la madre] expectativas, temores, deseos de verla y compartir con ella y ansiedad por ser llevado nuevamente a Paraguay, incluso si fuera con su papá. Tras la primera de las vinculaciones tuvo episodios de enuresis nocturna y encopresis, síntoma interpretado por cada familia de modo diferente, pero que da cuenta de su situación emocional de vulnerabilidad...” (fs. 238 vta.). Asimismo, se sostuvo que la insistencia del niño en recuperar sus pertenencias fue “posiblemente como un modo de asegurarse que permanecerá en Argentina” (fs. 239).*

Y en orden a la posible influencia que el padre pudo haber ejercido sobre el niño respecto a la opinión brindada en orden a su voluntad de querer vivir en Argentina, la Cámara valoró el informe psicológico de la licenciada Sichetti, quien concluyó que la voluntad del menor resultaba “*genuina*” (v. fs. 403 vta., 107/109). Asimismo, resulta ilustrativo destacar que si nos detenemos a observar las probanzas de autos se desprende de fs. 122 que ante la negativa de T. a entrar al espacio de reunión de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF) “*El progenitor lo alienta a que pueda expresarse y eventualmente permanecer solo en el box de entrevista*”, de la pericia de fs. 238/240 surge que tanto el señor R. como su hermana se han mostrado respetuosos y permeables a las indicaciones de los expertos y de fs. 320 se desprende que “*...el papá facilitó el encuentro de T. con su mamá, no reteniéndolo*”.

A todo lo expuesto sumo que los dichos de T. fueron acompañados por verbalizaciones, expresiones corporales y gráficas que los expertos interpretaron como situaciones de maltrato, angustia y temor de volver al vecino país por el trato recibido por familiares y otras personas como sus compañeros de escuela (v. fs. fs. 401 vta./402, 87 y vta., 94/95, 96/97, 105, 107/109, 238/240, 242/244); mencionando la sentencia impugnada las conclusiones arribadas por profesionales del equipo técnico del juzgado, miembros de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (SENNAF), integrante de la Asesoría de Incapaces y por la abogada del niño, en orden a situaciones de violencia padecidas por T. en Paraguay, lo que fue valorado al analizar las excepciones convencionales (v. pto. V y VI, fs. 401 vta.).

La Alzada, concluyó que se encontraba debidamente justificada la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya y último párrafo del inciso b) del artículo 11 de su par Interamericana en torno a la manifiesta oposición de T. a volver a Paraguay (fs 401 vta./403 vta.), por lo que los agravios aquí traídos no alcanzan a demostrar el yerro de tal afirmación. La queja -en definitiva- está relacionada a pruebas que entiende no

consideradas o bien vinculadas con cuestiones propias de la personalidad de cada progenitor o del conflicto de custodia que se encuentran vedadas a esta jurisdicción por corresponder a la competencia de los jueces naturales (arts. 16, 19 y ccs.CH 1980 y 15 y cc de CIRIM).

En base a lo manifestado, encuentro configurada -al igual que lo hizo la Cámara- la excepción en estudio, destacando lo expresado por la Corte Suprema de la Nación cuando sostuvo *“Que con relación a la apreciación de la opinión del infante -con edad y grado de madurez suficiente- en el marco del CH 1980, esta Corte ha señalado que ella no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, a la vez que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos. La posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar”* (conf. Fallos: 333:604; 334:913; 336:97, 458 y 335:1559)”.

Es del caso mencionar que la doctrina ha sostenido que *“El bien protegido es la salud del niño, entendida no como ausencia de enfermedad sino como estado de armonía y bienestar psicofísico. Para que opere la causal, se requiere un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. [...]. Debe recordarse que la posibilidad de peligro o la exposición a una situación intolerable deben estar estrechamente vinculados con el retorno, sin que quepa confundir la excepción con la determinación de cuál es el padre más apto para el cuidado de los niños, materia ésta que atañe a la responsabilidad parental y escapa de la limitada jurisdicción atribuida al juez argentino por el Convenio...”* (Herz Mariana, “Sustracción Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes”, Jurisprudencia Anotada a propósito de Fallos 334:913, Buenos Aires, Revista de Derecho de Familia, 2012-I, págs.18 y 19).

Ahora bien, se ha dicho que *“El error que da lugar al “absurdo” puede surgir tanto de una incorrecta valoración de los hechos de la causa (absurdo material) sea por desinterpretación de la prueba, sea por dejar de lado prueba esencial, sea por obtener erradamente conclusiones de la prueba existente, etc. Como la indebida forma de razonar del a quo (absurdo formal) violándose las básicas reglas de la lógica”* (Camps, Carlos Enrique *“Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, Anotado. Comentado y Concordado”*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, Tomo I, p. 514).

Así, a la luz de lo expuesto, a la hora de ponderar la opinión del niño para configurar la excepción contemplada en el artículo 13, inciso b, punto 2 de la Convención de La Haya y último párrafo del inciso b) del artículo 11 de su par Interamericana, el decisorio no ha incurrido en absurda valoración de la prueba, ni ha aplicado erróneamente la Convención de La Haya, su par interamericana, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, valorando fundamentalmente su superior interés conforme su edad y grado de madurez (arts. 3 y 12 de la CIDN, 3, 24 y 27 de la ley 26.061, 4 de ley 13.298, 639 del C.C. y C. y 384 del CPCC).

V) Sin perjuicio de lo dictaminado y en virtud de hallarse comprometidos derechos fundamentales de un menor -en particular el derecho a la protección de su integridad psico-física (art.19 y ccs. CDN)-, cuya consideración primordial impone la necesidad de potenciar el proceso hasta el máximo de su instrumentalidad (conf. art 4 y ccs. CDN y SCBA C. 104.149, sent. del 15-7-2009 e.o.), estimo prudente propiciar a ese Alto Tribunal que en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C. 90.868, sent. del 15-12-2004) y sin desmedro de la audiencia que se designe de conformidad con la práctica habitual de esa Corte a fin de tomar conocimiento personal y directo del niño, se ordene de estimarse, en su caso, pertinente y adecuado, como medida para mejor proveer la realización de pericia psicológica (arts. 36 inciso 2, 471, 473 y ccs. CPCC) en la persona de T., con el objeto de profundizar su opinión y consecuentemente la verificación en la especie de la excepción convencional.

VI. En base a todo lo expuesto y con el alcance aquí brindado entiendo corresponde rechazar la restitución planteada respecto del niño T. a la República del Paraguay.

La Plata, 23 de septiembre de 2019.

Julio M. Conte-Grand
Procurador General



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

DICTAMEN: 123.362-1

“C., M. F. y otros s/ materia a categorizar” , fecha: 20/02/2020

Art. 558 “in-fine” del CC y C. Triple filiación. Sistema binario. Vinculo filial. Derecho comparado. Constitución Nacional. Interés superior del menor.



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

C123.362 "C., M. F. y
otros s/ materia a categorizar"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial Mar del Plata, en fecha 20 de diciembre de 2018, revocó la decisión de grado que declaró la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial y, en consecuencia, hizo lugar a la triple filiación peticionada (fs. 3 58/7 1).

Contra tal decisión se alzaron los peticionantes M. F. C., J. C., y C. S. S., y la representante del Ministerio Público Tutelar, Dra. Silvia Fernández, a través de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y doctrina legal obrantes a fs. 375/99 y 402/19, concedidos a fs. 420/vta. y 422/vta., respectivamente.

II. De los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

i-Ambos recurrentes centran sus agravios en considerar que la decisión impugnada vulnera los derechos constitucionales de A. a la identidad, a la identificación, al debido y completo emplazamiento sin discriminación, a la vida familiar, a no ser discriminada por la condición de sus progenitores, a la protección especial, a ser escuchada y a que su opinión sea debidamente tenida en cuenta y a la consideración del principio de su interés superior (arts. 16, 19, 33 y 75 inc. 22 Constitución Nacional; 17 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos; 2, 3, 7, 8, 9, 16 y 18 Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado y Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; artículos 5 y 6 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 2 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 2, 3, 26, 558, 560, 562 y ccs., 639 inc d), 706, 707

C.C. y C.; 1, 2, 3, 4, 7, 10, 11, 12 y 13 de la ley 26061; 3 y 4 de la ley 13298". También citan los precedentes de la CIDH "Fomerón" (2012) y "Atala Ríffo" (2012).

En primer término, los recurrentes alegan que "Este diseño institucional se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo entre la Constitución y la convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. En este paradigma los jueces cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la constitución sumada a la Convención y la ley, cuando deben resolver un caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad... Como sostuviéramos en nuestro escrito de inicio en esta causa, si bien el artículo 558 del Código Civil y Comercial prevé, en su último párrafo, la imposibilidad de la existencia de más de dos vínculos filiales, esta regla no excluye la posibilidad de que se reconozca la triple filiación en supuestos excepcionales como el presente, a la luz del plexo constitucional - convencional cobrando especial y fundamental relevancia, el derecho a la identidad dinámica de A, su interés superior y el reconocimiento de los vínculos de afecto y la voluntad procreacional de sus tres padres" (fs. 384 y 385).

En esa línea, sostienen que "...la carencia de regulación no justifica ni debe traducirse en carencia de protección jurídica o de no resolución de los conflictos que se le presentan a la judicatura, siendo que identificada la pluriparentalidad, es necesario reconocer la existencia de múltiples vínculos de filiación (Herrera, Marisa, De la Torre, Natalia, y Fernández, Silvia; *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, La Ley, 2018, p. 93)" (fs. 386).

Concretamente, se agravian por considerar que "...para resolver el interrogante el Tribunal en vez de analizar la norma a la luz del obligado diálogo de fuentes descrito en el punto anterior y considerar las constancias de la causa y la situación concreta de A., naufraga en una serie de consideraciones más propias de un Tribunal Constitucional al que se le encomienda analizar la razonabilidad de una norma en abstracto que a un poder judicial que lo que debe hacer es resolver el caso en el marco de un control de constitucionalidad difuso. El control se realiza en un caso concreto judicial, ya que no se pueden formular planteos teóricos o abstractos" (fs. 386 y vta.).

Al respecto, afirman: “No obstante, en el fallo que aquí se impugna se ha rechazado no solo la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del CCyC emanada del decisorio de la juez de primera instancia, sino que tampoco se ha indagado respecto a la segunda alternativa o propuesta de solución que construyera la doctrina para resolver la filiación en supuestos de pluriparentalidad como el de A.: la inaplicabilidad de la norma cuestionada” (fs. 390 vta.).

En particular, añaden: “El fallo aquí apelado parece confundir dos niveles de análisis en relación a la adecuación o inadecuación de la regla del doble vínculo filial a nuestro sistema constitucional: a) el análisis de la norma en abstracto, es decir, la posibilidad de pensar en un sistema de derecho filial que recepte la pluriparentalidad de modo genérico y b) el análisis de la norma en concreto, es decir, aplicada al caso de A. y sus padres. La sentencia en ninguno de sus extractos se refiere al punto referenciado. c). A. está invisibilizada y su interés superior siquiera fue considerado (fs. 387).

Sobre este punto, señalan: “La sentencia que aquí se cuestiona, no se encuentra razonablemente fundada (en función del art 3 del CCyC) en tanto no resuelve el caso en concreto al prescindir del interés superior de A., al no dar el tratamiento adecuado a la controversia existente de conformidad con lo alegado y probado en marras y la normativa aplicable al caso (conf art. 1, 2 y 3 del CCyC); en otras palabras se carece de una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias concretas de la causa. El interés superior de A. se advierte clara y expresamente a lo largo de estos actuados y ha pasado desapercibido e invisibilizado para la alzada. Prueba de ello es la documental agregada a fs. 45/73, las fotografías de fs. 153/59 y 196/8 que traducen el transcurrir de la vida y continuidad, en el marco de la familia pluriparental que formamos, en los informes de la perito psicóloga y trabajadora social del juzgado...como así también en las actas de declaración testimonial...como en las actas de audiencia de contacto celebradas, en el dictamen de la Asesora de Incapaces y en la sentencia de primera instancia (fs. 396 y vta.).

También puntualizan: “...el tribunal ha incumplido con la obligación de dejar patente que el interés superior de A. ha sido una consideración primordial para rechazar

el reconocimiento de la triple filiación: ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido a la decisión” (fs. 397).

En segundo lugar, impugnan el control de constitucionalidad/ convencionalidad efectuado por la alzada en autos sobre la base de considerar que la Cámara ha omitido considerar que el Código Civil y Comercial de la Nación ha derogado el espíritu o la voluntad del legislador como fuente válida de interpretación de las normas (art 3 CCyC), la improcedencia de los argumentos de autoridad desplegados por la alzada en oportunidad de citar las opiniones doctrinarias vertidas por las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Herrera, por considerar que la misma ha sido desactualizada, y por último, por considerar la decisión de desplazar el ámbito de la discusión para que se desarrolle en un marco más amplio y no acotado al caso de autos, omite considerar que “sus padres por sí y en representación de A. no se acercaron a la justicia para que a través de una sentencia los jueces modifiquen el sistema filial argentino, se acercaron para que les dé una respuesta razonable fundada que atienda al interés superior de su hija y contemple su realidad familiar y socioafectiva” (fs. 387/388).

En sustento de lo expuesto, señalan que la Dra. Kemelmajer de Carlucci “se ha pronunciado a favor del reconocimiento de la triple filiación por vía de una interpretación sistémica de todo el Código Civil y Comercial, en particular de los artículos 1 y 2 del Título Preliminar (www.jndebahiablanca2015.com/conclusiones, compulsada el 19/2/2019” y que, la Dra. Herrera, en oportunidad de comentar el fallo aquí analizado sostuvo: “¿Acaso es posible sostenerse, a priori y en abstracto, que tres es peor o menos beneficiosos para un niño que dos o un vínculo filial? Precisamente, si algo es claro en las relaciones de familia es que no se puede arribar a este tipo de afirmaciones numéricas y, por lo tanto rígidas, alejadas del análisis de los vínculos afectivos en cada caso. En esta tónica, es dable recordar que el interés superior del niño debe ser desentrañado de manera individual, tal como lo establece de manera clara la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño focalizado en este principio rector” (Herrera Marisa, “Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, RDF 85, 10/7/2018, p.149, cita online AP/DOC/353/2018)” (fs. 387/88).

En la misma línea argumentativa agregan las conclusiones elaboradas en el marco del Congreso Internacional de Derechos de las Familias, Infancias y Adolescencia celebrado en la ciudad de Mendoza los días 9 y 10 de agosto de 2018, entre las que mencionan: 'a) admitir el desplazamiento de la regla del doble vínculo cuando la historia de vida lo amerite sobre la base de los artículos 1 a 3 del Código Civil y Comercial de la Nación, b) posibilitar la viabilidad de la triple filiación cuando la realidad de los hechos lo exige y, sobre todo –aunque no de manera exclusiva– en lo que respecta a la filiación por THRA; c) valorizar la socioafectividad como categoría conceptual comprensiva de aquellos vínculos significativos que encuentran a su fuente en el afecto' (fs. 392 vta.).

En igual sentido afirman "En sintonía con estas conclusiones la doctrina más actual ha sido conteste en la necesidad de reconocer la triple filiación siempre que esta resulte la solución más beneficiosa para el niño... Más aun, en el ámbito del poder legislativo, con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se ha presentado en la Honorable Cámara Diputados de la Nación, un proyecto de ley que entre otras propuestas, propone modificar el art. 558 del CCyC y la regla del doble vínculo, admitiendo la pluriparentalidad" (fs. 393 y vta).

Siguiendo el mismo razonamiento, destacan que: "en este contexto, es al menos sintomático que los únicos que sean opuestos al reconocimiento de la triple filiación de nuestra hija A. sean operadores no especializados en familia –Cámara no especializada y Fiscal General–. Como contracara, no sería casual que la psicóloga, la trabajadora social, la asesora de menores y la magistrada del juzgado de familia, con versación y especialidad en la temática, hayan coincidido en que lo más beneficiosos en este caso es el reconocimiento de la filiación de A." (fs. 384 vta.).

En tercer lugar, alegan: "Cabe recordar que tanto la vigencia del código derogado como en el marco del CCyC vigente se han presentado diferentes casos de solicitudes –administrativas y judiciales– con el objeto de lograr el reconocimiento de la existencia de más de dos vínculos filiales respecto de un mismo niño o niña, más particularmente, se han presentado otros casos que involucran supuestos de triple filiación. Destacándose que los casos más frecuentes involucran casos de THRA en el marco de

parejas del mismo sexo y que muchos de estos aún esperan una solución definitiva de la justicia (disposición 2062/2015, Dirección Provincial del Registro de las Personas, Provincia de Buenos Aires, AR/LEG/8C35; TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7/7/2017; “J.P.R. y otros c/GCBA y otros s/ amparo s/ conflicto de competencia”, disponible en <http://ar.viex.com/vid/j-p-rc-691052933>, compulsado el 20/2/2019; Juzg. Cont., Administrativo y Trib., 7/7/2017, “F.E.F. c GCB s/ amparo, inédito, sentencia no firme). Para culminar, es dable recordar que con posterioridad a la entrada en vigencia del C.C.y C., ya se ha dictado un fallo reconociendo la triple filiación de una niña en el marco de una filiación adoptiva – sentencia firme. Se trata del caso resuelto por el juzgado de familia nro. 4 de La Plata, en una resolución que observa una sentencia originaria y su ampliatoria, en fecha 20/2/2017 y 6/3/2027, “JM s/ adopción acciones vinculadas” (fs. 393vta. y 394).

En cuarto y último lugar, sostienen que “la sentencia impugnada omitió resolver una cuestión primordial ¿quiénes son los padres de A.?” Al respecto, sostienen lo siguiente: “Pese a lo sostenido por la Cámara el objeto último de nuestra petición no es la invalidación de una norma sino el reconocimiento de la triple filiación de nuestra hija A” (fs. 397). Concretamente consideran que “Si la justicia en un mismo escrito afirma que no es posible reconocer su triple filiación...y al mismo tiempo asevera que ‘no es tarea de la magistratura pronunciarse sobre quién/es deben figurar como progenitores, sino si es factible que las tres personas lo sean simultáneamente’: ¿cuál es la solución para nuestra hija? ¿dónde queda su interés superior? Cuestionan la decisión de la judicatura de evitar expedirse respecto de cuál o cuáles de esos vínculos han de acceder a la inscripción, en tanto dicho asunto no ha sido sometido a la decisión ni media confrontación de intereses que haya motivado al intervención estatal” (fs. 397 vta.).

ii.- Por su parte, la representante del Ministerio Público Tutelar sostiene, en primer lugar, “que la sentencia ha confundido la generalidad de la regla establecida en el art. 558 del CCyC con la aplicación en concreto del conflicto planteado en autos...Sobre el particular y analizada en su totalidad la fundamentación de la abzada, se advierte que la pregunta se encuentra formulada en forma errónea: el foco de ataque convencional constitucional en el presente no finca en un valoración abstracta y genérica del art. 558 del

CCyC, sino en su aplicabilidad en el caso concreto, a la luz de los derechos constitucionales comprometidos” (fs. 406/7).

En particular alega: “...el Estado Argentino no puede invocar la existencia de una regla legal como la incluida en el art. 558 del CCyC para obviar y desconocer los derechos a la identidad, a la identificación, a la vida familiar, protección de injerencias, no discriminación e interés superior del niño, de la niña A C., si los mismos se ven conculcados –como sostengo–por la aplicación mecánica de la norma” (fs. 404).

En relación con el derecho a la identidad de la niña agrega: “...lo resuelto así supone un obstáculo a la conformación familiar en el caso de autos en tanto niega el acceso a la identidad familiar de la niña en su doble vertiente, estática y dinámica y su derecho a la protección de las relaciones familiares, escudándose en la simple observancia de la legalidad civil en una materia permanentemente conmocionada por el respeto cada vez más creciente al autonomía personal y familiar –tal como dan cuenta los precedentes existentes en el derecho familiar comparado–, que son explicitados por los recurrentes en su memorial” (fs. 408 y vta.).

En segundo lugar, afirma que la decisión cuestionada implica una vulneración concreta al interés superior de la niña. En tal sentido sostiene “Con dicho argumento el Estado debería retroceder y abdicar de sus funciones de protección especial (art. 19 CADH, OC 17 IDH) de derechos del niño en todos los casos en que los progenitores desplieguen ‘situaciones consolidadas’ frente a las cuales los derechos del niño quedarían naturalizados. Desde dicha tesitura los registros provinciales y los juzgados nunca debieron reconocer las inscripciones de niños nacidos de parejas homoparentales, con anterioridad a la reforma de la ley de matrimonio; con dicho argumento también sería vacua toda la jurisprudencia amenazada por esta Excma. Suprema Corte al amparo del interés superior del niño independizado de las acciones previas de los adultos, en los supuestos de situaciones afectivas consolidadas en torno a guardas de hecho cuyo reconocimiento se solicita luego de un extenso transcurso de tiempo a la justicia” (fs. 410 vta.).

Al respecto, considera que la decisión impugnada “desoye el sentido interpretativo de la noción del ‘interés superior del niño’ en los términos de la Convención de los Derechos del Niño, en particular de la Observación General nro. 14 sobre el derecho a

que su interés sea una consideración primordial. Así, en palabras del Comité de Derechos del Niño 'siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto, a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados' (fs. 411).

Sobre este punto agrega: "corresponde recordar que, con relación al caso concreto, el involucramiento de las restantes ramas disciplinarias que se reclama por la alzada para arribar a una decisión en la materia, tuvo su lugar en autos a través de la evaluación técnica aportada por el Equipo Interdisciplinario del Juzgado de Familia que se expidió en sentido favorable a la petición, aventando prejuicios subyacentes detrás de afirmaciones preconcebidas y subjetivas como las que motivaron la interposición del recurso de apelación" (fs. 406 vta.).

Asimismo, destaca lo siguiente: "Por lo demás, corresponde advertir que el presente no se trata de un caso en que la intervención de la justicia fuera requerida con antelación a llevar adelante la ejecución del proyecto parental: en esa instancia y momento era posible pronunciarse rechazando o admitiendo la posterior ejecución de dicho proyecto, pero eso no ocurrió así en el presente caso: aquí no son solo los actores sino la propia niña ya nacida de ese proyecto parental y criada bajo el mismo –al que fue ajena como afirman los señores jueces– es quien solicita el reconocimiento del estado filial que le corresponde acorde su derecho a la identidad en su sentido integral: estática y dinámica" (fs. 412).

En tercer lugar, la Asesora de Incapaces impugna la conclusión de la alzada según la cual, sostiene, se pretende subsanar la falta de reconocimiento de su derecho a la identidad mediante el reconocimiento de las relaciones basadas en la socioafectividad. Sostiene que "Con este parangón se relegan y niegan el reconocimiento del estado filial y sus consecuentes derechos legales, los que pretenden reemplazar con eventuales o hipotéticos –siempre dependientes de reconocimiento judiciales concretos y variables– derechos de menor entidad, amplitud y efectos, como lo son los derechos fundados en la afectividad... Este ministerio no puede compartir una postura semejante que implicaría renunciar en nombre y representación de la niña a la consecución de derechos plenos e integrales de los que ella es

titular, derivados del estado de familia. Resulta innecesario explicitar a VVEE la diferencia entre los derechos derivados de los artículos 646, 648 y 652 C.C.y.C. frente al 555 (aplicable por analogía en la interpretación propuesta por los magistrados); o el derecho alimentario amplísimo en los términos de los artículos 658, 659, 661, 662, 663 CCyC frente al art. 676 – derechos alimentarios del progenitor afín–; a su turno, la identidad registral e identificación – a nivel de los apellidos que aportará– también sería diversa en uno u otro caso; a su turno, la vocación sucesoria en el marco de una protección legítima – art. 2424, 2426, 2444, 2445 CCyC– frente a una eventual vocación testamentaria –art 2462– eminentemente revocable y atacable por inoficiosidad por parte interesada. Finalmente, en cada uno de los supuestos difieren pues se amplifican o restringen los vínculos jurídicos con el resto de la familia ampliada de cada uno de los progenitores conforme revistan el carácter o no de parientes, implicando ello correlativas obligaciones alimentarias, de comunicación, derecho sucesorios, etc...Queda claro que no es lo mismo desde el plano jurídico –no ya el voluntarista ni subjetivo– ser ‘hijo’, ostentar título de estado filial ...Que en cambio, ser reconocido en la esfera de un interés legítimo como ‘hijo afectivo’, ‘hijo del corazón’ o ‘relación socioafectiva’. El reconocimiento que en el presente se encuentra en juego es el reconocimiento jurídico, no afectivo: este último ya existe en la vida cotidiana de A. sin necesidad de que ningún juez lo reconozca” (fs. 412 y 413).

En cuarto término, la representante del Ministerio Público Tutelar sostiene lo siguiente: “Finalmente la sentencia ha conculcado el derecho a la niña a ser oída (art. 12 CDN, arts. 26, 707, C.C.yC., Observación General nro. 12 del Comité de Derechos del niño)... A. se ha expresado en esta causa, conforme su rango etario, forma y modalidades acordes al mismo, en sentido convalidatorio y ratificatorio de la petición esbozada por los adultos ... En cada audiencia en que la niña estuvo presente –en la instancia de grado y en la alzada–se manifestó en el marco de roles claramente estructurados y contruidos por ella y en conjunto con los adultos acordes a una triple parentalidad. A la fecha, previo a la presentación de este recurso extraordinario, procedí a citarla a fin de tomar nuevo contacto personal y conocer de su situación actual: a partir de este contacto personal he podido apreciar que sus ya advertidas expresiones afectivas, gestuales, corporales, devienen

complementadas con el recurso de la palabra, tratándose de una niña próxima a cumplir los tres años de edad” (fs. 413 vta. y 414 y vta.).

Destaca, además, las conclusiones de los informes ambientales y psicológicos, en los que se sostuvo que “hacia el interior del grupo familiar el cuidado de A. se redistribuye de manera equitativa sin distinción de género lo que hace visible la solidaridad y el respeto mutuo y el desarrollo de A. mediante un vínculo estable-seguro que ante el observador pone en evidencia el alto grado de responsabilidad asumido por los tres adultos en cuanto al ejercicio [...] En cuanto a la niña, el presente diseño familiar, al momento resulta favorecedor de su crecimiento...por la dinámica que el grupo familiar plantea, no parece posible la existencia de un impacto en alguna etapa vital en particular de la niña, ya que se trata de un estilo familiar que la sitúa y la aloja desde mucho antes de su nacimiento... No es para ella un secreto a develar en una oportunidad puntual. Es decir, no hay trauma posible” (fs. 414 vta. y 415).

Por último, al igual que los peticionantes, la Asesora de Incapaces se agravia contra el tramo de la decisión que sostuvo que no resultaba labor de la judicatura expedirse respecto de la determinación del vínculo que debía completar la inscripción de la niña, por considerar que ello sí resultaba comprendido en el objeto de autos dirigido a asegurar el derecho de la niña a acceder a su identificación registral plena, de conformidad con el proyecto pluriparental (fs. 410).

III. ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS FORMULADOS

i.- Una detenida lectura de los agravios traídos y de la sentencia impugnada conduce, en primer término, a analizar una cuestión preliminar: si resulta necesario, o no, la declaración de inconstitucionalidad para inaplicar la regla que establece el doble vínculo filial.

Ello, debido a que los agravios centrados en impugnar la aplicación de la norma al caso con fundamento en el deber del juez de resolver el caso concreto del modo que resulte más beneficioso para la niña –de conformidad con la prueba producida y los derechos

fundamentales en juego—, soslayan el punto de partida del razonamiento desplegado por la alzada departamental: la cuestión vinculada con su validez constitucional.

En efecto, la sentencia impugnada establece en primer lugar que: “...Definida en esos términos la cuestión radica entonces en dilucidar si, en el sub lite, lo consignado en el artículo 558 in fine del Código Civil y Comercial exhibe un grado de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta que descalifica en su confrontación con el bloque de constitucionalidad. En esa tesitura, la incompatibilidad del precepto ha de ser de tal entidad que sólo procederá invalidarlo en el supuesto de comprobarse una oposición tajante con aquel plexo que se traduzca en una violación concreta de derechos y garantías amparados. En palabras de la Corte “La declaración de inconstitucionalidad es –según conocida doctrina de este Tribunal– 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” (CSJN, Fallos 324:3219; 247:121; etc.). Entiendo que lo antedicho constituye el nudo del problema y su análisis desplaza el estudio de otras cuestiones articuladas. Por ende, a continuación me concentraré en sus ejes, obviando examinar los agravios que estimo irrelevantes” (fs. 363).

Observo que la alzada efectuó un desarrollo adecuado a las pautas establecidas por el Máximo Tribunal de la Nación para el control de constitucionalidad, entre las que destacó “...a) la presunción de constitucionalidad que ostentan las leyes (con la consecuente necesidad de acreditación por el interesado de una violación palmaria de derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento constitucional); el carácter de última ratio que reviste la declaración de inconstitucionalidad como potestad de los jueces, y la indefectible demostración de un gravamen directo e inmediato derivado de su concreta aplicación. En alusión a lo expuesto se ha señalado la limitación autoimpuesta por la Corte a partir de la doctrina de la incompatibilidad inconciliable, estableciendo como regla que el control solo debe ser ejercido cuando la repulsa que se invoca con la cláusula constitucional es manifiesta y la imposibilidad de adecuación absoluta, debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad... Con relación al último requisito que he indicado, los ministros

de Corte han coincidido en que una declaración de tal gravedad impone a quien la reclama probar de modo contundente el modo en que la ley cuestionada se contrapone con la Constitución y le ocasiona un gravamen, con el consiguiente deber de precisar el perjuicio inmediato y directo que genera su aplicación para los derechos que se afirman vulnerados..” (fs. 363/364 y vta.).

En esta línea de razonamiento, destacaron que las normas protectorias de los derechos de los niños y de las familias incorporadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos no establecieron ninguna disposición referida al número de filiaciones y que, por ello, en oportunidad de sancionarse el Código Civil y Comercial, el legislador, en ejercicio de su facultades y en procura de adecuarse de manera expresa a las reglas y principios derivados de los convenios internacionales de derechos humanos, estableció un límite al ejercicio de la autonomía en el ámbito de las relaciones de familia a través de las normas que integran el concepto de orden público familiar, entre las que cabe reconocer las cuestiones vinculadas con la determinación de la filiación (fs. 364 vta./366).

En consecuencia, sostuvieron los magistrados: “Enhebrando las ideas precedentes interpreto que, puesto que los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad no fijan condiciones, requisitos o presupuestos a los que la legislación interna deba adecuarse con relación a las inscripciones filiales, sin precisar el número de filiaciones posibles (ni, por consiguiente, la cantidad de emplazamientos en calidad de progenitores respecto de una persona), es evidente que esa materia que afecta un aspecto trascendente del derecho de familia, queda reservada al Legislador, quien, en ejercicio del mandato que le ha sido encomendado, está habilitado para regularla, sin que tal circunstancia implique vulneración del orden constitucional/convencional en la medida en que las convenciones no prohíben o inhiben dicha posibilidad... En ese orden de cosas, aparece como la consecuencia del legítimo ejercicio de esa facultad legislativa para fijar un orden posible, respetando esa esfera configurada por concepciones éticas, filosóficas, políticas, económicas, etc. de una sociedad que conforman el orden público familiar en un momento y lugar determinado; lo que supone de por sí su carácter dinámico y mudable en tiempo y espacio. Considerando la ratificación expresa de la regla antedicha a pesar de los innumerables cambios

operados con la reforma radical del nuevo ordenamiento civil y comercial, entiendo que esa máxima filial continúa rigiendo en el derecho argentino, siendo parte del orden público vigente en el actual momento histórico” (fs. 366 vta.).

A mayor abundamiento, con apoyo en las razones esgrimidas por la Dra. Kemelmajer de Carlucci para justificar la incorporación de la filiación binaria, señalaron que “Concuerdo con la necesidad de realizar un examen detenido en el que intervengan múltiples miradas para examinar una cuestión de innegable repercusión, sin que el enfoque unidimensional de quienes se desempeñan en el ámbito jurisdiccional resulte suficiente para su esclarecimiento. Esa circunstancia me lleva a inclinarme por la improcedencia del desplazamiento de una pauta que, a pesar de todas las modificaciones introducidas, fue revalidada categóricamente en la última reforma” (fs. 367 vta.).

A ello añadieron un argumento cronológico: “Aún cuando ese criterio no está exento de reparos (pues es factible que una norma asome desde su nacimiento como contraria al orden constitucional), es indudable que la cercanía temporal en el estudio legislativo del tema y la reafirmación de la regla que gobernaba el sistema es un argumento de peso que merece ser ponderada y que, en alguna medida, robustece el estándar de presunción de constitucionalidad, al tiempo que agrava la necesidad de acreditación de los recaudos exigibles para su invalidación” (fs. 368).

En virtud de ello, concluyeron que: “En síntesis el número de dos progenitores aparece como alternativa razonable en el contexto de nuestra legislación. Ese límite se extiende a las tres fuentes filiales. Así lo establece la propia norma, al consignar que el máximo de vínculos filiatorios por persona se reduce a dos ‘cualquiera que se la naturaleza de la filiación’ (art. 558, in fine)...Consecuencia de lo anterior, es que, sin perjuicio de la cantidad de personas que hayan manifestado su voluntad procreacional, esa circunstancia es inhábil para quebrar la regla y acceder a una inscripción de más de dos ligámenes, esta es la respuesta admitida por amplio consenso en la mayoría de los países que regulan las THRA manteniendo el principio binario [...] En fin, las circunstancias de que se limite a dos personas el vínculo filial no puede ser considerado contrario a ningún derecho de índole constitucional en concreto. Es evidente que en la decisión del legislador de fijar dos y no otro número han pesado cuestiones

sociológicas, jurídicas y valorativas que escapan al control judicial de validez de la ley. De otro modo (y desde otra perspectiva) el día de mañana podría cuestionarse cualquier número que fije el legislador. Ello implicaría señalar que, lo que es inconstitucional, es que el legislador fije la estructura básica de la familia, lo que me parece un exceso... En conclusión, y respecto a este aspecto puntual, quienes promovieron la pretensión no han logrado justificar y menos acreditar que el legislador carezca de atribuciones para fijar un número, ni que el establecido fuera groseramente inconstitucional” (fs. 368 y 369 y vta.).

ii.- Antecedentes en el derecho comparado

En referencia al derecho extranjero, debe meritarse que la multiparentalidad o pluriparentalidad ha sido reconocida hasta el momento sólo en tres países: algunas provincias de Canadá, el Estado norteamericano de California y Brasil.

En Canadá, el derecho distingue entre “multiparentalilé” y “pluriparenté”. La multiparentalidad tiene que ver con lo que el derecho argentino ya reconoce en figuras alternativas a la paternidad como el progenitor afin: es el reconocimiento del rol de terceros en la crianza del niño en forma análoga al parentesco.

En cuanto a la “multiparenté” o “pluriparenté”, Quebec, fuente de nuestro derecho en muchos aspectos, no la admite. En cambio, la provincia de Ontario aceptó en un fallo de 2007 que un niño pudiera tener dos madres (la madre biológica y su cónyuge) y un padre (el progenitor biológico) (Fallo A.A. v. B.B., 2007 ONCA 2 (CanLII) Cfr. <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2007/2007onca2/2007onca2.htm?autocompleteStr=A.A.%20v.%20B.B.&autocompletePos=1>).

Posteriormente, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de Uniformidad legal del Canadá del año 2010, Ontario transformó el fallo en legislación en el año 2016 (“All Families Are Equal Act, SO 2016, c. 23 (Bill 28)”, (<https://www.ontario.ca/laws/statute/s16023>).

Es interesante advertir que en dicha norma el reclamo de paternidad sólo puede hacerse habiendo declarado todas las personas que desean ser padres la intención de serlo antes de la concepción, y, si no se hizo en ese momento, desde el nacimiento y hasta el

primer cumpleaños del niño. La declaración de paternidad de los padres adicionales no tiene efectos retroactivos personales o patrimoniales con fecha previa a la declaración.

Asimismo, el caso del fallo de Canadá que dio origen a la ley tiene importantes diferencias incluso con nuestro derecho: se trataba de la pareja de dos madres que había constituido previamente una unión civil y que tenía una duración previa de 8 años. En el sistema jurídico de Ontario no era posible la adopción abierta (a diferencia de lo que ocurre en Argentina, en donde ésta es posible), ni tampoco existía la posibilidad del reconocimiento del progenitor biológico o de la acción de determinación de la paternidad o maternidad (como, a diferencia de dicho sistema, resulta posible en Argentina con la adopción de integración, en la que el reconocimiento o la acción de reclamación de la paternidad del padre biológico se permiten). Sería viable que se establezca la paternidad biológica de ambos progenitores biológicos y que aquel que no tenga vínculo biológico adopte por integración, lo que sería más conforme con el derecho a la identidad del niño que se preconiza respetar.

Por otro lado, en el caso de la provincia de la Columbia Británica existe una ley que regula la multiparentalidad (ver: <https://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/sbc-2011-c-25/latest/sbc-2011-c-25.html?resultIndex=2>) En este modelo la pluriparentalidad debe tener lugar si media un acuerdo previo de todas las partes en las que declaran la intención de ser padres del niño (art. 30 y ss). Es interesante advertir que, en ese modelo, toda la regulación de la determinación de la paternidad está sujeta a un detallado escrutinio en orden a la verificación del interés del niño en el caso concreto: la salud del niño física y emocional, la escucha del niño, la naturaleza y fortaleza del niño con las personas significativas en su vida, y si esas relaciones podrán ser respetadas; la historia del cuidado del niño, la necesidad de estabilidad del cuidado del niño, especialmente considerando su edad y etapa evolutiva, la habilidad de cada una de las personas involucradas que buscan obtener responsabilidad parental para ejercer esas responsabilidades, el impacto de cualquier forma de violencia en la familia, la seguridad vincular de los miembros de esa familia o de los parientes, el impacto de esa decisión en otros miembros de la familia; si existen antecedentes penales o civiles de los que pretenden el ejercicio de la paternidad, que puedan eventualmente tener impacto en el ejercicio de esas responsabilidades. A tal fin, debe redactarse un plan de

DICTAMEN: 123.362-1

parentalidad y el juez debe declarar la orden de parentalidad. Vale decir, dependen del deseo de ocupar el rol parental, pero ese deseo se somete a un escrutinio más estricto que otras formas de parentalidad.

En el caso de California, la regulación también es significativa, ya que la ley “SB-274 Family law: parentage: child custody and support.” (https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billCompareClient.xhtml?bill_id=201320140SB274), según la reforma del 25 de noviembre de 2013, estableció que en “casos raros” la designación del otro padre sólo procede si esa sentencia de paternidad o maternidad no se produjera, y ello implicase un riesgo de separación de los padres respecto de ese niño; circunstancia que no se encuentra acreditada en el caso de autos. Se observa que los tribunales han sido remisos a la aplicación de la mentada previsión.

Finalmente, Brasil regula en su nuevo Código Civil y Comercial la “filiação de outro origem”, que incluye la filiación socioafectiva.

Allí, el Consejo Nacional de Justicia emitió un proveído acerca del reconocimiento irrevocable de filiación socioafectiva (que puede implicar multiparentalidad). Específicamente, considera que, al igual que en la adopción, el niño de 12 años debe consentir o puede rechazar ese reconocimiento. Cabe la duda de si el niño, llegado a esa edad, puede impugnar la parentalidad impuesta por sentencia judicial, poniendo en duda así el derecho de los padres de imponerle esquemas de paternidad múltiple cuando todavía no tiene facultad de consentirlos, y, sobre todo, no resulta claro si tendrá medios impugnativos.

Estas cuestiones se deberían resolver, en todo caso, por intermedio de la actividad legislativa, previendo equilibrios y asegurando el principio de igualdad proporcional de todas las filiaciones. La regla de la binariedad en el derecho brasileño se expresa en forma sexuada y queda consagrada en el Art. 14 de dicho proveído, que reza como sigue:

“Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”, que podría traducirse como:

“El reconocimiento de la paternidad socioafectiva solamente podrá ser realizado de forma unilateral y no implicará el registro de más de dos padres y dos madres en el campo de la filiación en el asiento del nacimiento”. Es decir, no podría haber tres hombres o tres mujeres. En última instancia se esconde un reconocimiento a la regla de la bipartición sexual.

Además, en un parecer emitido por la “Ordem dos Advogados” de San Pablo respecto de la multiparentalidad, la recomendación es que la regla sea la cautela y la excepcionalidad, previo analizar cuidadosamente las circunstancias fácticas de cada caso. Principalmente, se recomienda que antes de aplicar se regule, debido a la incertidumbre respecto a las proyecciones patrimoniales y personales del establecimiento de una parentalidad múltiple.

Por otro lado, puede citarse el proyecto de ley que los Países Bajos discute desde el año 2016, que fuera nuevamente rechazado en el mes de julio de 2019. Se argumenta que las implicancias antropológicas son demasiado profundas y que todavía no hay estudios que permitan asegurar que el bienestar del niño será suficientemente asegurado si se reconocen jurídicamente a varios sujetos simultáneamente el estatuto de padres.

iii.- De la reseña precedente surge el rechazo generalizado del derecho comparado a la paternidad múltiple, fuera del ámbito de la hipótesis adoptiva, cuando ésta se regula en forma abierta. Ni siquiera el Estado de California, innovador en materia legislativa, acepta el triple vínculo filiatorio salvo que haya riesgo de separación del niño del otro padre, si éste no es reconocido.

Vale resaltar que la clave de la legislación es el derecho subjetivo del niño a la familia y al estado de familia que de ella se deriva. Ese estado de familia requiere estabilidad y seguridad jurídica. Si es un derecho subjetivo del niño y la composición y certeza de esos derechos no requiere un tercer progenitor, no se advierte cuál pueda ser el beneficio para el niño. En este sentido, resulta esencial distinguir si la triple parentalidad es un derecho subjetivo de los que pretenden ser progenitores, o lo es del niño y no confundir un derecho con el otro.

Las soluciones aportadas por nuestro país protegen al niño, quien puede tener claro con cuál progenitor tiene vínculo biológico y con cuál un vínculo socioafectivo, porque

ello implica respetar la verdad biológica e identitaria. El vínculo socioafectivo que genera la paternidad por adopción no es menos valioso; la adopción es uno de los vínculos filiatorios más nobles del derecho argentino. Más aún, Argentina tiene la figura del progenitor afín que implica un modelo de contribución a la crianza, sin necesidad de perturbar el vínculo parental del niño. También ha regulado la delegación de la responsabilidad parental para casos puntuales. Es decir que, nuestro país, es muy rico en el reconocimiento de figuras que acogen como valiosa la socioafectividad.

En el caso de *marra*, el reclamo de la paternidad pareciera ser más una pretensión de los adultos que un derecho subjetivo de la niña. Observo que se encuentra debidamente probado que *A.*, en el estado actual de las circunstancias, está correctamente integrada y sus necesidades afectivas y personales se encuentran satisfechas. No se ha acreditado que la niña corra riesgo alguno en el caso de que el tribunal no reconozca un tercer progenitor. Tampoco se ha probado que el reconocimiento de la triple parentalidad resulte un beneficio para la menor. Los argumentos en este sentido resultan meramente hipotéticos y teóricos. Sólo se demostró que sin el reconocimiento de la triple parentalidad, *A.* disfruta de una "pluriparentalidad" con vínculos cuasiparentales beneficiosos, y no que necesita estrictamente de una multipaternidad, para tomar los conceptos de la doctrina canadiense (ver también BAINHAM, Andrew, "Parentage, parenthood and parental responsibility, subtle yet important distinctions", en "What is a parent? A Socio-Legal Analysis, Hart Publishing, 1999, p. 25-46).

Como sostuvo el antropólogo cultural francés Maurice Godelier, en su libro sobre las metamorfosis de la familia (GODELLIER, Maurice, *Metamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard, 2004), ningún niño de la especie humana se hace sólo de a dos. En todo momento de la historia, la paternidad y maternidad se inscriben en un tejido cultural y social que las sostiene. La pluriparentalidad no tiene nada de nuevo, a diferencia de quienes la asocian con los nuevos modelos familiares. Ni siquiera es nueva la paternidad de dos hombres, dos mujeres o varias mujeres y varios hombres. Es decir, la multiparentalidad es volver a modelos de crianza que el derecho contemporáneo intentó superar a través del principio de coparentalidad, valorando los derechos de los niños a que se respeten en la medida de lo

posible todos los elementos de su identidad; y que no haya una identidad difícil de reconstruir para el niño, porque su fragmentación sea tal que el niño deba construir, para ser resiliente, una estrategia de composición de las figuras parentales, sobre todo, cuando ello no es necesario. Desde luego, existen también tribus en Asia y África en donde los niños son criados tan sólo por el linaje materno o por el grupo de mujeres que se encarga de la crianza. No obstante, todos estos ejemplos distan bastante del modelo cultural local, que también es parte del derecho a la identidad del niño (identidad cultural).

Otro desafío lo constituye indudablemente la nueva regulación de la filiación de fuente contractual y voluntaria. Si la filiación depende del contrato o de la voluntad de los padres, y, sobre todo, si ese contrato se puede celebrar antes de la concepción, se desequilibra fuertemente el principio de igualdad de derechos entre padres e hijos. Los padres pueden determinar quién es su hijo y excluir a otros posibles padres (por ejemplo, los genéticos) por vía de un contrato. Es que la autonomía de la voluntad, en relaciones en donde hay una desigualdad constitutiva, es un derecho de fuertes, sobre todo cuando la voluntad del débil la representa jurídicamente aquel bajo cuyo poder el niño se encuentra. De ahí que la ley haya querido limitar los poderes de los padres para elegir quién es su hijo, para alejarse así de la patria potestad, el modelo de autoridad paterna absoluta, en donde el niño quedaba objetivado y preso de los deseos y voluntades de su padre.

Reitero que en la especie el reconocimiento del tercer vínculo filiatorio no aparece como un derecho de la niña, sino como un derecho subjetivo de los adultos, cuando tienen la voluntad de ejercer su rol. Es muy importante clarificar esta cuestión, porque remite directamente al derecho a la igualdad y no discriminación de los niños, conforme lo prescribe el art. 2 de la CDN. Así como viene propuesto, se crea un derecho de adultos de decidir cuándo quieren hacer valer su participación en un proyecto parental de otros y pedir que se les reconozca su rol, no como un derecho universal de las niñas, niños y adolescentes a solicitar que los adultos que participaron en el proyecto parental les provean alimentos y los beneficien con los derechos emergentes de la parentalidad, tales como los derechos hereditarios. Se trata de un derecho de adultos sujeto a la voluntad de éstos, no de un derecho de niños. Por la *ratio legis* elegida para formular ese derecho (la del derecho de adultos) no aplican en

principio el elenco de derechos de los niños, pues no es un derecho subjetivo de los mismos; sólo aplica el derecho de los adultos si resulta probado en autos que el niño sufre un perjuicio en la hipótesis de que no resulte aplicable, lo que tampoco resulta probado en la especie, porque A. se encuentra satisfactoriamente conforme a lo que surge de las pericias acompañadas.

Sentado lo expuesto, como lo reclamado en autos se funda en un derecho subjetivo de adultos, se crea una profunda desigualdad respecto de los niños cuyos proyectos parentales integran a personas ajenas a la dupla parental. Los niños cuyos proyectos parentales sean múltiples, y en los cuales sus integrantes no quieran ser reconocidos como padres, no tienen ningún derecho respecto de ellos. Es decir: si quieren ser reconocidos como tales son padres, sino no lo son, creando una visible desigualdad entre los derechos de los niños que están sujetos a estos tipos de proyectos parentales.

Por otra parte, sostener la necesidad del reconocimiento de la multiparentalidad se contradice con la regla del anonimato del donante en el uso de las TRHA, pues sólo habría multiparentalidad por elección del padre o de la madre comitente. Es decir, no parece verdadero que con la multiparentalidad se busque proteger la identidad de la menor; se busca, en rigor, proteger la autonomía de los padres en decidir quién es su hijo y quién no lo es. Tal modelo de determinación de la paternidad es contrario al modelo que propone la Convención de los Derechos del Niño, en donde la paternidad y la maternidad son indisponibles, a diferencia de lo prescripto por el derecho romano y sus evoluciones hasta el último siglo.

Ahora bien, esos roles no necesariamente deben traducirse en un estatuto jurídico. El derecho puede seleccionar legítimamente a dos sujetos que desarrollen ese rol, respetando en la medida de lo posible el vínculo biológico (cfr. art. 8, CDN), según observó el jurista inglés Andrew Bainham al analizar la nueva “ansiedad del estatuto que se da como instrumento de reconocimiento social para determinadas relaciones nuevas en el derecho de familia” (BAINHAM, Andrew “Status Anxiety? The Rush for Family Recognition”, en EBTEHAJ, Fatemeh y otros, *Kinship Matters*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 47-66).

Andrew Bainham señala que requerir el estatuto de padre es una novedad, sobre todo cuando el derecho de familia tiende a privatizarse. Supone que los sujetos que piden un estatuto civil lo hagan en función de decisiones privadas y autónomas que pretenden ser canonizadas a partir del reconocimiento estatal. Supone también una desconfianza de las estructuras internas de organización de la familia, que requieren de la fortaleza externa de la “sanción” judicial o administrativa del estado de familia.

Cabe puntualizar que esos roles, ejercidos por decisión privada, existieron desde siempre y en todas las sociedades. Hay que diferenciar entonces entre el rol de paternidad, que puede ser reconocido de varias formas por el derecho, y el estado de familia de padre o madre.

El Estado argentino, lejos de rechazar los múltiples supuestos de participación en formas diversas de parentalidad en la crianza del hijo, los recoge por ejemplo en las figuras que identifico a continuación: el referente afectivo, el tercero significativo o, incluso, el progenitor afín.

Sin embargo, por la significación jurídica y social, y por la complejidad del plexo de obligaciones y derechos que implican el estatuto de parte y su implicancia en los derechos de los niños y de terceros, elige la binariedad. Esto no significa que este modelo sea inmodificable o incambiable, pero de ocurrir tal circunstancia, debería hacerse a través de una legislación de carácter general, que pueda medir y distribuir equitativamente al considerar todas las filiaciones y las consecuencias jurídicas del establecimiento o mandato legal.

iv.- En lo que respecta al derecho al reconocimiento del estado de familia, se encuentra condicionado —tanto en el ámbito internacional como en el interno— a las formas jurídicas establecidas, que son, en el caso argentino, en nada opuestas ni a la Constitución Nacional Argentina ni a los Tratados Internacionales, todos los cuales fueron pensados sobre la matriz biparental y biologicista (conf, por ejemplo, arts. 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En todo caso, una interpretación estricta de la coherencia con el marco internacional obliga a respetar el vínculo biológico y excepcionalmente, cuando la matriz biológica sea contraria al interés del niño, separarlo de sus padres biológicos y establecer

formas de cuidado alternativo. De modo que, lejos de comprometer obligaciones internacionales, la biparentalidad es coherente con ellas. Aún más, exigiría el respeto prioritario de la matriz biológica, sin dejar de reconocer figuras alternativas que no conmuevan la paternidad biológica en carácter de referentes afectivos.

Por otra parte, como se adelantó *supra*, los recurrentes se limitaron a cuestionar la aplicación de la norma con fundamento en el deber del juez de determinar la solución más adecuada a la luz del interés superior del niño de conformidad con los derechos en juego –en especial, el derecho a la identidad–, con la contundencia de los informes elaborados por los integrantes del equipo técnico del juzgado departamental, y los demás principios aplicables; en particular, los de especialidad y el multidisciplinariedad, sin intentar conmovier, en los términos constitucionalmente exigidos, el argumento estructural de la sentencia: su validez constitucional.

Al respecto, cabe recordar que la crítica concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales del fallo es un requisito de ineludible cumplimiento para el impugnante en vía extraordinaria, por lo cual resulta insuficiente la que deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos sobre los que ella se asienta (C105698, sent.2-III-2011; C102341, sent. 29-VI-01), lo que ocurre en la especie y sella el resultado adverso del embate (SCBA, C114085, sentencia del 6/8/04).

Sin perjuicio de reconocer la prevalencia de la aplicación del principio rector del interés superior del niño, por un lado, y las amplias facultades del juez de familia –gobernado por los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, flexibilidad y oficiosidad–, por el otro, la discrecionalidad judicial encuentra un límite en la voluntad expresada por los legisladores en ejercicio de sus competencias constitucionales, como consecuencia del principio republicano de división de poderes (Lifante, Isabel, “Dos conceptos sobre Discrecionalidad jurídica”, Revista Doxa nro 25, 2002, pp. 413-439; Vega, Jesús, Doxa 41, 2018, pp.123-150, entre otros).

La prohibición de la existencia de más de dos padres se encuentra clara y contundentemente expresa en el artículo 558 del CCyC. Esa regla fue elegida aún frente a los nuevos modelos de familia. Así se señala puntualmente en los fundamentos del Proyecto del

Código Civil y Comercial: “Se mantiene el sistema binario, o sea, nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo; de allí que si alguien pretende tener vínculo con otra persona, previamente debe producirse el desplazamiento de uno de ellos”.

Sobre ese punto, la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial señaló en torno a los Fundamentos: “Se destaca en primer lugar a la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión ‘contra legem’ que origina una litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros)”.

También remarcó la citada Comisión: “A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación... De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación. Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar

la limitación derivada de una interpretación meramente exegetica y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto. También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico. Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo....”.

En virtud de lo expuesto, y en forma concordante a la solución compartida por la doctrina mayoritaria, entiendo que la cuestión debatida no puede resolverse mediante la aplicación de las reglas de interpretación “armonizadora” establecida en los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, sino que exige necesariamente un examen de constitucionalidad, como lo decidió la alzada departamental (De la Torre, Natalia, “Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?”, RD, 2015-VI, 14/12/2015, 217; Famá, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 198; Solari, Néstor, “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, DFyP 2015 (octubre), 07/10/2015, 3; Dictamen de la mayoría de la Comisión sobre identidad y Filiación de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, I, 2 y 3 de octubre de 2015, disponible en: www.jndcbahiablanca2015.com).

Señalo que el deber de los jueces de interpretar la ley teniendo en cuenta las disposiciones de derechos humanos, los principios y valores –y más allá de no resultar éstos análogamente aplicables– no permite al juzgador sustraer su actividad de los principios de uniformidad y coherencia que gobiernan el sistema de fuentes. Al respecto, se ha sostenido: “Los jueces no sólo aplican reglas sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación (laguna normativa) o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y los principios del sistema (laguna axiológica); o sea, se trata –en este segundo caso– de supuestos en los que la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo. La aplicación de principios para resolver casos concretos no puede tener lugar, sin embargo, de manera directa, pues los principios suministran sólo...razones no perentorias, razones prima facie, que tiene que ser contrastadas con otras provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación con dos fases: en la primera se convierte el principio (o los principios) en reglas: esto es a lo que en sentido estricto se lo puede llamar ponderación, luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los anteriores modelos: subsuntivo o finalista” (Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, Ariel, Barcelona, 2012, p. 168).

En palabras de V.E., “Desde una óptica más política o filosófica, el fundamento de tal observancia radica, en última instancia, en el principio kantiano de la ‘universalidad’, exigencia que subyace en toda concepción de justicia -en cuanto a su aspecto formal- de tratar de igual manera a quienes están en igual situación. Tal regla de moralidad y justicia entraña -a no dudarlo- que, frente a un mismo tipo de hecho litigioso, haya que resolver cada caso siguiendo siempre las mismas pautas y, en lo posible, de la misma manera. Pero también implica la necesidad de valorar y sopesar cuidadosamente los alcances de nuestros criterios de juzgamiento de manera de elegir aquel que, ante similares circunstancias, estaríamos dispuestos a adoptar nuevamente en el futuro como fundamento de nuestras decisiones (conf Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, traducción Manuel Atienza e Isabel

Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Madrid, pp. 261/262)” (SCBA. C119968, sentencia del 15-VII- 2015).

En otras palabras, la aplicación del interés superior del niño bajo las condiciones planteadas por los impugnantes en autos implicaría, sin más, el reconocimiento de una nueva regla de origen judicial.

Sobre esta base, podría sostenerse razonablemente que la regla del doble vínculo podría ceder bajo estas circunstancias: (1) en los casos de técnicas de reproducción humana asistida; (2) cuando se ha ya formalizado la manifestación de voluntad procreacional en la forma debida; (3) con carácter previo al nacimiento del hijo y (4) si median suficientes elementos de juicio que acrediten que el ejercicio parental por parte de quienes manifestaron su voluntad procreacional resulte beneficioso para el niño/a.

En otras palabras, la generalidad de las circunstancias fácticas esgrimidas como condición para el desplazamiento –o el solapamiento observable entre la plataforma fáctica de autos y las razones que subyacen a la regla– implica, en los hechos, la impugnación de la norma en su sentido material.

Por ello, coincido con la alzada en cuanto sostuvo que lo que aquí se discute no es el contenido de la decisión sino el órgano encargado de decidirlo (Fallos 277:25; 300:700; 335:1315).

v.- Por último, no resulta posible desconocer, como lo señalan los quejosos en sus agravios, que la cuestión aquí planteada se sitúa en el contexto de un debate más general y controvertido respecto de la determinación de los efectos jurídicos que cabe reconocer a los conceptos de voluntad procreacional y socioafectividad en el ámbito del derecho filial contemporáneo (Basset, Úrsula, “Maternidad subrogada ¿determinar la filiación por parto es contrario a los derechos humanos?; R/DOC/131172016; De la Torre, Natalia, “Pluriparentalidad. ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?”; AR/DOC/5519/201; De la Torre, Natalia- Silva, Sabrina; “Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología”; AR/DOC/4218/2017; De Lorenzi, Mariana, “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad “RDF 79, 17/05/2017,227; De Lorenzi, Mariana-Varas, María, “Familias y

pluriparentalidades. ¿Un puzle por armar?”, RDF: 87, 09/11/2018, 245; Famá, María Victoria, *Filiación por naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; La Ley, Buenos Aires, 2017, pp.186-199; Ferrer-Riobas, Josep “Familias y pluriparentalidad en el derecho español”, AR/DOC/3174/2018; Herrera, Marisa, “ Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, AR/DOC/3141/2018; Krasnow, Adriana, “Filiación por THRA, Voluntad procreacional y socioafectividad. El afecto como fuente de derechos”, AR/DOC/3733/2018; Sambrizzi, Eduardo A., “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, LA LEY 2015-C-881, AR/DOC/1566/2015, Silva, Sabrina, “Un conflicto ¿clásico? Una respuesta excéntrica: triple filiación por naturaleza”, AR/DOC/2760/2019; Solari, Néstor, “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, AR/DOC/3209/2015).

El estado de cosas del debate doctrinario en modo alguno permite avanzar en el sentido que propone la parte recurrente, en atención a las razones desarrolladas a lo largo del presente.

En esta línea, volviendo al caso concreto, ¿qué se entiende por “interés superior de Antonia”, tantas veces expresado en los recursos en análisis? ¿Se entiende por tal el reconocimiento de más de dos vínculos filiatorios? El interés invocado así entendido queda desdibujado, máxime cuando ni siquiera se ha planteado la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación se pretende omitir en el caso. Los agravios introducidos no resultan, consecuentemente, más que una mera discrepancia de opiniones que no alcanzan para conmovir el fallo de la Alzada.

Vale recordar que conforme la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, el método que se debe seguir para evaluar y determinar el interés superior en un caso en concreto, se ajusta a los siguientes pasos: a) evaluación del interés superior del niño al caso concreto; y b) determinación del interés superior del niño en el marco de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

El supremo interés de Antonia en el caso concreto se encuentra debidamente resguardado y el principio del derecho a ser oída se ha respetado. La niña tiene padres y un

referente afectivo que la cuidan y le proveen lo necesario material y afectivamente. También A. conoce su origen.

Nada de lo resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones se aparta del derecho nacional ni internacional vigente, sino, antes bien, se lo ha aplicado y valorado detallada y debidamente según mi entender, habiéndose ajustado los magistrados a las circunstancias fácticas acreditadas en el caso bajo análisis.

IV. En virtud de las consideraciones expuestas, propicio a V.E. rechazar los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos con arreglo a los fundamentos del presente dictamen.

La Plata, 20 de febrero de 2020.



JULIO M. CONTE-GRAND
Procurador General



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

DICTAMEN: C. 123.676-1

“M., M. L. c/ V., F. L. s/ alimentos”, fecha: 22/10/2020

Interés superior del menor. Prestación alimentaria. Accesorios. Cálculo. Criterio de actualización.



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

“M., M. L. c/ V., F. L. s/ Alimentos”.

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, resolvió declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la actora; y en relación al deducido por el demandado confirmó en lo sustancial la sentencia apelada, y modificó la cuota de alimentos que se estableciera en el mencionado pronunciamiento. También dispuso revocar la pauta de actualización automática que impusiera el resolutorio de la instancia de origen (fs. 1363/1372, 1239/1248 vta., respectivamente).

Contra dicha resolución, la señora M. L. M. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que fuera concedido a fs. 1460/1460 vta. (fs. 1450/1457).

II. En dicho marco señala que en el supuesto de autos se han violentado los arts. 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Título IV, Capítulo dos “Deberes y Derechos de los Parientes” Sección Primera, art. 541, sgtes. y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación; el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución nacional; doctrina y jurisprudencia aplicables al caso.

Plantea que el resolutorio en crisis encuadra en el supuesto de sentencia “arbitraria por cuanto modifica la pauta de actualización automática establecida por el Inferior”(…)” destacando que “el Juez de primera Instancia, sin hesitación alguna, lo aplica en virtud de que entiende, que corresponde actualizar la prestación alimentaria, más allá de la voluntad de las partes; en virtud de que tanto la jurisprudencia como la doctrina protegen el derecho de las menores a no ver menguada la cuota alimentaria por un proceso inflacionario”.

Indica que la Alzada “Tampoco tiene en cuenta que al imposibilitar la actualización mencionada no puede compensarse la misma con el incremento de precios de los bienes y servicios en relación con el importe de la cuota. Teniendo en cuenta que se trata de

una cuestión alimentaria, no puede desconocerse el notorio aumento del costo de vida...”, que tiene que ver con la inflación real.

Entiende que el ajuste de la cuota alimentaria debe realizarse ponderando el sustancial aumento de los precios en general y de la canasta familiar en particular, según los datos que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC).

Alude a doctrina de la Corte donde se sostiene que “los jueces deben navegar entre la prohibición vigente de indexar y la necesidad de aggiornar las cuotas alimentarias fijadas en causas civiles”.

Enfatiza que la actualización de las cuotas alimentarias es una práctica común admitida en los tribunales con la finalidad de preservar la cuota del deterioro de su valor. Estima que de lo contrario se somete a sus hijas a procesos larguísimos e inciertos y ello implicaría no satisfacer las necesidades que poseen de forma inmediata.

Arguye que por aplicación del art. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil y Comercial, los jueces deben tener en cuenta los procesos inflacionarios por tratarse de hechos modificativos de la situación jurídica durante la sustanciación del juicio. En el mismo sentido indica que el correlativo aumento del costo de vida se trata de un hecho público y notorio por lo cual no debe ser probado.

Por otro lado sostiene que el monto fijado en la sentencia de la Cámara de pesos veinticinco mil (\$ 25.000), para las dos menores de edad a cargo de la madre en todos los aspectos -léase vivienda, educación, vestimenta, transporte, entre otros- al no ajustarse al INDEC, hoy resultaría irrisoria, ello por cuanto no alcanza a cubrir ni siquiera la escolaridad de una de ellas, dejando huérfana de la prestación alimentaria a la otra hija.

Asimismo, aduce que el crédito que tienen M. d. P. y M. L. contra su padre - el deudor de alimentos- por la manutención que ha aportado su señora madre, M. L. M., se ha licuado totalmente.

También refiere que el invocado principio de congruencia sobre el que reposó la Alzada para dejar sin efecto la actualización anual aplicando el INDEC de la cuota alimentaria que concedió el Juez de Familia, otorga supremacía al exceso de rigorismo formal

por encima de los parámetros de justicia. De tal manera afecta los principios de los arts. 16 y 18 de la Constitución nacional y premia al incumplidor.

Afirma que los alimentos quedan excluidos de la ley 23.298, por tratarse de una deuda de valor, que deriva de una relación legal cuyo fin es extra patrimonial, por lo cual no puede considerarse dentro de los supuestos de prohibición de actualización.

Finalmente después de citar jurisprudencia vinculada a la aplicación automática de la actualización de la cuota alimentaria, consigna la distinción que realiza la doctrina entre aumento y actualización de cuota alimentaria resaltando que en este último supuesto el ajuste corresponde por la necesidad de evitar los efectos negativos que produce la inflación sobre el importe de la cuota, por ello se implementan pautas de ajuste automático tomando como parámetro más adecuado el informe oficial que proporciona el INDEC sobre índices de precios al consumidor.

En definitiva, el objeto del cuestionamiento que presenta la impugnante radica en la revocación de la pauta de actualización automática de la cuota de alimentos fijada en favor de sus hijas.

III. El Código Civil y Comercial de la Nación en función de las particularidades que presentan las cuestiones relacionadas al derecho de familia, ha establecido para la resolución de los conflictos vinculados que lleguen a los estrados judiciales, principios de orden general -tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe, entre otros- y reglas que deben respetarse, expresando que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos, los jueces deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario, y en los procesos en que están involucrados niños, niñas y adolescentes deben tener en cuenta en sus decisiones el interés superior de esas personas (art. 706 Cód. Civ. Com.).

En cuanto a la responsabilidad parental -conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado-, el

mencionado cuerpo legal estipula que se rige por: a) el interés superior del niño, b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez (arts. 638 y 639 Cód. Civ. Com.). En la misma línea el art. 7 de la ley 26.061, en lo pertinente, indica: “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

De allí que el deber de alimentos destinado a la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio “están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado” (art. 646 “a” y específicamente en el art. 658, 659 sptes. y concs. Cód. Civ. Com.).

Dichas normas encuentran concordancia con instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 Const. Nac.) que contemplan el derecho de alimentos. Así por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25 inc. 1); en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11).

De igual modo la Convención de los Derechos del Niño -cuerpo legal que destaca por su importancia, trascendencia y especialidad- determina en su articulado que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; “Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (art. 3. 1 y 2); adoptarán todas las medidas [...] para dar efectividad a los derechos reconocidos (art. 4); reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (art. 6.1); garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6. 2); reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.

1). A los padres [...] les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27.2); tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres (art. 27. 3); reconocen el derecho del niño a la educación (art. 28. 1, 29); al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas (art. 31.1).

Se ha escrito que “Los alimentos conforman una categoría conceptual y legal que engloba las distintas necesidades del niño que deben ser satisfechas para posibilitar el desarrollo de sus potencialidades [...] implican el fortalecimiento de los derechos humanos de la infancia [...] el concepto de necesidad tiene [...] un aspecto objetivo gestado en el proceso histórico y un contenido subjetivo derivado de las particulares características del niño [...]. Existe una asociación indisoluble entre el derecho de alimentos de los niños y adolescentes y sus derechos económicos, sociales y culturales, pues la realización de estos depende del modo en que se cumple la prestación asistencial [...]”. (Grosman, Cecilia P, citada en Adriana N. Krasnow Tratado de Derecho de las Familias, T. III, pag. 364).

Desde otro ángulo, se observa que la propia naturaleza de las acciones de alimentos marcan el rumbo hacia la flexibilización de las formas, como se ha sostenido "... aún cuando no se hubieran solicitado de modo expreso y autónomo o tangencialmente esa circunstancia no obsta a que se apliquen intereses respecto de un crédito alimentario puesto que en el estado de derecho actual no puede omitirse que en los procesos de familia el principio de congruencia es pasible de ser flexibilizado, ya que el rigorismo ritual no se aviene con la directriz que emerge de la constitucionalización del derecho privado receptado especialmente en el CCyC en los procesos de familia" (CApel C. y C. 1a. Circ. Sala I, Santa Rosa, La Pampa, sent. 5-7-2019 "S., G. L c/ B., N. D. S/Alimentos).

IV. Ello sentado, considero que a la luz de los preceptos enunciados y con especial consideración del norte que debe guiar toda actuación judicial donde se encuentran involucrados niños, niñas y adolescentes, (art. 3, CDN; art. 639, Cod. Civ. Com; art. 3, ley 26.061; art. 4, ley 13.298) corresponde abordar la queja.

Y es que, como ha sostenido V.E. “Debe en todo caso necesariamente primar la realización del bien o interés del menor concretamente establecido en la situación particular de que se trate, por sobre todo ritualismo, bajo riesgo de despojar lo resuelto de todo contenido y desembocar en situaciones de inequidad que el derecho -máxime en casos donde se encuentra en juego aquel superior interés- debe a todo trance evitar” (C.99.748 sent. de 12-12-2010 ‘P.A., G. A. c/ Y., D.H. Imp. Paternidad. Reclamación de filiación”).

1) Durante la tramitación del presente juicio, la actora dedujo apelación subsidiaria contra el proveído que desestimó el traslado de la acción a los abuelos paternos de sus hijas, e igualmente recurrió la decisión que rechazó la liquidación que practicara en concepto de alimentos provisorios impagos por parte del demandado, en la cual contempló el interés devengado -aplicando la tasa activa del Banco Provincia de Buenos Aires- a los fines de su ejecución (fs. 399, 400, 404/405, 407/408, 433/435, 459 y 467/469).

En respuesta a su embate, la Alzada en su pronunciamiento de fecha 3 de julio de 2014, -en lo que se vincula a este análisis- consignó “...sopesando el Tribunal que los alimentos provisorios han sido fijados judicialmente en la suma [...]; y que al día de la fecha (un año), no surge en autos que el alimentante haya dado debido cumplimiento con la referida manda judicial [...] corresponde receptor parcialmente el agravio traído por la actora debiéndose practicar liquidación por las cuotas de alimentos provisorios vencidas e impagas, con la salvedad de que no podrán adicionarse a la misma intereses, hasta tanto sean fijados los accesorios en la oportunidad respectiva por el iudex a-quo ...” (fs. 493 vta.), - el resaltado me pertenece-.

Después del transcurso de cinco años de aquella decisión, la sentencia dictada por el Juzgado de Familia N° 8 de Lomas de Zamora -haciendo lugar a la demanda de alimentos promovida por la señora M. L. M., en representación de sus hijas, M. d. P, M. L., M. M. y M. J. V. M. - decretó que el señor F. L. V. debía pagar en favor de sus cuatro hijas una cuota alimentaria mensual de cincuenta mil pesos (\$50.000), del 1 al 10 de cada mes, la cual debía incrementarse anualmente de acuerdo al porcentaje inflacionario establecido por el Instituto Nacional de

Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC). Asimismo dispuso que se practique la liquidación sobre los alimentos devengados desde la promoción de la demanda debiendo descontarse los montos abonados como cuota provisoria (fs. 1239/1248 vta.).

Apelada la decisión por ambas partes, la Alzada -en lo que resulta de interés- declaró desierto el recurso deducido por la señora M., por no haber sido fundado en su ocasión y se pronunció sobre el memorial de agravios del señor V., brindando las razones para confirmar la suma establecida en la cuota de alimentos por la instancia anterior y la retroactividad de los efectos de la sentencia al día de presentación de la demanda, 19 de marzo de 2013 (fs. 1260, 1261, 1282/1287, 1332, 1363/1377 vta.).

En otro sentido, procedió a reducir proporcionalmente la cuota de alimentos establecida por el Juez de Familia, en virtud de haber adquirido dos de las hijas la edad de 21 años, cesando de pleno derecho la obligación alimentaria de los progenitores a su respecto.

Sobre el agravio relativo a la pauta de actualización automática de la cuota de alimentos, la Cámara explicó que debe existir identidad entre lo pedido por las partes y lo resuelto en la sentencia -principio de congruencia-, y siendo que en la presentación inicial de la señora M. no se constató requerimiento alguno de actualización de la cuota de alimentos que pretendiera, entiende que ello limita absolutamente su tratamiento. Por dicho motivo revocó la pauta de incremento anual que decretara el juez de la instancia anterior.

2) La racionalidad en los fundamentos de la sentencias es una condición que arraiga en las garantías judiciales consagradas en favor de las personas cuyos derechos deben dirimirse (arts. 8.1 y 25 CADH), exigencia que no encuentro configurada en la decisión del Tribunal mediante la cual revocó la referida pauta de actualización de la cuota alimentaria.

En efecto, de la lectura de las reseñadas decisiones se advierte el empeoramiento de la situación de M. M. y M. J.. La sentencia obrante a fs. 1239/1248 vta., que determinó la pauta de incremento anual de la cuota alimentaria de acuerdo al porcentaje inflacionario establecido por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC) y que se practicara la liquidación sobre los

alimentos devengados desde la promoción de la demanda -19 de marzo de 2013-, aportó un criterio para mantener la vigencia del poder adquisitivo de la prestación en favor de las alimentistas, tanto de las sumas devengadas como las que se devenguen en el futuro. Sin embargo dicha situación se vio alterada a causa del pronunciamiento de la Cámara, que en perjuicio de las destinatarias de la prestación, suprimió la pauta de actualización.

En consecuencia, de confirmarse la revocación de aquella pauta de incremento anual de la cuota alimentaria que dispusiera el Tribunal citado, se configuraría una severa disminución del monto de la cuota alimentaria que imposibilitaría, en los hechos, cubrir todos los rubros que esta abarca (art. 659 Cód. Civ. Com.), desconociéndose, asimismo, el objeto propio de la prestación alimentaria.

En la misma línea se observa que como quedó expuesto anteriormente, la Alzada a fs. 492/494 reconoció la procedencia de accesorios sobre la prestación alimentaria y a fs. 1363/1372, no sólo omitió su tratamiento sino que revocó la única pauta establecida para preservar el objeto de dicha prestación.

De tal manera se verifica una contradicción de criterios para resolver la cuestión en análisis, que resulta contraria al orden lógico formal indispensable para su validez.

En cuanto al esbozado fundamento de congruencia, sostenido por la Alzada para revocar el referido incremento anual de la cuota alimentaria, habré de señalar que no desconozco la función primordial que juega en el proceso; sin embargo un estricto apego a este principio donde se encuentran involucrados intereses de rango constitucional (art. 75 inc. 22 y 23 Const. nac.; art. 15 y 36.2, Const. prov.), significaría afectar la tutela judicial efectiva de las menores, quienes por su condición de vulnerables merecen una solución justa que responda a su mayor beneficio; sin que ello grave sobre el derecho de defensa de la contraparte quien en oportunidad de expresar agravios, no cuestionó la existencia de actualización de la cuota, sino la pauta fijada para su instrumentación (fs. 1282/1287 vta.).

Por su parte, el Alto Tribunal de la Nación ha sostenido: “La contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece

con la adecuada prestación del servicio de justicia, y que la coherencia que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes” (CSJ 777/2011 (47) CSJ “Artega” 27/11/2014).

V. Ello así, si el deber parental de alimentos se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico para atender, comprender y asegurar las necesidades de los hijos (art.658, 659 Cód. Civ. Com.), en las presentes actuaciones la condición de personas vulnerables de las destinatarias de la prestación alimentaria y la vigencia de los principios de realidad y economía procesal que deben imperar en estos procesos, indican que no puede confirmarse la decisión que revocó la pauta de actualización de aquella prestación.

En dicha inteligencia valorando el impacto directo y negativo que recae sobre el poder adquisitivo de la cuota de alimentos establecida -en virtud de los años que han pasado desde la presentación de la demanda- cuya preservación se estima primordial para alcanzar su finalidad, entiendo que sobre las diferencias adeudadas que resulten de descontar los alimentos provisorios abonados de la cuota fijada, cabría computar intereses desde el 19 de marzo de 2013.

De tal suerte, procede atender al criterio sustentado por esa Suprema Corte en la sentencia dictada el 4 de julio de 2018 en la causa C. 121.747, “P., F. I. contra G., M. E. Alimentos”, en cuanto sostiene “Por tanto,[...], los intereses devengados por los períodos desde la mora hasta la entrada en vigencia del nuevo Código habrán de regirse por la ley derogada, en cuyo derredor esta Suprema Corte estableciera doctrina que entiende que dichos accesorios deben calcularse a la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ponce", sent. de 21-X-2009 y C. 113.397, sent. de 27-XI-2013; C. 119.176, "Cabrera" y L. 118.587 "Trofé", sent. de 15-VI-2016; art. 31 bis de la ley 5.827). Por el contrario, los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del mentado Código, habrán de ser calculados a la tasa activa más alta

que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, conforme lo normado por el art. 552 del Código Civil y Comercial (conf. C. 120.103, sent. de 29-VIII-2017)".

Desde otra perspectiva, en relación a la cuestión que nos ocupa, es destacable lo que apunta Pitrau: "En el mismo art. 659, se establece que los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie. Esta norma reviste una gran importancia en cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica misma de la cuota alimentaria parental, ya que en el caso de alimentos entre parientes, el nuevo Código no utiliza esta misma estructura normativa y prefiere establecer como regla la prestación dineraria y sólo como excepción la prestación en especie. Siguiendo este razonamiento sobre la base del estudio exegético de la Reforma efectuada, podría sostenerse que la obligación alimentaria entre parientes se acerca al actual modelo de deuda dineraria, mientras que la obligación alimentaria parental se desliga de ese esquema y, eventualmente, podría consolidarse como deuda de valor. La diversa consideración legal permite deducir que el fundamento de ambas obligaciones alimentarias es diverso, y ello justifica que puedan tener una diferente naturaleza obligacional" (Pitrau, Osvaldo Felipe "Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Graham, Marisa-Herrera, Marisa (dirs.), Derecho de la familia, infancia y adolescencia. Infojus, Buenos Aires, 2014, pág. 400/401).

También se ha expresado que "la obligación alimentaria encuadra típicamente en una deuda de valor en tanto su objeto está constituido por una utilidad que debe ser satisfecha, sin importar el signo monetario, dado que se exige del deudor el suministro periódico, en cuyo caso la cantidad fijada como pensión debe implicar cierto quantum de poder adquisitivo por un lapso determinado, de forma tal que el objeto de la deuda viene a ser la suma de bienes, conforme a la situación de hecho de cierta época, siendo por ello que son revisables y procede su acrecentamiento nominal en proporción al incremento del costo de la vida. De este punto de vista, la deuda alimentaria es una deuda de valor, ya que el objeto de la prestación es permitir al alimentado adquirir y obtener los bienes y servicios que le son

necesarios. En la medida en que ese objeto de la obligación incrementa su valor requiere que el medio de pago se ajuste a ello, pues de otro modo no se irán cubriendo periódicamente las necesidades del beneficiario; quitando todo sustento al derecho alimentario. (Cfr. MINYERSKY, Nelly y LAMBOIS, Susana, “Los alimentos en la emergencia económica actual”, RDF 2002-22-51, Lexis N° 0029/000003; Faraoni Fabian E. “La recomposición periódica de la cuota alimentaria derivada de la responsabilidad parental”, DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 87: AR/DOC/2680/2013).

A criterio de Belluscio, “...la obligación de alimentos es ontológicamente una deuda de valor, pues la satisfacción de las necesidades del alimentado representa el objeto de la obligación en tanto que el dinero no es más que una medio que se utiliza por fines prácticos para cancelar esa obligación. Por ello, en la medida que el importe requerido para satisfacer las necesidades del beneficiario aumenta a causa del proceso inflacionario, se deberá ajustar la cuota dineraria, pues de lo contrario no se cubrirán las necesidades del alimentado con la suma fijada en concepto de alimentos” (“Actualización de los Alimentos según el costo de vida”, Buenos Aires, 2014, pág. 31/32).

Con base en dicha línea de pensamiento, toda vez que el objeto de la prestación alimentaria consiste en permitir el acceso a los bienes y servicios para cubrir las necesidades de las alimentistas, derecho que debe resguardarse, corresponderá fijar la base o criterio de actualización de las futuras cuotas alimentarias, con la finalidad de paliar los efectos adversos del proceso inflacionario que se evidencia en los respectivos índices de la economía.

VI. Por todo lo expuesto, propicio se revoque parcialmente la sentencia en crisis -en cuanto dejó sin efecto el incremento anual de la cuota alimentaria de acuerdo al porcentaje inflacionario establecido por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC)-, debiendo disponerse que los intereses devengados se liquiden desde el 19 de marzo de 2013, de conformidad con lo normado por art. 552 del Código Civil y Comercial de la Nación y la doctrina de ese Alto Tribunal sentada en el precedente citado (causa C.121.747) y devolverse los autos al Tribunal de origen para que se pronuncie respecto de la pauta o criterio de ajuste de las futuras cuotas alimentarias, que en función de la

realidad económica imperante, resguarde los derechos de las alimentistas a la luz de los principios que rigen la cuestión alimentaria de los hijos menores de edad.

La Plata, 22 de octubre de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTÉ GRAND,JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

22/10/2020 09:42:39

