

**Expte. N° 27839-2014 – “O. R. F. s/abrigo” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA MATANZA (Buenos Aires) – SALA SEGUNDA - 04/08/2020**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los días de suscripción digital de 2020, reunidos virtualmente por medios telemáticos, los señores Magistrados de esta Sala II de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Matanza, doctores L. Armando Rodríguez y Carlos A. Vitale; ello por hallarse comprendidos dentro de las previsiones de las Res. Pres. 149/2020 y su posterior 165/2020 de la Sec. personal de la SCBA; lo expresamente dispuesto por los artículos 1° apartado b 1.1) de la Res. de Presidencia SPL 10/20, 7 de la Res. de Presidencia SPL 14/20; y 4. a) 2. de la Res. Pres. SPL 18/2020, y conforme los principios que dimanen del Acuerdo SCBA 3971/2020 del 15 de abril de 2020; con la asistencia virtual del señor Secretario de la Sala, doctor Horacio Mario Marconi; y para dictar resolución interlocutoria en los autos caratulados “**O. R. F. S/ABRIGO**”.

**Resultando**, que:

La resolución apelada por el menor R. F. O., con la representación de la Dra. A. A., en su carácter de abogada del niño, data del 19 de noviembre de 2019 por conducto de la cual el Sr. Juez de Grado luego de un recuento de las actuaciones resuelve: "I- Dar inmediata intervención al Servicio de Promoción y Protección Zonal y Local de La Matanza a fin de continuar con la medida de abrigo adoptada, debiendo arbitrar las medidas y estrategias necesarias para la restitución de los Derechos del joven causante de autos. Teniendo especialmente en cuenta que el joven se encuentra procesalmente en estado de adoptabilidad, y su madre Sra. M. R. O. posee una medida cautelar perimetral respecto del mismo. II.- Dar intervención a la Fiscalía General Departamental con adjunción de las copias pertinentes a fin de evaluar la posible comisión de un delito. III. Asimismo, en virtud de las manifestaciones efectuadas por el joven causante de autos en el informe de la Asistente Social, se dispone cautelarmente por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días la Abstención del Servicio Zonal de derivar al joven causante de autos a la institución hogar oficial "SAN ISIDRO LABRADOR" sito en la calle 27 y circunvalación 14 S/N, plazo en el cual se deberán desarrollar las medidas necesarias a fin de esclarecer las situaciones descriptas por el causante de autos, y tomar las medidas administrativas que estime corresponder, si cupiere...".

De tal forma de decidir se alza el menor R. O., con la representación de la Dra. A., A. A., Titular de la UFD N° 9 en representación de R. O., en su carácter de abogada del niño. Entre los fundamentos resalta: "Derecho a ser oído. Derecho a la identidad. Preservación de los vínculos fraternos. - Al sostenerse la medida perimetral con mi progenitora, no se tiene en cuenta mi voluntad, y me agravia no poder verla. En este

sentido, se ve vulnerado mi derecho a ser oído y que mi opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver; asimismo, el respeto por mi derecho a la identidad, y su derecho a ser criado por mi familia de origen. La Dra. Highton de Nolasco y el Dr. Lorenzetti han afirmado que "...resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derecho y perjudicial la que pueda vulnerarlos" ([www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp).)

Es decir, el interés superior del niño es la pauta sobre la que debe resolverse. Esta regla nace como consecuencia directa del reconocimiento del niño como persona, como sujeto de derecho, y, a los fines de superar la indeterminación de la expresión, resulta útil asociar tal interés con los derechos fundamentales del niño. Es así que el interés superior del niño exige ser definido en cada caso concreto y dependerá de circunstancias específicas, siendo obligatorio "descubrir" qué es lo que mejor resguarda el interés del niño. (Martínez Ruiz, A., "Interés superior", en Weinberg, Inés M. (dir.), Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 102.-).

Sigue relatando, en este sentido, ya he vivido muchas experiencias desagradables a mi corta edad. Del informe agregado en autos a fs.879/880, dije que me fui del Hogar porque "A. le pegaba "... se hacía el loco". Del informe surgen mis dichos, "Menciona un episodio en que se encontraba limpiando la cocina porque le tocaba y el operador "se hizo el piola" y le pegó "una piña en el pecho" ... Exhibe una quemadura en el pecho y expresa que se la hizo A. con un fierro caliente." Siempre fui consistente en mi deseo de estar con mi madre, y a esta altura de mi vida y de las presentes actuaciones, su deseo debe ser valorado en una resolución que lo contemple. En dicho informe surge implícitamente que no quiere volver a ningún hogar, y ya he dicho que en su caso me escaparía, y que quiero vivir con mi madre. De esta manera la profesional Lic. J. A. E., concluye: "R. desea permanecer con su progenitora y se muestra reacio a otra alternativa", y respecto de su progenitora dice "Impresiona contar con condiciones básicas para contener y asistir a su hijo".

Este deseo se ve reforzado en el acta de fs. 882, labrada el día 19 de noviembre de 2019, ante S.S., que dice "no quiere volver al hogar, quiere volver con su mamá. Que si vuelve al Hogar se va a suicidar y si no se va a volver a escapar del hogar".

En este punto, se destaca que a lo largo de los años fui reuniendo los recursos emocionales que pude, necesarios para afrontar la vida que quiero tener junto a mi familia de origen. El respeto por mi voluntad se erige como un acto necesario luego de todo lo vivido. En este sentido la tutela judicial efectiva en este caso particular se relaciona con respetar mi deseo, teniendo en cuenta mi mayor nivel de autonomía personal (art. 12 CDN, arts. 3, 27, 28, 29 y concordantes Ley 26.061; artículos 4, 7 y concordantes ley 13.298: art. 75 incisos 19, 23 y 25 CN; art. 11, 36 inc. 2 y concordantes Constitución Provincial).

El respeto por mi derecho a la identidad se relaciona con mi férreo deseo de permanecer con mi tía, o con mi madre, o cerca de ella, y lejos de los hogares en los cuales se me dificultó permanecer. En este sentido, la "verdad biográfica" es considerada merecedora de protección y respeto por la justicia, "...resultando dogmático y contrario al interés superior del niño otorgar supremacía conceptual a la verdad biológica por sí misma" (MIZRAHI, Mauricio L., "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LL del

23/08/2004, p. 1). En este sentido, para mi caso coinciden ambas, es decir siempre tuve una fuerte identificación con mi madre, y siempre registré el tiempo que conviví con ella, a pesar del paso de los años en Hogares. Funda en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la Opinión Consultiva 21/2014. Resalta que en ese momento decisión judicial de apartarme de mi familia biológica, tuvo que ver con que la situación existente e aquel momento. En la actualidad, estoy más grande y con otras herramientas para permanecer con la tía o con su madre. La idoneidad de mi progenitora en la actualidad surge del informe precitado de la Licenciada E.. En relación a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, ha precisado que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean." (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.) Concordantemente, la Corte IDH ha establecido, en el caso Furlan y Familiares vs. Argentina, que en virtud de la manera progresiva en que los niños y las niñas ejercen sus derechos a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad." (Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.) Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución en el año 1994, como la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada en el año 2005, son enérgicas al establecer que las personas menores de edad son consideradas sujetos de derechos y ya no objetos de protección o incapaces.- El nuevo código presume la capacidad del menor para actos de suma importancia, requiriendo en materia de adopción, el consentimiento de éstos a partir de los 10 años.- El derecho a ser oído es aquel que posee toda persona y por lo tanto el niño a expresar a otra qué siente, desea, conoce, piensa, procurando una escucha y atención consciente. Este principio responde al

paradigma el niño como sujeto de derecho, siendo fundamental escucharlo, ya que será protagonista de su propia historia. Es decir, si a los 10 años se le da tal entidad a su opinión, cuanto más a los 15.

En este aspecto, se precisó que "para determinar cuándo se afecta el supremo interés del niño, cuál es la mejor medida para el NNA, se debe acudir al auxilio de la interdisciplina, como así también escuchar la opinión de los mismos, en cuanto sujetos de derechos (art. 12, CDN; art. 24, Ley 26.061). La consulta y aporte que brindan los equipos interdisciplinarios, resultan fundamentales para brindar un panorama completo al juez sobre la situación familiar y de cada uno de los integrantes de ese grupo, como así también para otorgar pautas de orientación y contención que los sujetos vulnerables requieren para su protección. El aporte interdisciplinario suministra la completa información que el juez requiere para la solución del caso, para el equilibrio entre las tensiones existentes en un conflicto de intereses..." (YUBA, Gabriela, "Adopción y revinculación (o no) entre hermanos. Consideraciones en torno al Código Civil y comercial proyectado", DJ del 3/04/2013, p. 17.)

Aquí se destaca la siguiente conclusión de la Lic. E. al referirse a la Sra. O.: "Impresiona contar con condiciones básicas para contener y asistir a su hijo".- Asimismo, a fs. 930/931, también surge de la apreciación profesional que "...R. O. está inserto en un contexto familiar donde se encuentra cómodo y contenido..."; "..Su tía K. O. expresa genuino deseo de hacerse cargo de su cuidado y protección."- En ese informe también surge que la Sra. K. O. no cuenta con mi DNI y demás documentos para acceder a la escolaridad, y atención médica, por lo cual se solicita se le haga entrega a la misma de lo necesario para mi escolarización.- Asimismo, a fs. 935 surge informado que se resolvió que "...el joven permanecerá bajo el cuidado y responsabilidad de su tía materna K. O.". Es decir que, sin perjuicio del proveído de fs. 939, el organismo administrativo evaluó que lo mejor para R. es **permanecer** con su tía, y no volver al Hogar.-

Teniendo en cuenta los hechos abusivos acontecidos en el Hogar del que escapé, y lo que siento en relación a volver a cualquier hogar, es importante priorizarme y quedar al cuidado de mi tía, y en contacto con mi madre, o directamente vivir con mi mamá, con la supervisión y el acompañamiento del personal del Juzgado y los organismos administrativos intervinientes.- Esta situación de permanecer con mi familia de origen, debería mantenerse respetando mi derecho a preservar el vínculo con mis hermanos.- Entonces, mi derecho a ser oído y a que mi opinión sea tenida en cuenta, vivir con mi madre, o en su defecto con mi tía, se presenta como la mejor opción en la actualidad. Por su lado, que el sostén jurídico de la medida de impedimento de contacto con mi madre, no tiene sentido, ya que quiero verla, y la amo más allá de todo lo acontecido. Asimismo, la medida de no innovar debiera ser definitiva, y no sólo por 180 días, ya que no se me puede obligar a permanecer en un lugar donde hubo un maltrato evidente.-

De los argumentos se corre traslado la Asesora de Incapaces y al Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del niño y adolescentes, por intermedio del programa ahijar, los que son contestados.

Por su parte la representante de AHIJAR expresa: "... De todos los informes realizados y que obran en autos, se desprende que la progenitora, no está en condiciones de

responsabilizarse de la crianza del niño y garantizar su desarrollo integral. En respuesta al primer agravio donde se menciona que el niño se encuentra con medida de abrigo, al respecto se informa que el niño tiene declarada Sentencia de Adoptabilidad que se encuentra firme, siendo por lo tanto el Juzgado de familia interviniente quien deberá decidir sobre la pertinencia de la continuidad o levantamiento de la medida de prohibición de acercamiento entre el niño y su progenitora.

Este equipo considera que la medida cautelar de prohibición de acercamiento debe continuar vigente respecto de los hermanos menores del niño R., quienes no demandan contacto con su progenitora, se encuentran en procesos de adopción y por lo tanto sería contrario a su bienestar psicosocial, forzar el contacto con la progenitora.

En respuesta al segundo agravio, desde el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes se ha agotado toda instancia evaluativa y de trabajo con la familia de origen del niño de referencia y con sus hermanos, habiéndose decidido que la inclusión de los mismos en un proyecto con familia adoptiva es la mejor estrategia restitutiva del derecho del niño a vivir en familia, considerándose por lo tanto pertinente que sea el efector judicial por intermedio de su equipo técnico quien evalúe la conveniencia del contacto y/o posible convivencia entre R. y su progenitora biológica en orden al interés superior del niño....."

Por su parte la Sra. Asesora de incapaces luego de fundar expresa .."Entiendo que los agravios argumentados no constituyen una crítica concreta, precisa y razonada de la sentencia impugnada, ni tampoco aporta elementos que permitan inferir que ésta es errónea o contraria a derecho. Por ello, considero que deberá mantenerse la situación de adoptabilidad del joven R. O. y la medida cautelar dictada respecto de su progenitora."- Venidos los autos a esta alzada y en condiciones de resolver, y

**CONSIDERANDO:** El tema traído a análisis tiene un sinnúmero de aristas y cuestiones a desentrañar, y principios propios del derecho de familia que a continuación iremos desarrollando.

El nuevo Código Civil y Comercial incorpora principios propios del derecho de familia, a saber:

I.-La tutela judicial efectiva y rápida es fundamental en el proceso de familia, el que no admite dilaciones ni procesos largos con iniciativa de parte solamente y con largas contradicciones. Es decir, uno de los elementos fundamentales, de la tutela efectiva, es la celeridad que desaparece por la tardanza excesiva y por la multiplicidad de instancias, que si bien tienen por fin garantizar la defensa en juicio resultan, en muchos casos, una rémora a la rapidez. Es que se ha olvidado que el proceso moderno garantiza el doble conforme, pero no el múltiple conforme, lo que torna a los juicios en lentos e interminables. Según lo determina su art. 706, el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

En este tipo de procesos (donde está en juego el vínculo familiar) no caben rigideces ni estrecheces procesales, resultando menester la asunción de la postura que resguarde, de

manera más intensa, los derechos de todos los involucrados y que, a la vez, vele por la compatibilización de los mismos.

EL Código Civil y Comercial ha introducido muchas normas procesales que, en realidad, sirven para implementar institutos de fondo, como en el caso que nos ocupa, la adopción.

La Corte Suprema de la Nación tiene dicho sobre la cuestión de la sanción de normas procesales, en los códigos de fondo por el Congreso de la Nación que, está habilitado para dictar normas de procedimiento en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales –sin perjuicio de ser una atribución reservada por las provincias según el artículo 121 de la Constitución Nacional-, cuando fuesen razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos consagrados por las normas de fondo. Dijo específicamente que el artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional (actual artículo 75, inciso 12) no impide que se incluyan en las leyes nacionales de fondo medidas de forma razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos que aquellas acuerdan (Fallos CSJN, causa “L. A. Spinetto v. Miguel Vincent”, 12 de junio de 1.968, Tomo 271 (año 1.968), página 36 y siguientes). Esta doctrina se siguió pacíficamente desde el precedente “Bernabé Correa” (Fallos Tomo 138, página 157).

Sentado ello, se debe aquí destacar, sin perjuicio de que se volverá sobre esa circunstancia, que la adopción es una figura subsidiaria y que nuestro Código Civil y Comercial, dictando normas procesales indispensables para regular institutos de fondo, ha dividido a la misma en tres partes, la primera en la que estamos inmersos es declarar al menor en estado de adoptabilidad, la segunda la guarda con fines de adopción y la tercera la adopción.

Si bien el art. 607 en el ante último párrafo comienza diciendo que "La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela", agrega o cierra la idea diciendo: " y tal pedido es considerado adecuado al interés del niño", sienta la excepción o flexibilización al principio, que no es otra cosa que la decisión legislativa equilibrada del derecho a vivir o permanecer en la familia de origen teniendo como límite el principio rector del interés superior del niño. Ello es así, porque todas las cuestiones atinentes a los niños están presididas por el criterio rector de su interés superior, por lo que deben resolverse en función de su mayor bienestar. Este principio, a su vez, resume la idea central de la Convención sobre los Derechos del Niño, y está plasmado en su art. 3, inc. 1º, cuyo texto establece que: "...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que el interés superior del niño orienta y condiciona la decisión de los magistrados llamados a juzgamiento de los casos de familia. En ese sentido, se ha dicho que el "mejor interés del niño" es un concepto abierto, por lo que, en el desenvolvimiento de su ministerio - eminentemente práctico- los jueces están llamados a asignarle 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 (CSJN, 19-02-2008 "Fallos", 331:147; 6-02-2001, "Fallos", 324:122; CALZ, esta Sala, causa N° 7316, RSI-85-136, Sent. del 15 de abril de 2014).

II.- En cuanto al tema que nos ocupa, el art. 12 de la CDN, de rango constitucional, garantiza al niño "la oportunidad a ser escuchado en todo procedimiento judicial... que lo afecte". En el ámbito interno, la figura del abogado del niño ha sido consagrada por la ley nacional 26.061, la cual ha venido a ampliar las garantías procesales contenidas en la CDN. En su artículo 27, inc. c) establece el derecho del niño "...a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...". En el ámbito de nuestra Provincia expresamente el art. 1° de la Ley 14.568 establece: "Cumpliendo lo establecido por el artículo 12, incs. 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del art. 27 de la ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces. En los procedimientos indicados en el párrafo precedente, será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño". Y ahora, el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 26, que en su parte pertinente establece que: "...la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona". Y el art. 707 que reza: "... los niños niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.". En efecto; en nuestro derecho positivo actual se incorporaron los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes que apunta no a la capacidad de derecho sino a una de ejercicio. La capacidad y discernimiento de los menores establecida en función de la edad ha sido complementada por un criterio de capacidad y discernimientos reales, es decir, que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas atendiendo a su capacidad progresiva, para establecer si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones.

En la presente causa, es de toda evidencia que no se ha tenido en cuenta la opinión del niño, con la madurez propia de su edad, sus preferencias ni su deseo de mantenerse en la familia biológica, sea con su madre o en la familia extensa con sus tíos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando sanciona a la República de Chile dice claramente que ese hacer oídos sordos de lo que expresan los menores es una grave infracción a las normas internacionales. Expresó la CIDH: La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los

niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. (...)

199. (...) [L]a Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (...). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

208. La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (...). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R. (Ficha Técnica: Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Víctimas(s):Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. Estado Demandado: Chile 24 de febrero de 2.012 (Fondo, reparaciones y costas), 21 de noviembre de 2.012 (interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas).

Y el adolescente se opone y fundamenta su oposición a ser despojado de su historia y de su familia de origen. Y lo importante es que sea escuchado y atendidas sus razones, cuando deban serlo.

III.- En relación a la capacidad del niño para designar a un abogado, la Cámara Civil, Comercial y Familia de Lomas de Zamora, ha tenido ocasión de referir que se deben armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica que le asiste; lo que determina que el niño, en función de su capacidad progresiva, podrá designar abogados que representen en el proceso su interés particular (cfr. causa 6182, RSI-107-15 I 6-5-15).

Sentado ello, cabe concluir razonablemente que el menor debe ser oído si tiene suficiente discernimiento, es decir, si está en condiciones de formarse su propio juicio -como dispone la CDN-. Y tal criterio debe seguirse también para evaluar su participación activa en el proceso coadyuvado por la figura del abogado del niño, toda vez que no debe soslayarse que se trata de menores de edad, es decir, de personas que no han alcanzado su pleno desarrollo, razón por la cual, corresponde establecer -en cada caso- si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí, personalmente, un acto que pueda ser considerado eficaz.



En consonancia con lo expuesto, si bien aparece necesario que si el niño participa activamente en el proceso cuente con un abogado que garantice su libre y auténtica expresión puesto que ignora la ley y los mecanismos judiciales, tampoco puede eludirse que, en los procesos donde se ventilan conflictos de familia, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección del interés superior del niño se materialice.

En este contexto, el ejercicio de ese derecho no se halla exento de control judicial por lo que es el juez quien debe ponderar la efectiva capacidad de discernimiento y libertad del menor, descartando que su decisión obedezca a motivaciones apresuradas o antojadizas o a la influencia o presiones de padres u otras personas de su entorno. Para este joven, que padeció en su historia vital las vicisitudes propias de un abandono contando con muy corta edad, su superior interés señala que hoy deba tenerse en consideración su condición como sujeto de derecho, su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que le afecten y, en definitiva, su derecho a vivir en una familia que lo proteja y cuide (C. 110.858, sentencia del 21-VI-2012).

Se está refiriendo al principio de la "capacidad progresiva" recibido en los arts. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 inc. "b" de la ley 26.061, que habilita al menor de edad a ir ejerciendo sus facultades de autodeterminación en la medida que va adquiriendo la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. Se trata de reconocer la autonomía progresiva o el discernimiento de capacidades diversas de los menores, con independencia de rígidos patrones de edad (conf. Basset, Úrsula C., "Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-Competence", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LL, 2010, octubre, pág. 228 y siguientes). Es qué, por su edad y grado de madurez, el impacto de la opinión en la decisión judicial de un joven de 16 años es diferente a la de un niño de menor edad.

IV. Sumando a ello, cabe sentar que la adopción es un instituto subsidiario, como se indicó ut supra, donde lo que impera es el principio de preservación en la familia de origen, la procedencia de las medidas excepcionales se encontraría supeditada a que, de manera previa, se hayan implementado medidas de protección integrales para hacer cesar la situación de amenaza o reparar la situación de vulneración de derechos.

El art. 607 CCC lista los casos en que procede la declaración de adoptabilidad:

- Si un niño, niña o adolescente no tienen filiación o sus padres han fallecido, y se hubiera agotado la búsqueda de familiares, plazo para ello máximo por 30 días, prorrogable por igual plazo con fundamentación;
- Si los padres tomaron la decisión (libre e informada) de dar al niño o niña en adopción, dicha decisión debe efectivizarse transcurridos 45 días desde el nacimiento.
- Si las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca

en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días[1]. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaran la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

El artículo indica, también, que la declaración judicial de adoptabilidad no puede ser tomada si algún familiar ofrece asumir la guarda y tal pedido es considerada adecuada al interés de éste.

La idea central es que el menor permanezca en la familia de origen, la adopción no es la regla sino la excepción, que importa el agotamiento de las medidas que hagan que el menor continúe con sus padres biológicos o en el seno de su familia amplia. Se dijo que, corresponde acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la progenitora contra la sentencia de la Cámara que confirmó la declaración de adoptabilidad de su hija, en tanto los informes colectados con motivo de la medida para mejor proveer -dirigida a conocer la situación actual de la progenitora- expresan relevantes circunstancias que demuestran las condiciones de la recurrente para ejercer las funciones de sostén y amparo que hacen al rol materno (SCBA LP C 122771 S 29/05/2019 Juez GENOUD (SD), L. ,M. s/ Abrigo, Observaciones: La SCBA, el 25-9-2019, admitió el recurso extraordinario federal interpuesto por los guardadores y desestimó el presentado por el Servicio Local, Juba B4204927).

V. Otro principio rector del derecho de familia, es la mutabilidad del mismo, podemos decir que las sentencias en materia de familia, en su mayoría, hacen cosa juzgada en sentido formal, no material, tal es el caso en materia de alimentos, comunicación con los hijos, y porque no en materia de adopción. En el supuesto de autos, evaluadas las constancias fácticas de aquel entonces seguramente había elementos que condujeron a la decisión tomada- año 2015.

Es decir, sacar a los niños de una situación de violencia generalizada dando la posibilidad de tener una familia que cubra las carencias tanto afectivas como económicas. Ora bien, los años pasaron y la familia no llegó, quizás por diversas circunstancias, edad en que el menor fue institucionalizado, ya era grande para las preferencias de la mayoría de los adoptantes los pretensos adoptantes inscriptos en el RUAGA. Tal es así que del propio informe de la asistente social de fecha 13 de junio de 2019 se desprende " Desde el 23/05/19 al 04/06/19 se trabajó sobre el listado de Postulantes, se llamó a todos y se obtuvieron diversos resultados los cuales se detallan a continuación:

\* Los matrimonios Sánchez-Rolón, Cuba-Canamasos y Carestia-Jan informaron que No están disponibles, los dos primeros por problemas de salud y el tercero porque se separaron.

\* Comunican que están en procesos evaluativos y/o de vinculación en otros Juzgados los matrimonios: Raño-Oliva, Wiege-Zárate y Amodei-Gómez.\* Hay dos postulantes que presentan hasta tres variables que no coinciden con los parámetros de búsqueda del adolescente de autos: No aceptan ser convocados por otras jurisdicciones, Aceptan hasta 12 años (R. tiene 14 años y en dos meses cumple 15 años); No aceptan grupo de hermanos.

\* Con el resto de los Postulantes, surgieron problemas para lograr la comunicación porque el número "No corresponde a un abonado", o el contestador decía: "No está disponible". Por lo expuesto, se solicita contar con un nuevo Listado de Postulantes a los fines de continuar la búsqueda de una familia para el adolescente de Autos..." Todo ello, hizo que R. creciera sin lograr encontrar la familia adoptiva, viendo pasar los días en un Hogar de Transito, hogar que según sus dichos, tampoco cumple con los presupuestos básicos para que un niño permanezca en el mientras tanto. A mayor abundamiento se deja constancia que en la contestación recibida del Registro de Aspirantes en el mes de diciembre de 2018 donde informa "a fin de solicitar se autorice a realizar una Convocatoria Pública de adoptantes para los hermanos Uriel Cabral y R. O., debiendo la misma ser ampliada a referentes afectivos, tutores o figuras análogas"; de dicho informe se puede inferir que el propio Registro abre la puerta que se busque alternativas, dijese que dice "la misma ser ampliada a referentes afectivos, tutores o figuras análogas".

Es decir que la realidad que hoy se nos impone dista mucho de aquella, tornando aún más dificultosa la posibilidad de adopción, ya que el menor en poco tiempo deja de serlo, y aquí se dan dos circunstancias, una que es muy difícil -casi imposible- pensar en una familia que quiera adoptar a un chico que en poco tiempo alcanza la mayoría de edad y otra que de regresar al hogar, amén de lo expresado por R. en la entrevista, también en breve plazo debe abandonar la institución, y entonces, del último informe de la asistente social del juzgado se desprende..." que R. se encuentra viviendo con su tía Carina, que algunas veces pernocta en la casa de su tío L. quien vive a pocas cuadras y delante de la casa de su tío vive su mamá, quien según dice trabaja todo el día y comparten mate por la tarde.

Por su parte su tía Carina, expresa que puede hacerse cargo del menor, que averiguó una escuela técnica cerca de su domicilio a fin de que retome los estudios- tiene hasta 2 años, que le piden documentación con la que al día de la fecha no cuenta y es esa circunstancia la que impidió la inscripción, y que su hermana la Sra. M. le pasa dinero para las necesidades de R...". Así podemos decir, el proceso concebido como una serie de etapas una a continuación de la otra, en la que el inicio de una nueva etapa supone la conclusión de la anterior tiene como único fin resolver el conflicto humano, dentro del ámbito de la sociedad. Siempre debe tenerse en cuenta que el proceso no significa papel o soporte digital, que se visualiza desde la pantalla de un ordenador, sino personas de carne y hueso que viven, sufren, ríen, lloran, sienten y que, de alguna manera, reciben el daño de un proceso mal resuelto. El hombre es falible y la justicia no es perfecta, como no lo es ninguna obra humana y el proceso ideal no existe ni existirá. El ser humano siempre va detrás de una realidad huidiza, que nunca puede alcanzar y las metas siempre se corren un paso más allá. Como la falacia de Aquiles (paradoja de Zenón de Elea), el de los pies ligeros, si sólo se considera la dimensión espacial y no la temporal, jamás alcanzará la tortuga, a la que ha dado una ventaja que no podrá descontar.

El proceso normal, de ascendencia romana, aligerado de muchos brocados históricos aparece como formal aún para nuestra época. La aceleración del tiempo de la historia y las mutaciones veloces de la sociedad, las redes sociales y la Internet hacen que, en realidad, no sirva para proteger debidamente a las personas. Ello se advierte con toda claridad en el

proceso de familia, el que ha tenido que cambiar y adquirir características propias y diferentes. No es posible que impere el dispositivo y que los progenitores, por ejemplo, dispongan de sus hijos y es necesaria la intervención oficiosa de los jueces que tienen un rol más activo que, en otros procesos. Aquí no pueden representar el papel del magistrado que se encierra en su despacho y no conoce a los litigantes (aunque esto esté cambiando), sino que la dinámica propia del proceso lo obliga a interactuar y ser pieza esencial en las soluciones. No puede permitirse el rigor absoluto de un sistema probatorio de clausura en que las partes estén aherrojadas, a lo que invocaron y pretendieron demostrar, aunque la situación cambie constantemente (sembrando hechos nuevos constantes).

Nuestra experiencia trabajando en Cámara indica que ésta no puede resolver situaciones varios meses después, cuando la situación para mal o para bien ya cambió. Por su parte, las cautelares son distintas, con criterios propios en que, en la generalidad de los casos, no pueden variarse situaciones, sin escuchar a la parte contraria, o a los propios hijos, cuando su capacidad progresiva torne esencial que sean escuchados. Es necesario, a veces mantener el statu quo (situación existente) para evitar el cambio que puede perjudicar el interés superior de los menores.

Muchas veces el proceso de familia no desemboca en sentencias definitivas y se ha tornado, en un proceso, estrictamente cautelar. Las partes, en gran número de los casos, se limitan a obtener una medida cautelar y casi nunca llegan a la sentencia final que define conflictos. 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 sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fonal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible.

Dijo la CSJN que, corresponde poner de resalto que en un reciente caso en que se alegaba la violación del derecho de protección a la familia de un padre y su hija biológica en un proceso de adopción también tramitado en la provincia de Entre Ríos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reitero que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia'; que dicho interés superior `... 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 ... ', y que su determinación ` 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 ... ' (caso Forneron e hija vs. Argentina"[Fallo en extenso: elDial.com - AA771E], sentencia del 27 de abril de 2012). Esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la

decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI N.N. 0 U., V. si protección de persona"[Fallo en extenso: elDial.com - AA770D] , sentencia del 12 de junio de 2012).

No resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia. Por todo lo expuestos, los principios rectores en la materia que nos ocupa, sumado a las últimas entrevistas llevadas adelante por la asistente social del juzgado Lic. Elias la cual concluye: " En función de lo que surge de la presente intervención, se considera que R. O. está inserto en un contexto familiar donde se encuentra cómodo y contenido, siendo vulnerable el entorno socio-cultural y económico. .Su tía K. O. expresa genuino deseo de hacerse cargo de su cuidado y protección. Cuenta con magros recursos y la situación habitacional es precaria". ver fs. 939.-

También se desprende de los informes que la progenitora colabora con los gastos y necesidades del menor, ante esta realidad, y con las manifestaciones del menor, las cuales no podemos desoir.

Vale decir, hay familia que se hace cargo, el menor está llegando a la mayoría de edad, sus intenciones son permanecer en su familia de origen, aquélla que lo vio nacer y en la que tiene su historia. Sus experiencias en el Hogar no han sido de las mejores y, en este momento, tiene su situación de vida estabilizada. Las decisiones judiciales son siempre subsidiarias, cuando el conflicto no se puede resolver y no cuando ya está resuelto, o a lo menos en gran parte.

Poor todo ello, éste Tribunal Resuelve: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, disponiendo mantener el statu quo actual, en cuanto a la abstención definitiva de que el menor sea reintegrado al hogar; 2) No proseguir con el proceso de adoptabilidad ante la aparición de familiares, en la familia de origen, con capacidad para hacerse cargo del menor (artículo 607 del CCC); 3) Dejar sin efecto el perímetro dispuesto con su progenitora, el cual ante la realidad inminente deviene abstracto; 4) Disponer al Juzgado de origen medidas de acompañamiento y seguimiento respecto de R. O. y su tía, ello con el objetivo de que no se frustre esta medida y lograr así que él menor tenga al menos una familia extensa (artículos 26, 607, 706 y 710 Código Civil y Comercial, artículos 3 y 5 CDN, 24 inc. "b" ley 26.0614); 5) Ordenar los instrumentos necesarios para que sea la Señora K. F. O. la que tenga la guarda del menor, a los fines de inscribirlo en el Colegio y demás trámites que sean necesarios; 6) Ordenar al Hogar la entrega de las pertenencias del menor: su Partida de Nacimiento, Libreta de vacunas y Pase de colegio; como así también lo solicitado por R., en el marco de la entrevista, consistente en el dinero de la beca con la que contaba en el Hogar, habiendo quedado la suma de 3.000 pesos en la caja fuerte de la institución-según sus declaraciones-y recuperar su ropa-; debiendo ser todo entregado a su tío L. O. o a su Tía K. F. O., en forma indistinta; 7) Atento a las manifestaciones del menor respecto del operador del Hogar Sr. A., se comunique a la fiscalía que en turno corresponda a fin de que lleve adelante las averiguaciones del caso. 8) REGISTRESE, notifíquese por cédula electrónica (art. 1 c.1) Res. SPL10/20 SCBA) Oportunamente, devuélvase a sus

efectos

[1] La idea central es que el menor permanezca en la familia de origen, la adopción no es la regla sino la excepción, que importa el agotamiento de las medidas que hagan que el menor continúe con sus padres biológicos o en el seno de su familia amplia. Se dijo que, corresponde acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la progenitora contra la sentencia de la Cámara que confirmó la declaración de adoptabilidad de su hija, en tanto los informes colectados con motivo de la medida para mejor proveer -dirigida a conocer la situación actual de la progenitora- expresan relevantes circunstancias que demuestran las condiciones de la recurrente para ejercer las funciones de sostén y amparo que hacen al rol materno (SCBA LP C 122771 S 29/05/2019 Juez GENOUD (SD), L. ,M. s/ Abrigo, Observaciones: La SCBA, el 25-9-2019, admitió el recurso extraordinario federal interpuesto por los guardadores y desestimó el presentado por el Servicio Local, Juba B4204927).

Citar: elDial AABDC5

Publicado el: 12/08/2020

copyright © 1997 - 2020 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina