

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

## PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 72

CUIJ: 13-04286077-2/1((017101-878/16))

P. J. J. Y OT. EN J° 4759/15 // 878/16 OAL LEY 26061  
Z.E.M. DE LOS A., E., B., Y V., J., R. Y B. P. P/ S.M. P/ RECURSO  
EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

\*104358814\*

En Mendoza, a quince días del mes de febrero de dos mil diecinueve, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-04286077-2/1 (017101-878/16)**, caratulada: **“P. J. J. Y OT. EN J° 4759/15 // 878/16 OAL LEY 26061 Z.E.M. DE LOS A., E., B., Y V., J., R. Y B. P. P/ S.M. P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”-**

De conformidad con lo decretado a fojas 71 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI**; segundo: **DR. JULIO RAMON GOMEZ**; tercero: **DR. PEDRO JORGE LLORENTE**.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 3/8 el Sr. J. J. P. y la Sra. C. S. J. interponen recurso extraordinario de casación (hoy unificado con el de Inconstitucionalidad, bajo la denominación de Recurso Extraordinario Provincial -Ley 9001) contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia el 01 de Diciembre de 2.017, en los autos N° 4.759/15- 878/16, caratulados: “O.A.L. LEY 26061 Z.E. M. DE LOS A., E., Y OTS. P/ SOL. MED.”

A fs. 17 se admite formalmente el recurso extraordinario provincial, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 35/37 vta. contesta solicitando su rechazo.

A fs. 44/45 vta. dictamina la Asesora de Menores de la Tercera Asesoría de Menores de la Tercera Circunscripción Judicial, solicitando el rechazo del recurso.

A fojas 48/49 vta. se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso.

A fojas 70 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 71 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto?

**SEGUNDA CUESTIÓN:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTIÓN:** Costas.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:**

**I.- RELACION SUSCINTA DE LOS HECHOS DE LA CAUSA:**

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa, se destacan los siguientes:

1. Las actuaciones se inician a instancias del Servicio de Protección de Derechos de DINAF (Rivadavia) el 10 de febrero de 2.015, por el pedido de control de legalidad de la medida excepcional consistente en el albergue de los hermanos M. de los Á. V., E. A. V., B. D. V., Y. B. V., J. S. P. J. y R. V. P. J., en distintos hogares dependientes de DINAF. En esa oportunidad había nacido B. I. (de un mes de vida) que quedó albergado en la sala anexa al Servicio de Neonatología del Hospital Perrupato, junto a su mamá, Sra. Jorquera.

En su presentación, el órgano administrativo pone de manifiesto que desde el año 2010 trabajan con el grupo familiar; que su intervención se inició por la sospecha de abuso del Sr. P. hacia la joven M. de los Á. V. en octubre de 2.009, a raíz de la denuncia de la Escuela Zapata de Catena y del Área de Desarrollo Social de la Municipalidad de Rivadavia; que de las actuaciones penales surge la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban inmersos los niños; que los informes provenientes del PPMI (GAR) del año 2.011 ponen de manifiesto las malas condiciones de higiene y la

falta de cuidado de los niños, que son víctimas de malos tratos por parte del Sr. P., que su mamá no los protege y que la única red de contención familiar posible era la abuela materna, Sra. L. N.; que en diciembre de 2.011 el órgano solicita una medida conexas de prohibición de acercamiento del Sr. P. hacia los niños y la progenitora; que esta última no acataba la medida dictada a su favor, volviendo a establecer relaciones con el Sr. P.; que durante el año 2012 los niños continuaron viviendo con su abuela materna y que la progenitora no daba cumplimiento a los tratamientos de abordaje psicológicos sugeridos; que en octubre de 2.014 se solicita al juzgado una pericia psicológica del Sr. P. y de la Sra. J., que arroja resultados negativos con relación al ejercicio de sus roles parentales; que el OAL continuó con el abordaje de la familia, sin obtener respuestas por parte de la progenitora y continuando el estado de vulnerabilidad de los niños; que en enero de 2015 ingresa por guardia telefónica del OAL una denuncia de vecinos por malos tratos del Sr. P. hacia E. V.; que en esa oportunidad la madre de la Sra. J. (abuela materna de los niños) se opuso a continuar con el cuidado de sus nietos debido a que su hija continuaba en relación con el Sr. P.

A fs. 168/169, con fecha 19 de febrero de 2.015, se declara la legalidad de la medida de excepción.

A fs. 171 el Equipo de Restitución de Derechos comunica que B. I. fue incluido en el Programa Familia Cuidadora.

A fs. 185 obra audiencia realizada en el juzgado con los niños, donde fueron vistos y oídos por la juez en presencia de la Asesora de Menores.

A fs. 244/245 el Equipo de Restitución de Derechos solicita la prórroga de la medida de excepción respecto a los hermanos V. -P. y con relación al niño B. I. manifiesta que solicitará la declaración de la situación de adoptabilidad.

A fs. 251 se prorroga la medida excepcional adoptada con relación a M. de los Á. V., E. A. V., B. D. V., Y. B. V., J. S. P. J., R. V. P. J. y B. I. P.

A fs. 253/254 cesa la intervención del Ministerio Pupilar con relación a M. de los Á. V., en razón de haber alcanzado la mayoría de edad.

A fs. 256 se ordena formar una nueva causa para resolver la situación del niño B. I.

A fs. 288/289 la Dirección de Restitución de Derechos solicita el cese de la medida excepcional que dio origen a la causa y peticiona la declaración de la situación de adoptabilidad de E. A. V., B. D.V., Y. B. V., J. S. P. J. y R. V. P. J.

A fs. 290 se imprime a la causa el trámite previsto por el art. 609 del CcyC.

A fs. 300 se mantiene entrevista en el juzgado, en presencia de la Asesora de Menores, con E., B., Y., J. y R., quienes concurrieron acompañados por profesionales del Servicio de Protección de Derechos y la Regente del Hogar Los Carrizales.

A fs. 301 se realiza una audiencia con la Sra. J. y el Sr. P.

A fs. 330/339 la Sra. J. y el Sr. P. contestan el traslado del pedido de declaración de la situación de adoptabilidad, se oponen y ofrecen pruebas.

A fs. 345/346 se admiten las pruebas ofrecidas y se ordena su producción.

A fs. 383 obra constancia de notificación del traslado del pedido efectuado por DINAF al Sr. R. A. V., progenitor de E., B. y Y., quien no comparece al proceso.

A fs. 387/389 el Ministerio Pupilar dictamina a favor de la declaración de adoptabilidad de los niños.

2. A fs. 392/398 la juez del Tercer Juzgado de Familia de Rivadavia declara la situación de adoptabilidad de E. A. V., B. D. V., Y. B. V., hijos de R. A. V. C. S. J. y de J. S. P. J. y R. V. P. J., hijos de J. J. P. y C. S. J.

3. A fs. 402 el Sr. J. P. y la Sra. C. J. promueven recurso de apelación contra la resolución dictada, el que es concedido a fs. 403. La Cámara de Familia de Mendoza, a fs. 444/446 rechaza el recurso de apelación. La decisión tiene los siguientes fundamentos:

a) Los apelantes no han podido revertir los sólidos fundamentos de la resolución de primera instancia, por cuanto, no solo resultan lapidarias para sus expectativas las pericias psíquicas que se les realizara por el CAI, sino que tampoco les asiste razón cuando se quejan de la falta de apoyatura por parte de los organismos del Estado, toda vez que de la causa y de sus conexos venidos AEV, emerge un acompañamiento constante y el despliegue de distintas estrategias a fin de poder reintegrarles sus hijos.

b) Ambos progenitores, cada uno por su propia problemática personal y social, no han podido revertir la situación de desprotección, malos tratos y hacinamiento a la que sometieron a sus hijos, no pudiendo la madre,

posiblemente por su patología psíquica, protegerlos de la violencia ejercida por P. sobre sus propios hijos y los hijos de ésta con V., a tal punto que M. de los Á. expuso en la escuela que era víctima de violencia sexual por parte de P. quien la habría tocado en sus genitales produciéndole dolor, relato que en principio resulta creíble más allá de las resultas de la investigación penal que se mueve por otros andariveles jurídicos (existencia de certeza plena para tener por tipificado el delito).

c. Las pericias realizadas a los apelantes describen los mismos rasgos de personalidad y patologías en ambos periciados; con relación a J. los tratamientos tienen por finalidad estabilizarla psicopatológicamente, sin perjuicio de lo cual su patología (déficit cognitivo y deterioro psíquico), es irreversible; respecto a P., sus características de personalidad son estructurales no pudiendo revertirse a través de tratamiento psicológico ni psiquiátrico, concluyendo la periciante que ambos progenitores carecen de los recursos psíquicos necesarios para ejercer el rol materno y paterno con propiedad.

ci. El interés superior de los niños se identifica con la posibilidad de encontrar una familia que les brinde los afectos y cuidados propios de sus edades, para su normal desarrollo y en relación a B., si bien ha expresado su voluntad de volver con su mamá y el Sr. P., el derecho del mismo a ser oído no implica que el Tribunal se vea constreñido a resolver conforme a sus deseos, sino que debe indagar, conforme a su nivel de madurez y desarrollo intelectual y del contexto en que tal opinión se brinda, qué es lo mejor para sus bienestar y, en tal sentido, se advierte que lo mejor para el adolescente no se vincula con el reintegro a su hogar, porque resultaría nocivo para su desarrollo integral.

4. En contra de esta sentencia, los progenitores interponen recurso extraordinario de casación (hoy Recurso Extraordinario Provincial) ante esta Sede.

## **II.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL INTERPUESTO.**

Consideran los recurrentes que se ha aplicado erróneamente el art. 607 del CCyC por cuanto no se dan los presupuestos para que proceda la declaración de la situación de adoptabilidad de B., Y., J. S. y R. Ello por cuanto: los organismos estatales no han asistido ni puesto a disposición de la familia los medios adecuados para corregir las falencias o procurar la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, a través de las

medidas de protección que prevé la Ley 26.061; la intervención del organismo administrativo fue a raíz de sospechas de abusos que habría cometido el Sr. P. que nunca ocurrieron; las medidas partieron de prejuicios contruidos sobre la base de la personalidad del Sr. P. y de la Sra. J. y de su estilo de vida y no por la existencia de una real situación de desprotección de los niños; poseen limitaciones económicas y materiales superables que no pueden ser motivo de separación de los niños de su familia de origen y mucho menos, dar lugar a la declaración de su situación de adoptabilidad; los organismos estatales no tomaron ninguna medida de fortalecimiento familiar y decidieron la separación del núcleo familiar, sin haber diseñado un sistema de comunicación; no se tuvo en cuenta la posibilidad de que los niños sean cuidados por el hijo del Sr. P. y su cónyuge; la valoración del interés superior de los niños no fue efectuado correctamente ni por la sentencia de primera instancia ni por la de la alzada.

### **III.- PRUEBA RENDIDA EN ESTA INTANCIA.**

En esta instancia se rindió una prueba esencial para la resolución de esta causa, que fue dispuesta a fs. 52 y consistió en una entrevista llevada a cabo a los niños mediante el sistema de Cámara Gesell, en las instalaciones del CAI, con intervención de los profesionales que allí se designaron.

De dicha audiencia, se obtuvieron los informes que obran a fs 63/64 y 66/68, los que resultan de suma importancia para el dictado de esta sentencia y que analizaré más adelante.

### **IV.- SOLUCION AL CASO.**

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta, la sentencia que declara la situación de adoptabilidad de los niños B. D. V. y Y. B. V. - hijos de R. A. V. y C. S. J.a - y de los niños J. S. P. J. y R. V. P. J. - hijos de los aquí recurrentes, J. J. P. y Ca. S. J. -.

La presente sentencia no alcanza al joven E. A. V., por cuanto, en el transcurso de este proceso ha cumplido la mayoría de edad (19/03/2018, conforme copia de partida de nacimiento obrante a fs. 348 de los autos N° 4759/15-878/16).

Para resolver la delicada cuestión aquí debatida, conviene recordar ciertos principios sostenidos en distintos pronunciamientos de esta Sala, algunos de fecha muy reciente, en los cuales el Tribunal tuvo que decidir respecto a la confirmación o revocación de la sentencia que declaraba el estado de adoptabilidad de los niños involucrados. Entre ellos, autos N° 100.959 “LV.” del 09/03/2012; N° 103.579 “F. G.”, del 02/10/2012; N° 106.829, “P. P.”, del 22/11/2013; “G. Y.J. y M. s/ Recurso Inconstitucionalidad- Casación”, del 27/08/2015 y en fecha reciente n° 13-04311414-4, “Ferreira” del 03/12/2018).

Entre los principios señalados, tengo en cuenta especialmente los siguientes:

a) El interés superior de los niños:

Aún cuando pueda resultar innecesaria su mención, conviene dejar aclarado que todo lo que aquí se resuelva, tendrá por único y primordial objetivo, la protección del interés superior de los niños involucrados, B. (16 años), Y. (12 años), J. S. (11 años), R. (8 años) y B. (3 años, cuya situación será abordada en el expediente que también tramita ante este Tribunal n° 13-04137148-4/1). El interés de sus progenitores reclamantes no será preferido, jamás, por sobre el de los pequeños, a quienes debe este Tribunal proteger por todos los medios que encuentren a su alcance.

En esta tarea, resulta oportuno recordar que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe 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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esto es, ante la existencia de niños cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito (CSJN, 13/03/2007, “A.F.”).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de pronunciarse in abstracto sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención, señala que “el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y 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” (Opinión Consultiva OC17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Se ha afirmado así que “la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño por sobre 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 y de aquellos que ejercen la guarda pre-adoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño” (CSJN, 13/03/2007, “A.F.”).

Cabe asignar al interés superior del niño el carácter de principio jurídico, en tanto genera normas interpretativas y de solución de casos que ordenan al juez una demostrada consideración por la solución que de modo más completo y eficaz lleva a la concreción de aquello que interesa a la persona menor de edad involucrada en el proceso que debe decidirse. Además de ser un principio jurídico, el interés superior conforma un “valor jurídico”, de donde se constituye en una finalidad a realizar, en un objeto axiológico del proceso; de esa suerte declarar el derecho – función reservada al juez - exige partir del principio y obtener el valor. Sólo si la solución del caso se sustenta en ambos extremos (el del principio y el del valor jurídico) puede sostenerse que se cumple la realización del derecho en los términos en que la ley define el interés superior. El criterio de interpretación aludido permite la decisión razonablemente fundada en los términos de los arts. 2 y 3 del C.C.C.N. dirigidos a asegurar el derecho de las personas a acceder a la justicia en los términos requeridos por la convencionalidad vigente.

Sobre ello, recuerdo que la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, define en el art. 3 lo que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, señalándose como tal “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Esta ley y los derechos que allí consagra a los niños y adolescentes, constituirá el marco, junto con los tratados internacionales vigentes, incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75.22), dentro del cual se analizará y resolverá la presente cuestión.

b) La preservación de la familia biológica.

Junto con el interés superior del niño, debe analizarse también el derecho indiscutido que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con sus progenitores en el seno de su familia de origen.

El art. 11 de la Ley 26061 prescribe que “Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus



padres, aún cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

Es decir, en términos de derechos a satisfacer íntegra y simultáneamente, la preeminencia debe otorgársele a la familia biológica, por cuanto constituye un derecho indiscutido de los niños el permanecer y crecer junto a sus padres y que se respete su identidad filiatoria.

El extremo opuesto de la tensión que debe abordarse para obtener un pronunciamiento acorde con el interés superior de los niños está dado por una historia de agresiones, malos tratos, abandono, descuido, posibles abusos sexuales, cometidos por el recurrente Sr P., sumándose a ello, la real imposibilidad de la Sra. J. de proteger a sus hijos y de ejercer, adecuadamente el rol materno. De donde cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que “la procedencia sanguínea no es con todo absoluta sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos- con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño” (conf. Fallos 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, consid. 61).

Teniendo en cuenta los derechos en pugna, la Corte Federal ha sostenido que “más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar” (CSJN 13.03/2007 “A.F.”).

c. La situación actual de los niños.-

La situación en la cual se encuentran actualmente los niños es muy distinta a la existente a la fecha de la sentencia que aquí se recurre, por lo que resulta vital su análisis para la adecuada resolución de la causa.

Cuando comienza la tramitación del recurso extraordinario ante esta Sede, conforme surge de las constancias objetivas de la causa, estábamos en presencia de seis niños (hoy cinco, dada la mayoría de edad de E.), que se encontraban alojados en distintos hogares de la OAL, cuyos padres biológicos solicitaban la restitución, por lo que el debate se limitaba a decidir el mejor interés de estos pequeños, entres dos opciones posibles a ese momento: continuar con la institucionalización y comenzar el proceso de adopción, o restituirlos a sus padres.

Sin embargo, cuando llegó la fecha de la Cámara Gesell ordenada por este Tribunal (fs. 52), todos los que allí asistimos nos encontramos frente a un panorama radicalmente diferente. Gratamente, la situación de estos niños ha sido modificada. Ninguno continúa alojado en los hogares de la OAL. Por el contrario, todos están conviviendo con distintas familias pre-adoptivas y, conforme surge de sus declaraciones, que analizaré individualmente a continuación, desean permanecer en ese estado, con esas familias en las que han encontrado y recibido el amor y los cuidados que necesitaban y manifestaron, unánimemente, no desear ser restituidos con sus padres biológicos aquí reclamantes.

La grata realidad que hoy viven estos niños no me exime de la necesidad de efectuar un llamado de atención a los responsables del RUA , por cuanto, si esa Cámara Gesell no se llevaba a cabo por este Tribunal, podría haberse resuelto algo con total desconocimiento de la situación actual de los niños, atento a que nada de esto surge en los expedientes que se encuentran aquí para resolver. Por ello, considero que, bajo la modalidad que lo estime más pertinente y adecuado para el resguardo de la información e intimidad de los pequeños involucrados, el RUA debe mantener siempre informados a los jueces y tribunales intervinientes, de cualquier cambio o modificación en la situación de hecho de los niños respecto de los cuales se haya declarado su situación de adoptabilidad y dicha sentencia aún no esté firme. Lo contrario, como lo que ha ocurrido en estos autos, podría llevar a los jueces a dictar sentencias contradictorias e insostenibles, que terminen causando un grave perjuicio a los niños, a sus padres biológicos, a los pretensos adoptantes y a todas las partes,

por carecer de sustento fáctico actual y coherente con la realidad de las vivencias de todos los involucrados.

Aclarado ello, comenzaré a analizar la situación actual de los niños que aquí nos ocupan:

1. La situación de B. D. V. (16 años). -

B., desde el mes de setiembre, se encuentra vinculado afectivamente con una familia que reside en San Rafael – familia S. – J. -, a quienes identifica como papá M., mamá M. y hermano M. (hijo biológico de la pareja).

Conforme surge del informe de fs 66/68 “actualmente el conjunto familiar se encuentra en plena construcción del vínculo parento – filial y del nuevo vínculo fraterno con un buen pronóstico dadas las características de ambos vínculos en el inicio de la relación y según su seguimiento”.

En la audiencia relató detalles de su nueva vida, su nueva casa, su dormitorio que comparte con su hermano M., como así también el hecho que van al mismo colegio. Agregó que su mamá M. es profesora de Inglés y lo “ha puesto a estudiar”. Refiere también a su familia extendida, tíos y abuelos.

En cuanto a su deseo actual, manifiesta no querer irse de su actual familia. Señala “estoy mejor ahora, contento. Si pudiera decidir me quedaría donde estoy... No quiero volver con mi mamá biológica. No quiero ver a mi padrastro P., él siempre nos pegó”.

También refirió con angustia no haber vuelto a ver a su pequeño hermano B. y manifestó sus deseos genuinos de tener más contacto con él.

2. La situación de Y. V. (12 años) y R. P. (8 años):

Las dos pequeñas fueron entrevistadas juntas debido a que se encuentran juntas con un matrimonio de pretensos adoptantes, a quienes identifican como papá H. y mamá P.

Ambas se muestran alegres y con la intensidad propia de la niñez y adolescencia que están transitando. Coinciden con B. en el impacto que les provocó ver al pequeño B. a quien prácticamente no conocían.

Luego de un episodio de angustia vivido por Y. en su relato, manifiesta que le gustaría ver a su progenitora, pero no vivir con ella. R. coincide también. Recuerdan episodios de violencia vividos con el Sr. P.

Manifiestan espontáneamente no querer irse con otra familia y que están muy bien con su familia actual, que se divierten allí.

### 3. La situación de S. P. (11 años)

Sebastián relató en el encuentro que asiste a la Escuela Cicchitti y que vive con su mamá S. y su hermano M. Refiere que su papá M. vive en otro lugar (la pareja se encuentra en proceso de separación desde hace unos meses).

Asiste a tratamiento fonoaudiológico, psicológico y psicopedagógico.

Manifiesta que le gusta su familia y que está bien allí y es feliz. No hace referencia alguna a su familia de origen.

### 4. La situación de B. P. (3 años).-

Al más pequeño no pudimos entrevistarlos debido a que presentó indicadores de angustia, como llanto y rigidez, ante la separación de sus padres adoptivos. Por lo que, los profesionales actuantes decidieron no continuar con la audiencia.

B. se encuentra vinculado con la familia Fe. – B., en guarda preadoptiva (expte 5859/15/3F, de la Tercera Circunscripción Judicial, “F. G. E. y S. B. B. p/ guarda pre adoptiva”). Su situación la analizaré en el expediente en trámite ante este Tribunal n° 13- 04137148-4/1.

#### d. Lo que debe resolver este Tribunal y la opinión de los niños.

Llegados a esta instancia, conforme la situación en la cual se encuentran los niños que aquí nos convocan, resulta claro que el Tribunal debe resolver la confirmación de la sentencia recurrida que declaró el estado de adoptabilidad de estos pequeños.

Hacer lugar a la queja planteada en el recurso extraordinario por los padres biológicos, implicaría fallar en contra de los intereses de estos niños

y de su propio deseo que ha sido manifestado claramente.

La audiencia celebrada tuvo por finalidad, esencialmente y dentro del grado de madurez de cada uno, conocer la voluntad de estos niños respecto a su presente y a su futuro. Fueron oídos y fueron claros al expresar que no desean volver con sus padres biológicos. Desean permanecer en las familias en las que se encuentran desarrollando sólidos vínculos de amor y contención.

Asimismo, no advierto razones para no atender a la voluntad de los niños en este caso. No se trata de “obedecer caprichosamente” los deseos de los niños. Por el contrario, los profesionales actuantes también coinciden en que los pequeños están bien con las familias actuales y concluyen que no observan indicadores que posibiliten suponer que dicha interacción familiar actual represente angustia, malestar, riesgo emocional o daño para su desarrollo psico-social (ver informe fs 63/64 vta).

Los niños han sido oídos y es menester que, en este caso y el marco de la restante prueba, su opinión sea tenida en cuenta.

Al respecto, el art 26 CcyCN dispone 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”. Este derecho también se repite en el art. 707 Cód. Civ. y Com. de la Nación en cuanto establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

El derecho de los niños a ser oídos se reitera también en el art. 639 inc. c) al tratar la responsabilidad parental y, específicamente para el caso que nos ocupa, el art. 617 inc. b) cuando establece las reglas del procedimiento de adopción y señala que “el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez”.

Al respecto, se aclara desde la doctrina que “no basta con oír al niño o adolescente en la entrevista, sino que es preciso escucharlo, entendida la escucha como una acción compleja que encierra muchas otras: observar, saber preguntar y distinguir lo manifiesto de lo latente. Ello posibilita que dé su opinión sobre los conflictos que lo afectan. Nótese también que escuchar su palabra es reconocerlo como sujeto de derechos y no como un objeto de protección. Y esta óptica permite observarlo de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos” (Código Civil y Comercial comentado, Lorenzetti, tomo IV, pág. 578).

Ha sostenido este Tribunal respecto al derecho del niño a ser oído que “Ello no quiere decir que su opinión sea necesariamente vinculante para la

decisión ni que deban aceptarse incondicionalmente sus deseos. Será el juez, quien deberá resolver, teniendo en cuenta su interés superior. Este aspecto se vincula con la denominada autonomía o capacidad progresiva, en el sentido de que no es lo mismo la opinión de un adolescente de quince años, que la de un niño de escasa edad. Pertenecer a la categoría jurídica de “adolescentes” permite presumir que ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su intervención. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia”, que depende de la edad, pero muy especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, el conflicto específico de que se trate, etc. Por eso, la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona. (autos n° 3-03720355-0/1, “Farres...”, 16/08/2016, con cita de “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, cita online: AR/DOC/3850/2015).

Agregan los autores que “el derecho a ser oído se emparenta con otro principio estructural de esta concepción, que es el reconocimiento de la capacidad progresiva (art. 5 Convención Derechos del Niño) el cual no hace más que reconocer una realidad incuestionable y es que, a mayor edad, mayor comprensión y mayor posibilidad de tomar decisiones de manera autónoma” (Del Mazo, Carlos Gabriel, “Revinculación de una adolescente con su progenitora. Derecho a ser oída y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta”, DfyP 2015, 04/11/2015, 94, cita online AR/DOC/3471/2015).

Conforme con las pautas señaladas, considero que en esta causa el derecho de los niños a ser oído ha sido respetado por el Tribunal. Asimismo, todos los niños entrevistados se advierten con la suficiente madurez y comprensión como para decidir no querer volver a un hogar en el cual recibieron malos tratos, agresiones y abandono. Por lo que su opinión debe ser tenida en cuenta y así será resuelto.

e) El vínculo entre los hermanos.

Finalmente, considero necesario, en aras de proteger el interés superior de estos niños, su derecho a la identidad, como así también respetar su voluntad manifestada en la audiencia, adoptar medidas tendientes a preservar el vínculo entre los hermanos V. – P., el que lógicamente se ha visto resentido como consecuencia de la distancia física que implica la inserción de cada uno de ellos en distintas familias adoptivas.

Al respecto, corresponde precisar que, como derivación del derecho a la conservación de los vínculos con la familia de origen, el artículo 595, inc. d), del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consagra “la preservación de

los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas”.

Sobre la cuestión, ha dicho este Tribunal que “Desde siempre se ha señalado la inconveniencia de adoptar un hermano con exclusión de otro. Bien se ha dicho que si se trata de varios hermanos huérfanos o abandonados, y son adoptados por personas diferentes, a la desgracia de su desamparo se suma otra más: la de dejar de ser hermanos. Por eso toda la doctrina sostiene la conveniencia de que todos los hermanos sean adoptados por un mismo adoptante (SCJM, expte n° 69.079, “Silvestrini...”, 29/08/2000, LS 296-498, en los que se ha citado a Ferrer, Francisco M., *Voz Adopción*, Enciclopedia de Derecho de Familia t. I, Bs. As., ed. Universidad, 1991, pág. 109; Feyt, León., *Algo más sobre adopción y legitimación adoptiva*, LL 119-1064; Vidal Taquini, *Proyectada reforma del régimen de adopción*, LL 1975-B-1339; Molina, Alejandro, *Los hermanos sean unidos*, Rev. Derecho de Familia, n° 7 pág. 51 y ss; Uriarte, Jorge A., en Bueres- Highton, *Código Civil anotado*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995, t I, pág. 1493; Lloveras, Nora, *Nuevo régimen de adopción*, Bs. As., ed. Depalma, 1998, pág. 63; Cám. Nac. Civ. sala I, 19/8/1997, JA 1998-II-23; Trib. de Menores de Azul, 21/4/1978, JA 1978-IV-611).

Asimismo, el factor tiempo, reviste vital importancia en las cuestiones en que se hallan involucrados niños y adolescentes, y particularmente en la cuestión específica que nos ocupa. Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado establecido que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (conf.: Corte IDH, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21/09/2002, p. 145). Y específicamente en lo relativo a la materia que convoca al Tribunal, ha dicho que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades (conf.: “L., M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay”, 01/07/2011, p. 16); y destacó que la mayor dilación en los procedimientos podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de

hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto (conf.: “Fornerón L. e hija c. Argentina”, 27/04/2012).

Conforme estos criterios, nadie niega que, en autos, la situación ideal hubiese sido la adopción de todos los hermanos V. –P. en forma conjunta, por una misma familia adoptiva. Pero el factor tiempo, al que aludí precedentemente, influye en este caso de dos maneras: por un lado, el tiempo en el cual estos niños vienen consolidando lazos de afecto positivos en las respectivas familias de pretendidos adoptantes; por otro lado, la difícil o remota posibilidad de encontrar una familia en condiciones de afrontar la adopción de cinco hermanitos, lo que implicaría la continuidad de una situación de incertidumbre respecto del futuro y bienestar de estos niños.

Esta circunstancia es también contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial, al receptar “una regulación amplia y realista, entendiéndose que si bien el ideal es que todo el grupo de hermanos sea adoptado por la misma familia, lo cierto es que esto no siempre es posible y por ello, en estos casos y como un principio de mínima, se deben llevar adelante las decisiones pertinentes para evitar la ruptura del vínculo jurídico y afectivo entre los hermanos” (conf.: Herrera Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. IV, ps. 27/28).

Debo valorar también que, al momento de la audiencia, tanto B. como Y. y R., pusieron de manifiesto un evidente interés por sus hermanos, especialmente por el más pequeño B., al que prácticamente no conocían. Asimismo, todos se mostraron muy alegres y eufóricos en el momento previo a la audiencia, cuando se reencontraron en el patio de los Juzgados de Familia, después de tanto tiempo sin verse.

Esto también fue observado por los profesionales actuantes, quienes a fs. 64 vta. informan que “cabe destacar que los profesionales a cargo de la Cámara Gesell entre una entrevista y la siguiente acompañaban a los niños al patio y luego ingresaban con los siguientes. Estos intervalos permitieron observar desde lo social cómo un lugar netamente institucional convocó a cinco hermanos que no se veían desde hace mucho tiempo (de hecho a B. desde su nacimiento y éste a su vez no los conocía). Asimismo, las familias preadoptivas generaron lazos espontáneos que dieron lugar como lo expresaran



a un grupo de whatsapp entre los adultos, fotos entre los niños, los niños y los adultos, observándose expresiones de cariño y alegría”.

El mismo informe remarca la necesidad de contacto entre los hermanos, en términos de espacios saludables, sin la presencia de agresiones, descalificaciones o cualquier instancia de vulneración de derechos. Concluye que “la despedida de los hermanos, se identifica como cálida, alegre, sostenida en la promesa de reencuentro”.

Esa promesa de reencuentro es la que voy a retomar en este fallo, poniendo en cabeza de los adultos – pretensos adoptantes, como así también de las autoridades del RUA - la instrumentación de todos los medios que estimen necesarios y pertinentes para que los hermanos permanezcan vinculados, física y emocionalmente, mediante encuentros periódicos y con la frecuencia que sea posible coordinar entre todos.

A tal fin, desde el RUA, previa coordinación con las familias adoptivas de los niños, se deberá elaborar un calendario de encuentros, en el lugar y horario que allí acuerden, para que los hermanos puedan reunirse, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido por todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso, atento los derechos esenciales en juego.

e) Lenguaje claro.

En esta etapa, considero oportuno detenerme un momento y dedicarles unas palabras a los niños y jóvenes destinatarios de esta sentencia, en un lenguaje claro y simple, que les permita entender lo que se está resolviendo, respecto de su vida personal y familiar y en cuanto a su futuro.

La doctrina moderna insiste en la necesidad de utilizar un lenguaje claro en las sentencias, específicamente en aquellas dictadas en procesos de familia, señalando que “no se trata solamente de dictar una sentencia a la medida de cada familia, sino de comunicarla de forma tal que sea comprendida. Para que sus destinatarios la interioricen y acepten. Es por ello que el lenguaje de la sentencia resulta el punto de partida del análisis de su eficacia” (Ballarín Silvana, “El lenguaje en el proceso de familia como garantía de tutela judicial efectiva”, Publicado en SJA 07/02/2018, 8 JA 2018-1,1138; Cita Online: AP/DOC/1156/2017).-

Dicha inquietud ha sido receptada también por este Tribunal, en función administrativa mediante el dictado de la Acordada n° 28.243

(01/08/2017) que establece que en la redacción de citaciones, resoluciones o notificaciones debe utilizarse un lenguaje accesible para las personas que no poseen conocimientos técnicos jurídicos.-

Con mayor razón, entiendo, que ese tipo de comunicación debe intentarse cuando sus destinatarios son niños, como el caso que nos ocupa.-

Por ello, estas palabras están destinadas exclusivamente a B., Y., Ro., S. y B., por si algún día desean leer esta sentencia, para que puedan así comprender lo resuelto y el por qué de ello.-

Luego de haberlos conocido personalmente y de haber escuchado sus deseos y sus angustias, hemos decidido que lo mejor para ustedes es que continúen viviendo junto a las familias con las que se encuentran hoy transitando el camino de la adopción.

Estamos convencidos de ello porque ustedes mismos nos han dicho lo felices que están así. Nos han contado cómo se desarrollan sus días en la actualidad, desde quiénes les preparan el desayuno y los buscan en el colegio, hasta quiénes los ayudan a estudiar; qué hacen en sus ratos libres, con quiénes comparten sus alegrías y tristezas; quiénes integran su nueva familia, a quiénes identifican como “mamá”, “papá”, “abuela” y cada uno de los nuevos afectos que han incorporado en sus vidas.

En definitiva, nos han hecho saber quiénes son las personas que, hoy, les brindan amor y se preocupan por sus necesidades y de quiénes no quieren ser separados. En eso han coincidido todos, no quieren ser separados de sus nuevas familias adoptivas y esa voluntad, claramente manifestada, es algo que este Tribunal va a respetar y valorar.

Sabemos que, pese a ser tan pequeños, han sufrido mucho, han tolerado malos tratos y abandono de parte de quienes debían protegerlos y amarlos. Y no queremos que eso vuelva a repetirse en sus vidas. Por ello, hemos decidido priorizar y defender el interés de ustedes, por sobre el de sus padres biológicos que los reclaman. Ustedes coincidieron en que no quieren volver con ellos, no quieren volver a esa casa donde fueron maltratados y ello será respetado, porque también es lo que consideramos mejor para su futuro y bienestar personal. A lo largo de todos los años que duró esta causa judicial, pudimos comprobar que sus padres biológicos no están en condiciones de garantizar el cuidado y la protección que ustedes necesitan. Desde el Poder Judicial y desde todas las instituciones que han intervenido, se intentó siempre

preservar y priorizar la unión de la familia biológica. Pero ello no resultó por lo que hoy es momento de pensar sólo en ustedes y en su futuro.

Por último, consideramos necesario preservar, estimular y fortalecer la relación entre ustedes como hermanos, aún cuando por distintas circunstancias deban vivir separados en diferentes familias. Esta fue una de las inquietudes que ustedes mismos nos plantearon en la audiencia que tuvimos, el deseo de verse entre sí y mantener el contacto como hermanos. Por ello, hemos decidido que el R.U.A. (organismo que ustedes conocen bien) elabore un calendario de encuentros, en el lugar y horario que acuerden, para que puedan reunirse los hermanos, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido por todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso. No hace falta siquiera explicarles que hoy cuentan con mucha tecnología (whatsapp, messenger, facebook, instagram, etc.) que les permitirá estar conectados cada vez que quieran. Usen esos medios cuando lo deseen, manténganse unidos y no se olviden, que pese a todo lo que han vivido, ustedes se aman mutuamente como hermanos y eso nada ni nadie puede cambiarlo.-

Finalmente, recuerden que todas las distintas instituciones judiciales y administrativas que han participado en sus vidas, tanto Juzgados de Familia, R.U.A., Asesora de Menores, O.A.L. y este mismo Tribunal, lo han hecho siempre con la intención y finalidad exclusiva de protegerlos a ustedes. Por ello, no duden en acudir a ellas cuando lo necesiten, que allí estarán para ayudarlos en esta etapa que les toca vivir, para atender sus necesidades y canalizarlas adecuadamente.

f) Conclusiones:

En virtud de todo lo expuesto, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, conforme los considerandos expuestos en esta sentencia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:**

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto y, en consecuencia, confirmar la

sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia el 01 de Diciembre de 2.017, en los autos N°4.759/15- 878/16, caratulados: “O.A.L. LEY 26061 Z.E. M. DE LOS A., E., Y OTS. P/ SOL. MED”. Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

**A LA TERCERA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:**

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a los recurrentes vencidos (art 36 CPCCyTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A :**

Mendoza, 15 de febrero de 2.019.-

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**R E S U E L V E :**

**I.-** Rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia el 01 de Diciembre de 2.017, en los autos N° 4.759/15- 878/16, caratulados: “O.A.L. LEY 26061 Z.E. M. DE LOS A., E., Y OTS. P/ SOL. MED”.

**II.-** Oficiar al RUA para que, bajo la modalidad que lo estime más pertinente para el resguardo de la información e intimidad de los pequeños involucrados, adopte las medidas que sean necesarias para mantener siempre informados a los jueces y tribunales intervinientes en procesos de adopción, de cualquier cambio o modificación en la situación de hecho de los niños respecto de los cuales se haya declarado su situación de adoptabilidad y dicha sentencia aún no esté firme

**III.-** Oficiar al RUA para que, previa coordinación con las familias adoptivas de los niños V. – P., elabore un calendario de encuentros, en el lugar y horario que acuerden, para que los hermanos puedan reunirse, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido

por todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso, atento los derechos esenciales en juego.

**IV.- Imponer las costas a los recurrentes vencidos.**

**V.- Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera:**  
Dra. Ana Paz COLOMBO, en la suma de pesos UN MIL QUINIENTOS (\$ 1.500) (Arts. 15 y 31 Ley 3641).

**NOTIFÍQUESE.-**

7941-48339

DR. PEDRO JORGE LLORENTE  
Ministro

DR. DALMIRO FABIÁN GARAY  
CUELI  
Ministro

DR. JULIO RAMON GOMEZ  
Ministro