



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

70962/2012

B., L. B. S. s/GUARDA

Buenos Aires, de octubre de 2017.- PM

AUTOS Y VISTOS:

I. Contra el *decisum* obrante a f. 192, en virtud del cual el Sr. Juez de primera instancia desestimó la guarda con fines de adopción del niño L. B. S. B. G. peticionada por la Sra. C. M. E. C., interpuso recurso de apelación la nombrada peticionaria.

El memorial fue agregado a fs. 204/209. A fs. 220 dictaminó la Sra. representante del Ministerio Público de la Defensa ante esta Cámara; y a fs. 222/223 hizo lo propio el Sr. Fiscal de Cámara.

II. La recurrente se queja por cuanto entiende que el *a quo* no advirtió la necesidad de aplicar una figura jurídica definitiva para la protección del niño, limitándose a una interpretación estricta de las previsiones del artículo 607 del Código Civil y Comercial, efectuando un análisis restrictivo de la normativa vigente que deja de lado el caso concreto y el interés superior del niño. Afirma que, por otro lado, la institución de la tutela no refleja la realidad del grupo familiar, en atención a que su pareja –el Sr. J. S. B., abuelo paterno de L.- y ella cumplen un rol que excede el de tutores del mencionado niño. Agrega que con la aplicación de esta figura jurídica se privaría a L. de aquellos derechos que sólo corresponden a los hijos por su carácter de tales, tales como los derechos hereditarios, por el mero hecho de que el nuevo Código no contempla el modelo de familia que integran junto al Sr. B. y el niño. Por último, solicita se escuche a L. respecto de la materia recurrida.

III. La Sra. Defensora de Cámara coincide con la respuesta dada a la cuestión por el magistrado de la anterior instancia



a f. 192. Destaca que la petición de la guardadora se halla en oposición a lo expresamente dispuesto por el artículo 602 del CCyC, que establece que *las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar solo si lo hacen conjuntamente*. A lo que se adiciona, en el caso, que el conviviente de la Sra. C. -Sr. J. S. B.-, en su carácter de abuelo paterno de L., se encuentra impedido de adoptar al niño por encontrarse comprendido en la restricción prevista en el inc. b) del artículo 601 del CCyC, cuya inobservancia es sancionada con la nulidad absoluta de la adopción (conf.: art. 634, inc. e) del CCyC). Finalmente, la Sra. representante del Ministerio Público de la Defensa ante esta alzada concluyó que es a través del instituto de la tutela que debería canalizarse la regularización de la situación familiar de su defendido.

IV. A su turno, el Sr. Fiscal de Cámara opinó también que debe confirmarse el *decisum* apelado. Centró su dictamen en lo preceptuado por el artículo 607 del CCyC, en cuanto prescribe que *la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este*. Se refirió, asimismo, a lo dispuesto por los arts. 601, inc. b), 602, y 634, inc. e) del nuevo Código, en similares términos a los expuestos por la Sra. Defensora de Cámara.

V. Sobre el tema del contacto directo pedido entre los jueces y el niño de autos, no se desconoce que el art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños *“en condiciones de formarse un juicio propio”*, *“teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez”*. El derecho del niño a ser oído se halla también contemplado en los artículos 2º, segundo párrafo, 3º, inc. b), 24, incisos a) y b), y 27, inc. a) de la ley 26.061; y por los





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

artículos 26, 113, 117, 595, 598, 635, 639, inc. c), 643, 646, inc. c), 655, y 707 del CCyC.

De modo preliminar, corresponde dejar sentado que el niño L. ha tomado parte del encuentro en el Servicio de Psicología de esta Cámara con fecha 6 de agosto de 2012 (ver acta de f. 13); y, asimismo, ha participado en las entrevistas llevadas a cabo en su domicilio con motivo de las visitas socio ambientales efectuadas por las trabajadoras sociales del Juzgado de primera instancia, los días 27 de septiembre de 2013 y 1° de abril de 2016 (ver informes obrantes a fs. 96/98 y 145/147). De modo que en el curso del presente proceso, el nombrado niño ha sido sujeto de escucha indirecta en varias oportunidades.

En las condiciones reseñadas, no parece útil ni conveniente, en el actual estado de la causa, volver a escuchar al niño *ahora* en la sede de este Tribunal; máxime si se valora que es muy probable que el magistrado de grado anterior deba proceder próximamente a la referida escucha al niño en el marco de la necesaria evaluación previa a la determinación de la figura jurídica que enmarcará el vínculo entre L. y sus actuales guardadores. Ello dicho sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que los suscriptos dispongan el contacto directo con aquel en una próxima etapa; si así lo entienden necesario y saludable para el involucrado.

Es que la comparecencia de los niños a los juzgados y tribunales debe tener sus *límites*, sobre todo cuando -como se dijo- ya fueron escuchados. (ver esta Sala, 29/06/2007, “V.M. del R. s/ Protección Especial”, R. 465.462; 19/03/2010, “G.A. c/ G., H. s/ Art. 250 C.P.C.C.N”, R. 539.657). Tal situación fue advertida por el mismo Comité de los Derechos del Niño, que en la Observación General N° 12, párrafo 24, señaló que “el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria. El proceso de escuchar al niño es difícil y le puede causar efectos traumáticos”.



En el entendimiento apuntado, entonces, este Tribunal considera innecesario, *por el momento*, tomar contacto con L.. Es que nos parece indispensable tratar de preservarlo de una injerencia que *en la actualidad* se juzga superabundante (conf.: esta Sala, 06-02-2017, “M., M.A. y otros s/Control de Legalidad-Ley 26.061, expte. N° 48912/2013).

VI. Decidida la cuestión relativa al encuentro pedido entre el niño y los judicantes debe decirse que, ponderando los antecedentes de autos, bastaría con remitirse por razones de brevedad a lo que ha sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de los Ministerios Públicos ante esta alzada de fs. 220 y 222/223, cuyos fundamentos y conclusiones son compartidos por el Tribunal. Ello es así toda vez que las argumentaciones desarrolladas por la apelante no resultan hábiles para conmover lo resuelto a f. 192 por el magistrado de la anterior instancia, que –se adelanta- será confirmado; sin perjuicio de lo demás que se ha de ordenar.

VII. No obstante, solo a mayor abundamiento, se ha de poner de relieve que L. –de actuales ocho años de edad-, debido a las severas dificultades de su padre y de su madre para hacerse cargo de su crianza –que se originarían en su condición de drogadependientes-, luego de ser alojado por un breve lapso de tiempo en un Hogar, se encuentra bajo el cuidado personal de su abuelo paterno y de la pareja conviviente de este, el Sr. J. S. B. y la Sra. C. M. E. C., desde mediados del mes de enero de 2012 (ver f. 20), cuando contaba con poco más de dos años de edad.

Más adelante, el día 16 de agosto de 2012, el Sr. Juez de primera instancia otorgó a los nombrados la guarda del mencionado niño (ver resolución obrante en copias certificadas a fs. 23/24). Y recientemente, con posterioridad al dictado de la resolución en crisis, ante la petición formulada a f. 198 por el Sr. J. S. B. y la Sra. C. M. E. C., y conformidad prestada a f. 200 por el Sr. representante del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

Ministerio Público de la Defensa ante la primera instancia, el *a quo* prorrogó la guarda oportunamente otorgada a favor de ellos.

Así las cosas, parece claro que de conformidad a la previsión antes citada del artículo 607 del CCyC, no es posible dictar la declaración de la situación de adoptabilidad de L.. Y corresponde aquí poner de relieve que dicho precepto legal guarda concordancia con la prioridad otorgada a la familia biológica tanto por la Convención sobre los Derechos del Niño como por la ley 26.061.

Repárese que la aludida Convención recoge el compromiso de los Estados Partes de *respetar las relaciones familiares del niño* (art. 8). A su vez, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, prescribe que *la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías* (art. 7°); y reconoce el derecho de los sujetos de esta ley *a la preservación de sus relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en su familia de origen* (art. 11).

En la misma orientación, cabe recordar que, conforme la definición proporcionada por el artículo 594 del CCyC, *la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen*. A su vez, en el inc. c) del artículo 595 de dicho ordenamiento legal, se establece como uno de los principios generales que rigen el instituto de la adopción *el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada*.

VIII. Por otro lado, la antes referida restricción establecida por el artículo 601, inc. b), del CCyC, tal como lo señalara el *a quo*, importa una limitación razonable sustentada en el interés de



evitar la confusión familiar que traería aparejada una modificación del estado de familia cuando se verifica un vínculo familiar preexistente tan cercano y relevante entre los futuros adoptante y adoptado; así como en el derecho a la identidad del niño o adolescente involucrado, amparado por los artículos 7, 8 y 9 de la Convención que les atañe (ver Herrera, Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed., Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IV, ps. 64/65 y 235/236).

IX. Por último, debe quedar en claro que no se pretende aquí desconocer un modelo de familia que no hallaría encuadre en el nuevo Código, como alega la Sra. C..

Por el contrario, con apego al principio de realidad que impregna el nuevo Código Civil y Comercial en la materia, se advierte que L. tiene una familia ampliada de origen, que integra junto a su abuelo paterno y a la apelante, quienes lo han recibido desde muy temprana edad y, según resulta de las constancias de autos, han desempeñado las funciones de crianza con amor y responsabilidad (ver los antes citados informes de fs. 96/98 y 145/147).

En las circunstancias expuestas, el interés superior de L. no reside en dotarlo de una nueva familia, sustituyendo los vínculos de parentesco existentes por otros, sino en proporcionar un encuadre legal adecuado a este grupo familiar.

Sobre el tema, contrariamente a lo aducido por la recurrente, calificada doctrina ha dicho que *si el niño o adolescente carece de progenitores, o ellos han sido privados de la responsabilidad parental, pero existen parientes en condiciones de ejercer la tutela, es esta la figura legal que mejor resguarda el superior interés de aquellos*, poniendo de relieve que el nuevo Código regula la tutela asimilándola a la responsabilidad parental en su titularidad y ejercicio (ver Herrera, Marisa, op. cit., T. IV, ps. 235/236). Por lo demás, en el caso en concreto no es posible advertir





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA B

que la eventual aplicación de esta figura legal traiga aparejada, en la realidad concreta, una merma en los derechos de L., vinculada a la inexistencia de vocación hereditaria en la sucesión de la pretensa guardadora; toda vez que no se ha acreditado en la causa que la Sra. C. sea titular de bien alguno. Y, por otro lado, si se modificara la situación patrimonial de la nombrada, nuestro ordenamiento legal ofrece otras opciones que, si este fuera su deseo, le permitirán disponer de sus bienes para después de su muerte a favor de L..

X. Así las cosas, asiste en cambio razón a la recurrente en punto a que debe regularizarse la situación de L., buscando la figura jurídica más idónea para amparar el vínculo que une al mencionado niño con ella y con el Sr. J. S. B.; y que este Tribunal entiende que, en consonancia con lo dictaminado por el Ministerio Público de la Defensa, tiene que ser la institución de la tutela.

Es con dicha finalidad que el Tribunal se ve constreñido a adoptar las necesarias medidas a los fines de preservar el interés superior del L.; y ello a mérito de las facultades conferidas por los artículos 706, 709 y concordantes del Código Civil y Comercial. En tal inteligencia se dispondrá: a) Intimar a los guardadores para que, dentro de los quince días de quedar firme la presente, procedan a regularizar la situación del niño que tienen bajo su guarda; promoviendo el correspondiente pedido de tutela y bajo apercibimiento de lo que pueda corresponder conforme a derecho; b) encomendar al Juez de grado que, con la finalidad de que pueda certificar la viabilidad de la tutela, ordene una evaluación integral de la situación actual del grupo familiar de autos; para lo cual contará, desde luego, con las facultades pertinentes para adoptar otras medidas que entienda aconsejables, una vez que haya escuchado como corresponde a L. (conf.: arts. 706, incs. a) y c), 707, 709 y concs. del Código Civil y Comercial; arts. 2, 3º, *in fine*, 11, 29 y concs. de la ley



26.061; y art. 3, 4, 8, 12, y concs. de la Convención Sobre los Derechos del Niño).

XI. En su mérito, de conformidad a lo dictaminado por la Sra. Defensora de Cámara y por el Sr. Fiscal de Cámara, SE RESUELVE: 1) Confirmar la resolución de f. 192. 2) Intimar a los guardadores, tal como se ha dispuesto en el apartado a) del considerando X, el que se tiene aquí por reproducido *brevitatis causae*. 3) Encomendar al Sr. Juez de primera instancia que, una vez que los autos arriben a primera instancia, de cumplimiento al trámite detallado en el considerando X, apartado b), el que también se lo estimará aquí reproducido por iguales razones. 4) Notifíquese por Secretaría, a la Sra. Defensora de Cámara y al Sr. Fiscal de Cámara en sus respectivos despachos; regístrese y publíquese (Ac. 24/13 CSJN); y, oportunamente, devuélvase.

5

6

4

