

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 29 de agosto de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, de Lázzari, Soria, Genoud, Negri, Pettigiani**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 121.162, "V., A.. Medida de abrigo".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón confirmó la sentencia de primera instancia que, a su turno, revocó la guarda de los niños A. V. y M. V., oportunamente otorgada al matrimonio integrado por A. E. M. y G. J. M., y dispuso el reingreso del menor M. al "Hogar de Niños Pastor Pascual Crudo" ordenando la realización, con carácter de urgente, de una nueva búsqueda y selección de aspirantes que satisfagan las necesidades y requerimientos de los niños (v. fs. 334/346).

Se interpuso, por los señores G. J. M. y A. E. M., recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 371/384 vta.).

Oído el señor Procurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. El Juzgado de Familia N° 9 del Departamento Judicial de Morón resolvió revocar la guarda de los niños A. V. y M. V. que oportunamente se otorgara al matrimonio integrado por A. E. M. y G. J. M. y dispuso el reingreso del menor M. al "Hogar de Niños Pastor Pascual Crudo" ordenando la realización, con carácter de urgente, de una nueva búsqueda y selección de aspirantes que satisfagan las necesidades y requerimientos de los niños. Asimismo, ordenó que se notifique oportunamente al Registro Central de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción y agregar copia de la causa MO43077/2015 respecto del niño M. (v. fs. 303/304 vta.).

Apelado dicho pronunciamiento por el citado matrimonio, la Cámara de Apelación departamental lo confirmó. Asimismo, ordenó la realización de una nueva evaluación del niño A. respecto de la posible dificultad cognitiva que manifestara el mencionado matrimonio M.-M. y dispuso que estos últimos realicen -en la medida en que lo así lo acepten- apoyo psicológico en este proceso de guarda fallida y la concurrencia a programas de apoyo para aspirantes a adopción. Finalmente ordenó, que para el caso de no haberse dispuesto, se adopten medidas respecto de V. y B. V. -hermanos mayores de M. y A.-, conforme a las observaciones concretas realizadas por la licenciada en trabajo social a fs. 208/209 vta. (v. fs. 334/346).

Frente a este último pronunciamiento, los señores G. J. M. y A. E. M. deducen recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 371/384 vta.), mediante el que denuncian la errónea aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 1 y 2 de la ley 14.528, 3 y concordantes de la ley 26.061 y 594, 595 y 621 del Código Civil y Comercial.

Aducen que revocar la guarda de M. con la familia que hoy lo alberga para buscarle nuevos guardadores sería desandar y vulnerar los derechos adquiridos del menor, priorizando el azar y la incertidumbre por sobre su actual, seguro y beneficioso centro de vida (v. fs. 376).

Sostienen que se ha efectuado una interpretación meramente subjetiva del art. 595 inc. "d" del Código Civil y Comercial, la cual le ocasiona un gravamen irreparable a M. (v. fs. 379 vta.).

Consideran que el art. 621 del Código Civil es la herramienta perfecta que permitiría que los medio hermanos M. y A. tengan contacto de por vida (v. fs. 380).

Concluyen que la sentencia atacada colocó por encima de los derechos del niño aspectos reglamentaristas, imponiendo de ese modo como indispensable un requisito -el de adopción de grupo de hermanos- que en principio constituye una disponibilidad preadoptiva y no una obligación, y que más que proteger el interés del niño perjudica su bienestar psicofísico y derriba toda consideración respecto de la doctrina de la protección integral (v. fs. 383 vta.).

2. El recurso debe prosperar.

En efecto, los agravios desplegados en el recurso extraordinario -evaluados a la luz de los informes periciales elaborados recientemente por los expertos de la Asesoría Pericial con motivo de la medida para mejor proveer dispuesta por este Tribunal-, permiten demostrar que la solución impugnada no consulta adecuadamente el interés superior del niño M. (art. 3.1, CDN).

Un análisis integral del contenido de dichos informes periciales me lleva a la convicción de que se debe mantener la guarda del niño M. otorgada al matrimonio recurrente (arts. 384, CPCC y 3.1, cit.).

Veamos:

i) En el dictamen elaborado por las licenciadas en trabajo social de la Dirección General de Asesorías Periciales -cuerpo técnico de esta Suprema Corte de Justicia- se lee que "... M. V. se observó integrado a la dinámica familiar, saludable a la observación lega, afectivamente vinculado a los adultos del hogar, con cobertura de las necesidades que detenta conforme el ciclo vital que transita" (v. fs. 444 vta.).

En el mismo informe se agrega que "... dada la actual situación, pudo relevarse que las familias que alojan a ambos niños presentan disposición para promover la vinculación de estos con su grupo de origen, comprendiendo su importancia" (v. fs. 447 vta.).

ii) Por su parte, las peritos psicólogas Graciela Gardiner y María del Carmen Badaloni -también del cuerpo pericial de esta Corte- refieren, con relación a los recurrentes que "... se trata de una pareja que cumple con las funciones nutricias y con las necesidades afectivas, de estimulación y de sociabilización primaria. Alertas a las necesidades y requerimientos del bebe, con el transcurrir del tiempo han ido aprendiendo a codificar-decodificar las necesidades de M. (diferentes manifestaciones que les permiten distinguir cuándo tiene hambre, sueño, está sucio, necesita contacto y afecto, etc.). Promueven el vínculo del niño con sus respectivas familias y también con su entorno de amigos, lo que es propicio para la creación de lazos de interacción secundaria en el bebé. De esto se desprende que los recursos tanto materiales como psíquicos con que cuenta esta pareja les permiten desarrollar las funciones materna y paterna (cada uno desde su singularidad) para una adecuada subjetivación de M." (v. fs. 452).

Agregan que "la pareja ha mostrado disponibilidad para una posible vinculación de M. con A., como así también respecto de los otros hermanos" (v. fs. cit.).

En el mismo informe pericial -en respuesta al específico punto de pericia referido a la evaluación teniendo en cuenta el interés superior del niño- observan que "... M. se encuentra atravesando un período constitutivo de su psiquismo en el que por su edad cronológica, está en construcción de un apego constitutivo, en pleno desarrollo de su identidad personal" (v. fs. 465 vta.).

Resaltan que **"el desapego de figuras significativas en la constitución del psiquismo pone en riesgo el desarrollo saludable del niño y en consecuencia la posibilidad de puntos nodales para el despliegue de futuras psicopatologías"** (v. fs. 456 vta., con mi destacado).

Puntualizan que la pareja parental M.-M. ha generado un vínculo de apego con M. y que "... desandar este camino del psiquismo de un vínculo real por un vínculo posible con un hermano que no conoce, **atentaría con el proceso tendiente a garantizar un desarrollo saludable del menor M.**" (v. fs. 456 vta., nuevamente con mi resaltado).

Por lo tanto, el punto central que debe definir la presente cuestión para determinar la procedencia o no del carril de impugnación articulado es el interés superior del niño M., quien -habiendo nacido el 10-12-2015- se encuentra conviviendo y forjando un vínculo familiar con el matrimonio M.-M. desde los cinco meses de vida.

Bajo estas circunstancias, no podemos perder de vista en el resguardo de su interés que -como se asevera en el informe pericial de fs. 448/458- alterar su situación actual pondría en riesgo su desarrollo saludable con la consecuente posibilidad de "puntos nodales para el despliegue de futuras psicopatologías", cuando no se observan razones que justifiquen una decisión que es gravosa para su bienestar, siendo -por otra parte- que el vínculo con su hermano A. podrá ser favorecido por los adultos que se encuentran ejerciendo la guarda de ambos niños, tal como surge de las manifestaciones recogidas en las respectivas diligencias periciales (v. fs. 447 vta. y 457).

De este modo, estimo que la resolución de la primera instancia -luego confirmada por la Cámara- ha ponderado en abstracto los derechos del niño, teniendo por forjados vínculos sin un respaldo probatorio adecuado -nótese que surge de las constancias de la causa y la propia Cámara así lo reconoce en el fallo (v. fs. 340 y 343), que el tiempo de convivencia entre los medio hermanos M. y A. fue muy breve- emitiendo un pronunciamiento que -como ya adelanté- no se compadece con lo que reclama el interés superior del niño M. (art. 3.1, CDN) a la luz de su real y actual situación constatada por la actividad instructoria llevada adelante por esta Suprema Corte con motivo del abordaje del recurso extraordinario articulado, de donde se extraen elementos objetivos a los fines de evitar un nuevo desarraigo de M., ahora del seno de la familia guardadora, ámbito en el cual ha venido creciendo y desarrollándose saludablemente desde los cinco meses de vida.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar (Fallos: 328:2870; 331:147 y 2047). En casos como los de autos, en que concurren relevantes conflictos interpersonales, cabe privilegiar la consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 3.1- impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a los menores y que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 318:1296; 323:91).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso deducido y revocar la sentencia impugnada, brindando una solución que resulta la más adecuada en consideración al interés superior del niño involucrado (art. 3.1, CDN), pauta que debe guiar toda decisión que sobre el mismo se tome y que ha sido definida como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (cfr. causas C. 102.719, sent. de 30-3-2010 y C. 119.541, resol. de 25-2-2015). Por lo que corresponde mantener la guarda con fines de adopción de M. con el matrimonio compuesto por los señores G. J. M. y A. E. M. (art. 31, CDN).

Asimismo, se deberá exhortar al Juzgado de origen para que diagrama un modo de vinculación entre M. y A., como así también respecto de sus otros dos hermanos –V. y B.- que continúan bajo el cuidado de su familia biológica.

Las costas se imponen por su orden, en atención a la entidad de los intereses en juego (cfr. art. 68 segundo párrafo y 289, CPCC).

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. A diferencia del voto que antecede, considero que la impugnación no prospera, atento a la insuficiencia técnica que exhibe (cfr. art. 279, CPCC).

Ha dicho este Tribunal -en forma reiterada- que quien afirma que el fallo transgrede determinados preceptos del derecho vigente o denuncia absurdo, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. El incumplimiento de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor (cfr. causas C. 95.063, sent. de 22-11-2008; C. 96.918, sent. de 25-2-2009; C. 108.600, resol. de 7-10-2009 y C. 110.380, resol. de 28-5-2010), que, como se adelanta, acontece en el caso (art. 279, CPCC).

En efecto, una atenta lectura del escrito recursivo permite advertir que los impugnantes se desentienden de los motivos brindados por la Cámara, fundamentalmente en cuanto a que en el fallo se expone -luego de una detallada reseña tanto de la historia de vida de A. y M. como de lo acontecido en el marco de la causa- que "... el lazo fraternal, en el cual si bien el contacto ha sido poco puede seguir profundizándose y construyéndose, es algo sumamente importante", agregando que "Es claro que no operamos con certezas (pues el futuro, para todos, es incierto) sino con probabilidades y expectativas; trabajamos, insisto, para cooperar en la construcción de un futuro; y, a mi modo de ver, el futuro de estos niños debería pensarse en conjunto y no separados, adoptando los mejores esfuerzos en tal sentido" (v. fs. 343).

Los recurrentes, con sus argumentos -centrados esencialmente en alegar que la decisión impugnada "ata la suerte del menor a un futuro incierto, aferrándose a una mirada subjetiva y parcial del art. 595 inc. 'd' del Código Civil y Comercial" (v. fs. 383) y que no se habría considerado el interés superior de M.-, no logran demostrar el error en la decisión que, ponderando los informes obrantes en la causa, consideró que la preservación de los lazos fraternos entre M. y A., y la búsqueda de una nueva familia que pueda contenerlos afectivamente a los dos, constituye la decisión que mejor atiende al interés superior de ambos niños (v. fs. 338/345).

No demuestran los impugnantes que lo decidido en la causa no atienda la consideración del "interés superior del niño" (art. 3.1, C.D.N.), pauta tenida en cuenta en el fallo impugnado y que ha sido definida como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (cfr. causa C. 102.719, sent. de 30-3-2010).

2. El Tribunal dispuso medidas para mejor proveer -v. fs. 391, 401- mereciendo especial consideración la pericia de la experta en niñez -v. fs. 401 y 420, 459/462 vta.-, quien es la que ahonda respecto a la proyección del interés del menor en la relación vincular con la señora M.. De ello resulta que se satisface esa exigencia del referido principio, lo que corrobora la necesidad de confirmar la sentencia (art. 706 inc. "b", Cód. Civ. y Com.; art.

3.1, Convención de los Derechos del Niño; Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, puntos 94-95).

No obstante que el informe de la licenciada en trabajo social de la Dirección General de Asesorías Periciales, así como el dictamen de las peritos psicólogas Graciela Gardiner y María del Carmen Badaloni dan cuenta de una dinámica familiar con el matrimonio M.-M. que cumple con las funciones nutricias y con las necesidades afectivas, así como que también están dispuestos a vincularse con A., la apreciación conjunta de la prueba, siempre en función del superior interés de la persona menor de edad, permite avizorar que tal intención difícilmente se sostenga en el tiempo, resultando a la postre perjudicial la integración en esa familia para la construcción subjetiva de la identidad de M..

En primer lugar, la perito psicóloga del Cuerpo Técnico Auxiliar de La Plata, doctora Mendoza, fue convocada a partir de conocimientos especializados sobre la niñez (v. proveimiento de fs. 401). Téngase en cuenta que para lo que es objeto de análisis en autos -la relación vincular entre M. M. y M. y con su hermano A.- el perfil técnico de la perito es el que aporta mejor especialidad, y ello genera un estándar de confiabilidad sobre lo dictaminado.

Respecto de la situación vincular de M. se expresa en ese dictamen que "no se observa en la Sra. M. una falta que ocasionara el deseo del hijo ni deseo de maternidad, lo cual dificulta la libidinización hacia el niño otorgándole un lugar de objeto, el cual solo necesitaría cuidados externos"; y agrega "en el marco de las entrevistas, se observa que el lugar del niño queda cuestionado como sujeto, debido a la falta de libidinización y caracterización por parte de la guardadora quien al momento, carecería de recursos para donar la falta constitutiva del lugar del hijo" (v. fs. 460 y 462/463). De ello surge que de acogerse al planteo que hacen los recurrentes, M. quedaría atado a un futuro en el que la mamá adoptante no le reconoce el rol de hijo como sujeto de derecho (art. 3 inc. "a", ley 26.061).

Un aporte descriptivo que avala las dificultades que la señora M. exhibe como sostén libidinal es la frase que refiere la experta en niñez sobre el modo de vinculación: "Respecto del primer encuentro con M. en el hogar menciona que estaba en el cochecito, con granos y que le faltaba pelo, la Sra. refiere que no lo pudo alzar" (v. fs. 470).

En segundo lugar, de las constancias de la causa emanan otros condicionamientos que marcan cierta probabilidad de que M. y su hermano A., al separarse, no podrán efectivizar la relación vincular. Con ello no solo resulta la imposibilidad de cumplir con el principio rector de no separar a los hermanos, previsto en la primera parte del art. 595 inc. "d" del Código Civil y Comercial, sino también con la restante manda de mantener su vinculación. Así, se controvierten los otros principios generales recogidos en el referido código: el respeto por el derecho a la identidad, el interés superior del niño, junto al mencionado mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos (arts. 595 inc. "a", "b" y "d"), último recurso para preservar los vínculos con la familia de origen. En efecto esta proyección se fundamenta al observarse la conducta del matrimonio M.-M., la que se pasa a detallar: en su proyecto de adoptabilidad se habían comprometido a recibir hermanos (v. fs. 104 de la causa acollorada MO 43077/2015). En los hechos, no solo se retractaron de ese compromiso a raíz de la restitución del niño al juzgado, sino también que los argumentos en los que fundamentaron ese cambio -esgrimir problemas de salud de A.- tampoco se constataron (v. fs. 272, 277, 278, 445 vta. y 462 vta.). Todo lo cual parece confirmar la previsión que hiciera la doctora Mendoza sobre la señora M., en cuanto "se observa baja tolerancia a la frustración y tendencia a responsabilizar al otro respecto de imposibilidades propias" (v. fs. 462 vta.).

Aún más: otro dato de interés para evaluar la factibilidad de lo que aquí se decida, está dado por la displicencia en no cumplir con la resolución del juzgado cuando ordenara la restitución de M. -v. fs. 355-, lo que persuade de un incierto compromiso de vinculación de M. con A.. Máxime con el precedente de restitución y las susceptibilidades que ello trae aparejado para la relación de ambas familias (M.-M., F.-L.; v. fs. 445 vta.; art. 384, CPCC; Fallos: 330:3853) y que también podría tener un impacto negativo en A. en vista a su historia personal de relación con el matrimonio M.-M..

Ahora bien, del informe elevado por el juzgado de origen surge que se han iniciado actuaciones complementarias tendientes a la selección y vinculación del niño A. con un nuevo matrimonio, las que se encuentran en curso con excelentes resultados. En el mismo informe se deja constancia de que "... se ha tenido como criterio de búsqueda para la selección del perfil de los postulantes seleccionados la receptividad de hermanos, presencia de recursos vinculares, comunicacionales y afectivos de la pareja y de sus individualidades, como capacidad y tiempo físico para poder construir vinculación con los niños" (informe de fs. 394/395). A ello se agrega, tal como surge de las pericias acompañadas a esta causa, que el matrimonio F.-L. es el único contexto familiar disponible para el caso de que se decida la crianza conjunta de M. y A. V., ya que identificaron recursos personales y alta disposición para recibir a M., a diferencia del matrimonio M.-M. (v. fs. 447 vta.).

En definitiva, a los fines de dar respuesta a los recurrentes, se concluye que no ha sido una visión sesgada del art. 595 inc. "d" del Código Civil y Comercial la que ha tenido en cuenta la alzada, sino que en razón de que la institución de la adopción tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos, ha seguido otras pautas de interpretación previstas en esa norma (v. también art. 594 Cod. Civ. y Com.). Con este dato de la realidad de la integración de A. con el matrimonio L.-F., y las condiciones de acogida para también recibir a M. (v. fs. 394 y 447 vta.), la evaluación de las distintas soluciones se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos máxime cuando no se constataron fundamentos razonables que posibiliten la

excepción a la separación de los hermanos (art. 3.1, Convención de los derechos del Niño; Observación General N° 14, Comité de los Derechos del Niño, punto 9; arts. 1 a 3, Cód. Civ. y Com.; Fallos 328:2870).

Por último, a los fines de acelerar los tiempos, de modo tal que los hermanos se reencuentren y se inserten en un proyecto familiar que los acoja a ambos, corresponde disponer la guarda de M. en el matrimonio L.-F.. Por consiguiente, y apoyados en el principio de tutela judicial efectiva, se confirma el fallo con la modificación en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia a través del alcance recién explicitado (arts. 15, Const. prov.; 706, Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, a fin de alcanzar la efectividad de los derechos del niño, se deberán adoptar los mecanismos de acompañamiento y orientación adecuados en la etapa en la que se genere el vínculo entre la persona menor de edad y sus respectivos guardadores (art. 29, ley 14.528 y dec. ley 295/14), junto a un proceso de seguimiento evolutivo realizado por el equipo técnico del juzgado interviniente. Con costas (art. 68, CPCC).

Así lo voto.

El señor Juez doctor **Soria**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votó la cuestión planteada también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votó la cuestión planteada también por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Negri**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó la cuestión planteada también en el mismo sentido.

El señor Juez doctor **Pettigiani**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votó la cuestión planteada también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia impugnada y se mantiene la guarda con fines de adopción de M. con el matrimonio compuesto por los señores G. J. M. y A. E. M. (art. 31, CDN).

Asimismo, se exhorta al juzgado de origen para que diagrame un modo de vinculación de M. y A. entre sí, como así también respecto de sus otros dos hermanos –V. y B.- quienes continúan bajo el cuidado de su familia biológica.

Las costas se imponen por su orden, en atención a la entidad de los intereses en juego (cfr. art. 68 segundo párrafo y 289, CPCC)

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI HECTOR NEGRI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

CARLOS E. CAMPS

Secretario