

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 6 de abril de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Pettigiani, de Lázzari, Kogan, Soria**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.542, "R. ,M. . Abrigo".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia Nro. 2 del Departamento Judicial de San Isidro rechazó el recurso de reconsideración articulado por la señora Defensora Oficial y, en consecuencia, confirmó las providencias de fs. 185, 194 y 214 que la designaban como Defensora Oficial de Ausentes en las presentes actuaciones.

Se interpuso, por la referida Defensora Oficial, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 263/271).

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

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario

de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Las presentes actuaciones se inician como consecuencia de haberse encontrado al niño M.R. , de aproximadamente 5 años edad, deambulando solo en las inmediaciones de una estación ferroviaria. A partir de allí se dictaron una serie de medidas que concluyeron en la declaración del estado de adoptabilidad en septiembre de 2011.

II. Con posterioridad a esa resolución se decidió designar a la señora Defensora Oficial para representar a los progenitores de M. , circunstancia que es resistida por la mencionada funcionaria.

III. En lo que interesa destacar a los fines de la resolución del presente recurso extraordinario, el Tribunal de Familia Nro. 2 de San Isidro declaró mal concedido el recurso de reconsideración interpuesto por la Defensora Oficial y, en consecuencia, confirmó las resoluciones que la designaban en estas actuaciones. Consideró que la resolución de fs. 185 preveía la citación de los progenitores por edictos y las que en consecuencia de aquélla se dictaron (a fs. 194 y 214), lo fueron en función del rol activo de los jueces como directores del

proceso y cuya finalidad fue impulsarlo y evitar nulidades y que esas resoluciones no importaban un uso abusivo de esas facultades.

Sostienen además que los progenitores han tenido conocimiento del proceso, habiéndose perdido luego contacto con ellos, sin perjuicio de lo cual la resolución que decreta el estado de abandono y la situación de adoptabilidad reviste gravedad y trascendencia para la vida del niño, razón por la cual sus padres debían ser debidamente notificados de ella, a los efectos de ejercer los derechos que consideraren les corresponden. De no haberse resuelto así se estaría vulnerando el derecho de defensa en juicio de los progenitores. Toda contienda judicial debe cumplir con los principios sustanciales de igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal; en consecuencia, de aceptar la postura de la Defensora Oficial se estarán vulnerando los derechos de defensa en juicio de los progenitores. Es en ese contexto que -en suma- se dispuso la intervención de la Defensora por los ausentes.

IV. Contra dicho pronunciamiento se alza la señora Defensora Oficial mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Sus fundamentos son:

a) Que su designación fue realizada luego de que recayera sentencia definitiva que declarase el

estado de abandono y la situación de adoptabilidad de M. y para evitar eventuales nulidades. En consecuencia no se da ninguno de los supuestos de intervención de la Defensa Pública Oficial, ya que los padres no han sido declarados ausentes en el juicio.

b) El art. 341 del Código Procesal Civil y Comercial donde se establece que la designación del Defensor debe realizarse al inicio del juicio y luego de tomarse todos los recaudos legales para declararlo ausente, y que esa etapa ha fenecido en este proceso.

v. El recurso es procedente.

Realizaré, liminarmente, una reseña de los intentos de citación de los progenitores a los efectos de la solución que propongo al acuerdo.

a) El 15 de marzo de 2010 comenzaron estas actuaciones con la comunicación del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de Tigre, donde se daba cuenta del hallazgo del niño M.R. , la noche del 11 de marzo, en las inmediaciones de la estación de Don Torcuato del Ferrocarril Belgrano. M. contaba a ese momento con 5 años de edad aproximadamente (fs. 4).

b) A fs. 12 se produce un informe de la Auxiliar Letrada de la Asesoría de Incapaces donde se comienzan a vislumbrar los problemas para hallar a la familia de origen de M. . Allí consta que la madre se

habría mudado a Pilar, que no contestaba el teléfono celular que dejó como de contacto y que el Servicio Local manifestaba que no podía ingresar a la zona donde se hallaría alojada. Se refiere además a supuestos problemas de violencia entre los progenitores.

c) En oportunidad de prorrogar la medida excepcional de abrigo se deja constancia de las dificultades para ubicar al padre, de que se comunicaron con una hermana de M. que facilitó un número de teléfono celular de la madre y afirmó que no se encontraba en condiciones de recibir al niño dada la precariedad de su propia situación. También se hace referencia a una comunicación con la madre, quien dijo no poder retirar al niño del hogar y que prefería no verlo. Se acuerda con ella una entrevista, a la que no se presenta (fs. 16/17).

d) A fs. 32 luce el pedido de Guarda Institucional de M. , solicitado por el Servicio Local, donde consta el contacto de la madre con su hijo. Allí se detalla que existió un único encuentro entre ambos el 19 de abril de 2010 donde M. estuvo angustiado. Su madre manifestó que no quería verlo así y que por el momento no podía egresar al niño bajo su responsabilidad. A partir de allí no se contactó con el Servicio ni se tuvo noticia alguna sobre ella. El padre de M. se comunicó en la misma fecha y se coordinó con él una entrevista, a la que tampoco

concurrió.

e) Iguales circunstancias se encuentran reflejadas a fs. 34, donde se da cuenta de una entrevista el día 20 de abril de 2010 con la madre y una comunicación telefónica con el padre.

f) A partir de ese momento todos los intentos de comunicación con la familia de origen han resultado infructuosos (ver intentos de notificación e informes de fs. 36, 40, 48, 55, 60, 77, 86, 92, 96, 102, 104, 123, 134 y 136).

g) A fs. 291/293 esta Suprema Corte decidió suspender el llamamiento de autos para resolver y dispuso que el Tribunal de Familia interviniente agote los medios a su alcance a los efectos de conocer el domicilio de los progenitores.

h) A fin de cumplir con dicha manda se formó incidente de determinación de paradero, que también arrojó resultados negativos.

Paralelamente, M. crece y evoluciona favorablemente, sin relación con su familia de origen, razón por la cual su situación pasa de abrigo a guarda institucional y, finalmente, a fs. 148/151, la señora Asesora de Incapaces solicita la declaración en estado de abandono considerando especialmente los esfuerzos realizados para la ubicación de aquélla.

He reseñado los antecedentes de la causa ya que de ellos es posible extraer que tanto la madre como el padre del niño conocían de la existencia del proceso y la situación y ubicación de su hijo (al menos durante los primeros dos años, desde 2010 a 2012, conf. fs. 11, 12, 16/17, 32/3, 34, 40, 55, 60 y ccdtes.).

La primera etapa del proceso, desarrollada con intervención de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, es decir, trascurrida en sede administrativa, contó con la participación de los progenitores de M. (arg. art. 35 y ccdtes., ley 13.298) los que se presentaron ante quienes habían adoptado la medida de abrigo (el padre, a fs. 32/3 y 71) y visitaron al niño en su lugar de internación en una única oportunidad (19 de abril de 2010, la madre, fs. 32/3, 34, 40 vta., 72, 77 y 80). En cuanto a la familia extensa del niño, su hermana mayor B. le indicó a los agentes del Servicio Local que no podía hacerse cargo del menor (fs. 16/7, 20/1).

Frente a esta situación, a pesar de saber dónde se alojaba su hijo prolongaron su abstención de todo contacto con M. (art. 317 inc. a, C.C.). Luego, la contumacia en el proceso es una consecuencia más del efectivo abandono de su hijo.

La previsión contenida en el art. 317 inc. a del Código Civil constituía una solución especial y

ante el consciente abandono operado por los progenitores del niño, la notificación de la decisión que declarara a M. en estado de abandono y adoptabilidad puede entenderse suficientemente abastecida mediante la publicación de edictos, como consecuencia de las dificultades insuperables para conocer el nuevo paradero de los progenitores (fs. 11/4, 32/6, 38 vta., 40 y vta., 47, 49, 50/1, 52/55, 59/9, 60, 64, 86/8, 91, 95/7, 100/3, 133/4, a las que cabe agregar las resultas del incidente ordenado por esta Suprema Corte).

Cabe reparar, como adicional pauta interpretativa, lo dispuesto por los arts. 9 y 10 de la ley 14.528, pues ante la imposibilidad de identificar a los padres o familiares del menor debe dejarse debida constancia de ello en el expediente y, previa audiencia con el niño y notificación al Ministerio Público, procederse directamente a la declaración en su situación de adoptabilidad.

Es que frente a la necesidad del niño de acceder a una familia alternativa a la biológica en forma tempestiva y valiosa para su desarrollo y personalidad, la imposibilidad de contactar en forma sobreviniente a los progenitores (luego de haberse agotado los medios informativos al alcance del tribunal), quienes bien conocían de la existencia del proceso y la ubicación

de su hijo y sin embargo continuaron desplegando una conducta que evidencia un completo abandono que ya lleva más de cuatro años, no puede dilatar el curso del trámite al extremo de afectar el superior interés del niño involucrado (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño).

En efecto, hoy M. tiene 14 años y vive desde hace más de tres años junto al matrimonio guardador B. -S. (fs. 203, 278/80). Merced a la asistencia psicológica inicialmente recibida, el menor se encuentra positivamente integrado a la nueva dinámica familiar (fs. 204, 209/10, 216/7, 219/20, 227/8, 233/9, 312/16), en el marco de la cual se desenvuelve de manera natural y espontánea, reconociendo a L. y a J. como sus padres, no sólo desde el plano discursivo, sino también afectivamente. De las entrevistas emanan numerosas y genuinas expresiones de cariño hacia sus guardadores (fs. 315 y vta.).

Su rendimiento escolar es muy bueno, ha sido inscripto su nacimiento y obtenido su documentación de identidad, a través de su nueva obra social ha recibido la correspondiente atención oftalmológica por una pequeña desviación en uno de sus ojos, usa aparatos fijos para corregir su dentadura, plantilla en sus zapatos, fue bautizado, asiste al curso de comunión y a un grupo Scout los sábados, estudia inglés particular dos veces por

semana, baila folklore como actividad de extensión en la escuela, toca la flauta, dibuja muy bien y juega al fútbol (fs. 313/5).

Su vida actual transcurre en óptimas condiciones de higiene, alimentación, vestimenta y vivienda (fs. 315 vta.).

Convive asimismo con L. , un niño tres años mayor que él, a quien conoció cuando vivían ambos en el Hogar El Resguardo II y respecto de quien el matrimonio B. -S. también posee su guarda, otorgada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 85 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (luego de un intento de vinculación fracasada, del tribunal porteño se contactaron con los guardadores de M. para saber si tenían la intención de recibir en guarda asimismo a L. , habida cuenta de la estrecha amistad que mantenían los menores). Con L. poseen numerosos gustos en común, juegan entre ellos y con los primos, hacen paseos culturales, se quieren mucho y a veces se pelean, profiriéndose verdadero trato de hermanos (fs. 313/5).

También M. visita a sus abuelos maternos y a sus tíos y primos maternos y paternos. El niño ya ha incorporado la constelación familiar ampliada como propia y ha sido incorporado a ésta (fs. 315 vta.).

Quiere ser chef y se proyecta formando

en el futuro una familia como la que hoy posee, lo que constituye un claro indicio de la confianza que mantiene en el vínculo establecido (fs. 316).

Así, el vínculo que M. ha entablado con el matrimonio B. -S. se encuentra hoy consolidado, habiendo podido fusionarse adecuadamente como una familia (fs. 316).

De esta forma, el cuadro parece ya estar pintado (fs. 204, 209/10, 216/7, 219/20, 227/8, 233/9, 312/16), por lo que no encuentro posible prolongar en tal demasía la indefinición jurídica sobre su destino familiar, en tanto hoy es menester tutelar los derechos fundamentales del menor a que se le reconozca de modo definitivo su acceso, en forma seria, estable y tempestiva, a un ámbito que genuinamente resulte apto para brindarle protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, CDN; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013]; arts. 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos; 706 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; 2, 3, 5, 8, 9 y ccdtes., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298 y 384, 850 y ccdtes., C.P.C.C.).

Habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada el efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona del niño, con asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (fs. 330). Ello me permitió conocerlo en su realidad actual, actualizar sus deseos de incorporarse a una familia adoptiva en forma definitiva (para lo cual - habiendo sido debidamente instruido- manifestó expresamente plena conformidad) y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y ccdts., Convención sobre los Derechos del Niño y 75 inc. 22, Constitución nacional).

Por lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso intentado y dejar sin efecto la designación de la señora Defensora Oficial en estos autos (art. 279, C.P.C.C.). Las costas se imponen por su orden en atención a la naturaleza de los derechos en juego (arts. 68 2do. párrafo y 289, Cód. cit.).

Voto por la **afirmativa**.

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

A partir de la intervención de M. en su condición de parte en el procedimiento (arts. 608 inc. "a"; 6 y 9 de la ley 14.528 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño), acompañado de asistencia letrada, y del consentimiento prestado de querer ser adoptado por L. y J. con quien hoy se encuentra plenamente integrado en su relación familiar (v. fs. 330; aplicación del principio de realidad), comparto la solución prevista por el doctor Pettigiani de considerar de que está en plena condiciones para ser adoptado.

De esta forma, se ha valorado la participación activa del adolescente en el proceso, sustentándose en principios constitucionales-internacionales como el interés superior del niño, el de la autonomía progresiva y el derecho de ser oído en sentido amplio (arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061; 26, 609 inc. b, 617 y 706 del Código Civil; 2, 3, 6, 8, 12 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño).

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa.**

Los señores jueces doctores **Kogan** y **Soria**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron 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, se hace lugar al recurso intentado y se deja sin
efecto la designación de la señora Defensora Oficial en
estos autos (art. 279, C.P.C.C.). Las costas se imponen por
su orden en atención a la naturaleza de los derechos en
juego (arts. 68 2do. párrafo y 289, Cód. cit.).

Notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

CARLOS E. CAMPS

Secretario