



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C.110.887“*NN o S.*
V. s/Protección de Persona”.

Suprema Corte de Justicia:

La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín en fecha 26 de noviembre de 2009 anuló las resoluciones pronunciadas por el Sr. Juez Titular del Juzgado de Menores N°2 del Departamento Judicial de San Martín que resolvió disponer definitivamente de la menor V.S. en fecha 7 de mayo de 2008 (fs. 37 2do. párrafo y 41-43 y vta.) y otorgar la guarda con fines de adopción respecto de la menor al matrimonio constituido por O.A.K. y M.S. M.en fecha 9 de junio de 2008 (fs. 91).

Contra dicho resolutorio se alzan el matrimonio compuesto por O. A.K.y M.S.M. a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley agregado a fs.226/238 y denegado a fs.245 y vta. y la titular de la Asesoría de Menores N°3 a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 216/225 que a continuación paso a examinar.

I. En primer lugar la recurrente alega violación al interés superior de la menor, afirmando que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño, 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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcance de la Convención”. En este sentido invoca el precedente A. 418 XLI “A.F. s/protección de persona” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cuál “concluir que, al no haberse extremado los recaudos de notificación, se ha afectado el derecho de defensa de la madre biológica, a partir de considerar que la notificación efectuada en los autos era insuficiente, omite evaluar que la progenitora ha tenido oportunidad

total de ejercer su derecho de defensa.(...).Por ello el análisis debe integrarse, por lo menos con la ponderación de dos factores uno de ellos, el grado de riesgo de producir un daño psíquico y emocional al niño al modificar el emplazamiento actual, y por el otro la actitud exigible a la madre biológica para minimizar los posibles o eventuales riesgos” y afirma a continuación que “para la valoración de dichos extremos el instituto procesal de la nulidad no parece constituir un medio razonable que brinde una respuesta sustantiva acorde con la protección superior del niño”(sic).

En segundo término la recurrente denuncia la violación a las leyes 26.061, 13.298 y a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En este sentido expresa que “el decisorio que nos ocupa ha dejado la aplicación de la ley 13.298, su decreto reglamentario 300/05 y en consecuencia la letra de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, anteponiendo una cuestión de índole procesal a la ley de fondo y al interés superior del niño(art. 3 CIDN, arts. de la ley 26.061 y art.de la ley 13.298)”(sic).

En tercer lugar alega que “lo que aún resulta más grave por su arbitrariedad es la atribución que se ha tomado la Sala II de la Excelentísima Cámara Departamental al legislar respecto a la concurrencia de la sanción de nulidad. Podría pensarse entonces que al declarar la nulidad mencionada su fundamentación como fondal o de derecho de fondo nos obliga a recurrir a la normativa dispuesta en el art. 317 del Código Civil en el inciso d, donde se contempla la facultad judicial de tomar conocimiento de las condiciones personales de la familia biológica pero de ningún modo establece que ello sea una obligación ni la norma dispone como sanción la nulidad por la inobservancia del mismo para luego justificar que con ello se habría violado el debido proceso legal y la defensa en juicio de la parte”(sic).

Por último formula expresa reserva del caso federal de conformidad con los artículos 14 inc. 3 y 15 de la ley 48 por “encontrarse



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

comprometida una norma de naturaleza federal contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” (sic).

II. Considero que el recurso no puede prosperar.

En primer término es preciso señalar la insuficiencia de la que adolece el recurso *sub examine* toda vez que no logra desvirtuar los fundamentos esenciales tenidos en cuenta por la Cámara para resolver sino que se limita a manifestar -sin efectuar cita alguna de los preceptos legales considerados por el *a quo* para sentenciar- su disconformidad con el criterio allí expuesto (SCBA, L 96653, sent. del 25-04-09, entre otras). Sobre este punto ha sostenido VE que “la suficiencia de la impugnación dependerá de que se baste a sí misma para que de su lectura pueda advertirse el error en la aplicación de la ley o de la doctrina legal. Ello exige, entonces, una crítica concreta, directa y eficaz de las conclusiones definitivas de la sentencia recurrida, cuya demostración incumbe de modo exclusivo y excluyente a quien acude a la vía recursiva (conf. causa L.93599, “Garay”, sent. del 27-9-2006). En este mismo sentido se ha pronunciado esa Corte al afirmar que “es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que desatiende, en ciertos aspectos, la línea reflexiva trazada por el judicante, dirigiéndose -de modo parcial y fragmentado- a rebatir los extremos que el *a quo* hubo de ponderar como factores cualificantes del vínculo de subordinación, desde el personal y subjetivo punto de vista del interesado” (SCBA, L97855, sent. del 22-04-2009).

Con el propósito de ilustrar lo dicho detallaré, a continuación, los argumentos merituados por el *a quo* para decidir el litigio, a saber:

1. La nulidad de la resolución dictada a fs. 37 que ordenó constituir el domicilio de la madre biológica en los estrados del juzgado. En ese sentido sostuvo “Del examen de las constancias de la causa emerge que antes de su dictado no se agotaron los pasos procesales que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los artículos 338, 340 y cctes., 140, 141 y sgtes. del Código Procesal, puesto que existía en autos

un domicilio suyo denunciado -Los Olivos 451, Tortuguitas- donde debieron realizarse las diligencias que los citados artículos indican, que no pueden ser suplidas por el informe producido en sede administrativa a fs. 9.”(sic).

2. La violación del debido proceso legal. Al respecto resolvió que “el juez debió preservar la suprema garantía constitucional “el derecho de defensa en juicio”(arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial). Y en el *sublite* sólo aparece glosado un pedido de averiguación de paradero de la madre de la menor efectuada por vía policial (fs. 30 y vta.) respecto de un domicilio que no es el mismo que figuraba asentado en su DNI (fs. 115) ni en la planilla de ingreso al hospital donde se produjo el alumbramiento de la niña el día 20 de febrero de 2008 (ver fs. 1/2 y fotocopias glosadas a fs. 13/14) pese a las recomendaciones que en orden al debido contradictorio efectuara el Sr. Defensor Oficial a quien le fueran remitidos los autos (ver fs. 23 y vta)”(sic).

3. Asimismo, entendió que, sin perjuicio de haber fijado audiencia a fin de escuchar a la madre en esa instancia, se ha dejado a la recurrente en un “un grave estado de indefensión”(sic), no saneable por vía de apelación, toda vez que no ha tenido posibilidad alguna de ejercer sus defensas ni ofrecer ni producir prueba en favor de su derecho (18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución Provincial, y 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

4. Por último, el *a quo* fundó en el principio del interés superior de la niña la decisión de modificar la modalidad de disposición sobre la menor establecida por el juzgador de grado. Sobre este punto expresó que “Es por esto que, en este estado de cosas, entiendo que no puede modificarse el *statu quo* de la menor, considerando que la cautelar adoptada por el “*a quo*” en su oportunidad a fs. 91 resulta ajustada a derecho. Ello así en tanto y en cuanto hoy y con ese carácter (medida proteccional cautelar, no ya guarda con fines de adopción) es lo que mejor consulta al interés superior de la menor (Preámbulo y artículos 3 apartado 1 y 9 apartado 1 y su doctrina de la Convención sobre Derechos del Niño, 36 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 4 de la ley 13.298 y 3 de la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006)”(sic).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Del análisis de esta síntesis a la luz del embate de la aquí recurrente (ver apartado I), se desprende que los agravios formulados no permiten atacar con idoneidad los argumentos que dieron sustento a la sentencia en crisis, toda vez que en la pieza recursiva no se advierte una concreta impugnación tendiente a desvirtuar el razonamiento efectuado por el *a quo* a partir de las constancias fácticas y de las normas procesales que regulan la citación judicial como adecuada materialización de la garantía constitucional de la defensa en juicio.

En este orden de ideas ha sostenido VE que “quien afirma que la sentencia viola determinados preceptos del derecho vigente, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo (conf. causas C. 94.501, sent. del 4-VI-2008; C. 95.063, sent. del 22-XII-2008; C.96.918, sent. del 25-II-2009). El incumplimiento de esta exigencia -tal como se verifica en este caso- provoca la insuficiencia del intento revisor (conf. causas C. 94.501, sent. del 4-VI-2008; C. 95.063, sent. del 22-XII-2008; C. 96.918, sent. del 25-II-2009)” (SCBA, Rc 108737, sent. del 28-10-09).

III. Si bien lo expuesto resulta suficiente para sellar la suerte adversa de la cuestión traída, para satisfacción de la recurrente diré además que la quejosa se limitó a invocar la violación a las leyes 13.298 y 26.061 y al principio del interés superior como sustento de su pretensión, sin cuestionar por qué la declaración de nulidad de lo actuado a partir de fs.37 así como la modificación del carácter de la medida cautelar dispuesta por el tribunal vulneran el respeto de las leyes mencionadas y el interés superior de V.S., restringiendo sus agravios a meras discrepancias “dogmáticas” sin adecuación a la particular realidad de su representada.

En este mismo sentido resulta preciso destacar que el interés superior del niño es un concepto indeterminado que requiere para su definición de la “la valoración de las circunstancias particulares y concretas del caso *sub examine*” (en Ac. 83.199, sent. del 6/4/2005, conf. Ac. 83.199, sent. del 6-04-2005; SCBA, C 94225, sent. del 14-11-07). En razón de ello, resulta necesario demostrar la absurda apreciación de los hechos que el tribunal tuvo por acreditados a fin de habilitar la facultad revisora de VE, extremo que no se ha logrado configurar en la especie

(SCBA, C100963, sent. del 25-11-2009). Agrego a lo dicho que tampoco ha intentado acreditar por qué su pretensión resulta la más adecuada al principio del interés superior de la menor causante entendido 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** (conf. SCBA, Ac. 79.931, sent. 22-10-2003)” (destacado propio) (SCBA; C104201, sent. del 25-11-09).

En relación con la alegada violación a lo prescripto en el artículo 317 inc.d del Código Civil opino que tanto la remisión cuanto la interpretación asignada como fundamento de su agravio -en particular cuando expresa que “**de ningún modo establece que ello sea una obligación ni la norma dispone como sanción la nulidad**”(destacado propio)- no resultan ajustadas ni a los hechos ni al derecho.

En primer término, diré que la remisión al art. 317 inc.d no se ajusta a las constancias fácticas de la causa toda vez que no resulta posible la evaluación de la facultad de tomar conocimiento de las condiciones personales de la familia biológica -en el caso, de su madre- en el marco de un proceso al que no ha sido siquiera citada judicialmente.(Nótese que la guarda con fines de adopción respecto de la menor V.S. fue otorgada en fecha 9 de junio de 2008 (fs. 91) y la solicitud presentada por la madre para tomar vista de las actuaciones data de fecha 13 de abril de de 2009 (fs. 116)).

En segundo lugar, es preciso recordar que el texto del artículo establece, en su parte pertinente, que “Son requisitos para otorgar la guarda: **a) Citar a los progenitores** del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción(...)El **juez deberá observar las reglas de los incs. a), b) y c) bajo pena de nulidad**” (destacado propio). En consecuencia, la interpretación que propone la quejosa no resulta ajustada a derecho, de conformidad con las pautas de interpretación que rigen nuestro ordenamiento jurídico toda vez



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

que supone desconocer la propia letra del artículo que establece el deber de citación y la consecuente sanción de nulidad para el caso de su incumplimiento (art. 16 Código Civil; y BUERES ALBERTO Y HIGHTON ELENA, Código Civil, Buenos Aires, Hammurabi, págs.29 y 30).

Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina al expresar que “la citación, medio por el cual se habilita la intervención de los progenitores en el proceso de guarda, debe ser exclusivamente de carácter judicial (por los modos previstos en los respectivos código procesales) y su validez esta regida por las normas adjetivas que la regulan, erigiéndose en la mayor garantía del debido proceso y de la defensa en juicio.(...) es imprescindible cumplir con la citación judicial para que el proceso de guarda y posterior adopción no sean objetos de nulidades, no sólo por lo normado en el artículo 317, último párrafo, sino porque de lo contrario estaría en flagrante violación a los artículos 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deviniendo en consecuencia inconstitucional” (sic) (MEDINA, GRACIELA, La adopción, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, Tomo I, p. 121. En idéntico sentido ver, LLOVERAS NORA; Nuevo Régimen de Adopción.Ley 24.779, Buenos Aires, Depalma, 1998, págs. 155-169; KIELMANOVICH JORGE, Derecho Procesal de Familia, Bs.As., Abeledo Perrot, 3ra.Ed., pág. 130 y ss. y ZANNONI EDUARDO, Derecho Civil de Familia, Bs.As., Astrea, 1993, 2da.Ed., págs.604-607. Asimismo resulta preciso destacar sobre este punto lo resuelto por V.E. en C 94225, sent. del 14-11-07,voto del Dr. Lázzari, apartado II; C104149, sent. del 15-7-2009, así como en el dictámen de esta Procuración General en C. 63120, sent. del 31-3-1998).

1.

IV. Por último, estimo necesario introducirme en un aspecto de la sentencia, que si bien no ha sido objeto de planteo en esta instancia, supone, según mi entender, una parte inescindible de la cuestión *sub examine*(SCBA,Ac.79931,sent. del 22-10-2003, apartado V; C 104419,sent.del 15-8-2009)en cuanto atiende a la proyección de los efectos de la sentencia en la vida de la menor causante, en un aspecto significativamente trascendente como resulta el vinculado con el contacto materno-filial.

Con el objeto de precisar lo sostenido precedentemente, diré que la sentencia en crisis que ordena el mantenimiento de la guarda de la niña en manos del matrimonio constituido por O.A.K.y M. S.M.(modificando el objeto de la medida dispuesta, de una guarda con fines de adopción a una medida cautelar genérica)omite considerar el fatal efecto que el transcurso del tiempo puede generar en lo relativo a la consolidación de los vínculos y, en consecuencia, respecto de la efectividad que pueda alcanzar la sentencia que en el futuro se dicte.

En atención a lo expuesto y en el entendimiento de que las medidas cautelares pueden resultar una herramienta especialmente idónea en procesos en los que se encuentran involucrados niños a fin de superar los eventuales daños generados por la duración de los procesos -que en casos, como el de marras, pueden alcanzar a frustrar el objeto de la pretensión- a la luz de “la trascendencia que el paso del tiempo reviste para un menor en orden al aseguramiento de sus derechos fundamentales (C.S.J.N. in re "O, S.A. v. O, C.H.", sent. del 1-XI-1999)” y de conformidad con la provisionalidad que caracteriza a las decisiones recaídas en materia de menores (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002)” y con el principio del interés superior (SCBA; Ac. 63.120, sent. 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. 27-IX-2000, “D.J.B.A.”, 159-193; Ac. 78.446, sent. 27-VI-2001, Ac. 79.931, sent. 2-10-2003,,apartado VI; C104201, sent. del 25-11-09), es que **estimo adecuado propiciar a VE la adopción de oficio de una solución con carácter cautelar consistente en la autorización de un régimen de visitas a favor de la madre biológica** (arts. 204 y 232 CPCyC) –el cuál deberá ser establecido en forma gradual y debidamente supervisado por la instancia de grado- con el objeto de garantizar la finalidad del nuevo proceso, toda vez que, de modo contrario, podría presentarse la paradoja de que se alcance una sentencia justa –en términos de debido proceso- pero de cumplimiento imposible, lo que resulta intolerable a la luz de los más elementales principios de justicia.

En este sentido ha sostenido VE que “no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente, cautelar y provisional atención que debe brindarse al pequeño...Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

corresponden a esta Corte, que dejan en principio embretada su competencia, pueden y deben ser sobrepasados cuando en forma patente resulta imperioso transitar la senda que nos propone el fin dikelógico, con el cual se ha enriquecido el instituto de la casación originariamente circunscripto al control nomofilático y a la faena uniformadora de la jurisprudencia...El Derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que él se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y el reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo de las garantías constitucionales. Poco y nada se necesita para prontamente advertir que esta función del proceso se agudiza, hasta alcanzar su máximo de instrumentalidad, cuando el mismo es puesto al servicio del interés superior del niño, cuya consideración primordial se impone a toda institución o autoridad, incluida entre ellas las judiciales (art. 3º, "Convención de los Derechos del Niño")."(SCBA, C90868, sent. del 15-12-2004).

V. Por todo lo hasta aquí expuesto propicio a VE: a) **rechazar el remedio extraordinario que dejo examinado;** b) y **se ordene la medida cautelar propiciada en los términos de los arts. 204 y 232 del C.P.C. y C. con carácter urgente de conformidad con el interés superior de la niña en las circunstancias referidas *ut supra*.**

Tal es mi dictamen.

La Plata, 9 de junio de 2010.

Firmado: Señora Procuradora General, Dra. Maria del Carmen Falbo.

