



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

C 118.781 “A. O. E.. Incidente”

Suprema Corte de Justicia:

La Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial en fecha 5 de noviembre de 2013 resolvió confirmar la sentencia de grado que a su turno decretó el rechazo de la intervención pretendida en carácter de parte de la niña O. E. A. (14 años) en los autos “S. S. *s/medida de abrigo*” y la solicitud incoada por la adolescente respecto de que S. conviva junto a ella y sus guardadores, y ordenó que se haga lugar a la solicitud de vinculación impetrada por O. A. en relación con el niño S. S. (fs. 44/9 y 72/6vta.).

Contra dicho resolutorio se alza la adolescente con patrocinio letrado particular a cargo del Dr. P. K., a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 80/95.

## **II. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.**

La quejosa centra su agravio en sostener que el pronunciamiento impugnado resulta violatorio del (i) derecho al acceso a la justicia, (ii) de las normas que erigen el sistema de promoción y protección sobre los derechos del niño que parte de asumir a los niños como “sujetos de derecho” y, por último, (iii) del principio de congruencia al omitir decidir sobre cuestiones planteadas en el recurso apelatorio (fs. 80 vta y 81)

Concretamente señala que el fallo en crisis resulta violatorio de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional; 15 y 25 de la Constitución Provincial; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3,4,5,8,9, 12 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 2, 3, 24, 27,29 y 34 de la ley 26061 y arts 4,6 y 7 de la ley 13298 , así como de la doctrina de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación(fs. 80 vta y 81)

En particular señala que “..se ha denegado la participación procesal de O. A., impidiéndole hacer efectivo el reclamo judicial de su derecho a mantener la convivencia familia con el niño S. S.” (fs. 80 vta. y 87 vta.)

Funda su agravio en la consideración de la historia de vida de la adolescente O.A. que ha permanecido institucionalizada durante 8 años de su vida en un hogar (fs.81) En efecto sostiene que “ O. ha sido y es aún víctima de un Estado que se ha hecho carne en su historia vital, en forma claramente abusiva, sujetándola a una institucionalización de ocho año de sus trece años de vida sin haberse instado una sola acción conducente hacia su posibilidad de vivir en un marco continente y familiar...”(...)En virtud de esas circunstancias –que se mantuvieron hasta febrero del año 2013 en que autorizó a convivir con una pareja de “padrinos” del hogar– O. se ha ido desvinculando de su hermanos biológicos. De este modo sostiene que “es su historia de vida lo que la legitima para presentarse ante la justicia y a peticionar a favor de “ su hermano” –pues es la condición que le atribuye a “ S.”–, a S. S.” (fs. 82 y 87, 89 y vta.)

Sobre este punto la impugnante destaca que esa petición se formalizó con patrocinio letrado y se reclamó que O. sea tenida por parte en aquel expediente que tramitaba en la justicia sobre el control de legalidad de la medida de abrigo del niño S.S. En esa oportunidad se argumentó a favor de la competencia de O. para presentarse en juicio y, subsidiariamente, alegó la inconstitucionalidad del artículo 54 inc.2 del Código Civil que regula la capacidad de las personas menores de edad. (fs 82 vta y 87).

En efecto sostiene que “O. tiene sobrada competencia, madurez y desarrollo como para presentarse ante VE y peticionar y para designar aun letrado de su confianza en los términos del artículo 27 de la ley 26061, razón por la cual reclama que se atienda su pedido” (fs. 87 vta)

Al respecto señala que “La juez de grado negó el



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

acceso a esta parte al expediente principal, conformó un incidente de peculiares características sin adjuntar en él copia alguna del trámite principal y ordenó la realización de una audiencia que desconoció los mínimos cuidados de buenas prácticas para la realización de estas acciones con niños. Finalmente dictó la resolución que rechazaba la participación de O. como parte así como su patrocinio letrado; que además negaba la continuidad de la convivencia familiar de ambos niños y ordenaba un proceso de revinculación supervisado por el mismo equipo técnico de ese juzgado” (fs.82 vta.)

En sustento de su pretensión invoca el paradigma que reconocen las Reglas de Brasilia, a las que el Máximo Tribunal de la Nación adhirió mediante Acordada 5/2009. (fs 88)

En segundo término destaca que ambos pronunciamientos desconocieron “la condición de persona y como tal de sujeto de derechos de O. A.. En sendas ocasiones se subsumen y confunden los eventuales intereses de sus guardadores con los deseos y sentimientos expresamente manifestados de diferentes formas por O.” (fs. 90 vta) Concretamente afirma que “O. manifiesta expresamente que quien tenga que decidir sobre la vida de S. en este caso, VS, sepa que ella se considera hermana mayor de S. y que no quiere separarse de él. No quiere que S. crezca en un instituto como lo hizo ella y por obvias razones de amor fraternal quiere ofrecerle la posibilidad de que lo haga en su nueva casa con su nueva familia. Esos breves párrafos dan idea de una niña, reclamando sólo – pero no menos que eso– la convivencia familiar con su afecto más preciado” (fs. 91).

Agrega a lo dicho que “que lo que se ha violado es el principio esencial del sistema protectorio de la niñez cual es el de reconocer su condición de sujeto de derechos. Pues de nada vale recitar la Convención Internacional en cada párrafo, si en la práctica se satirizan procesos en los cuales se pretende “atesorar” la escucha de los niños, pero no sólo nada se hace con su palabra, sino que además se les desconoce por completo su condición de personas, su capacidad de pensar y decidir libremente en función de su madurez, y de hacerse

cargo como en este caso, de su propio reclamo” ( fs 91 vta)

En tal sentido agrega que “O. es la única persona que puede acreditar convivencia y vínculo afectivo con S. desde su nacimiento, es en todo caso quien aparece con el derecho de hacer el reclamo para mantener su único vínculo familiar. En ningún caso reclamó ningún tipo de guarda con fines adoptivos, ni tampoco procuró generarla a favor de sus guardadores” (fs. 91 vta).

Puntualmente la quejosa rechaza los argumentos tenidos en cuenta por la alzada en relación con (i) la precaria situación jurídica de O.; (ii) la falta de presentación con la representación legal de sus padres; (iii) que el interés del niño que se debe resguardar es el de S.S., y (iv) la incorporación del análisis efectuado por el equipo técnico del juzgado.

En efecto sostiene, en primer lugar que la condición de precariedad que la juez atribuye a O. –caracterizada por la ausencia de vínculo biológico con el niño a quien reclama como hermano, su edad y la ausencia de representantes legales – es imputable al propio Estado y no a la niña. De tal modo cuestiona esta valoración como fundamento para fundar el rechazo de la participación procesal de O. en el expediente (fs. 83 y vta).

Asimismo puntualiza que el argumento vinculado con la falta de representación legal de su padres, resulta un argumento dogmático, toda vez que omite considerar que quienes ejercen en la actualidad la guarda de O. por disposición del Tribunal de Menores nro 2 de Morón se presentaron peticionando la guarda del niño S. en el expediente, la que fue rechazada *in limine* ( fs 83 vta.y 84). En tercer lugar se agravia por considerar que la alzada prioriza el interés superior del niño S. por sobre el interés superior de O., que también es menor de edad y por ello sus derechos también exigen ser reconocidos a la luz del principio rector del interés superior del niño de conformidad con la interpretación desarrollada por la Observación General nro. 14 del Comité de Derechos del Niño (fs 88 vta).



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

Al respecto sostiene que “La juez *a quo* no advierte que O. no quiere adoptar a S. ( mucho antes de saber que legalmente no puede) O. quiere vivir con S.. Sólo eso, en su caso, junto a quienes hoy ejercen la precaria condición de papás. Esos mismos guardadores, que se presentaron oportunamente y por especial pedido de O. a petitionar la guarda de S...” ( fs 84 vta)

Cuestiona a su vez el informe del equipo técnico del juzgado por desviar su objetivo y por ingresar en el análisis de la calificación del vínculo de O. con S., asociándolo indebidamente con el maternaje (fs 85 y vta y 86)

Por último, alega que la sentencia es incongruente en tanto omite tratar cuestiones relevantes para la resolución del litigio que fueron planteadas en el recurso apelatorio.

Sobre este punto sostiene que “ la pretensión del juzgado de someter a O. a un proceso de supervisión tutelada por el mismo equipo técnico que carece de las condiciones mínimas para comprender los deseos y sentimientos de un niño, no es otra cosa que una grave intromisión a la intimidad de su persona. Frente a este planteo la Sala III de la Cámara de Apelaciones, hace silencio, sin tratar el tema puesto bajo su análisis. Este silencio constituye *per se* la vigencia de un fallo que violenta la intimidad y los derechos personalísimos de O. y tornan inaceptable por incongruente y arbitraria la sentencia” ( fs 92 vta y 93)

En síntesis se agravia por considerar que “ Con estos elementos la Sala III de la Cámara decide declarar abstracto el planteo de participación procesal en el expediente y avocarse a tratar lo que la propia Cámara entiende que es la cuestión de fondo, cuál es la negativa de la juez a permitir la convivencia de ambos niños. Y por último deja de lado la respuesta al punto tercero de la sentencia criticada por la cual se impone un proceso tutelar de revinculación entre ambos niños. Surge así que la privación de la relación parental de la que están siendo víctimas ambos niños no es una consecuencia necesaria sino resultado de una mala práctica del proceso judicial que viola a los derechos esenciales que se encuentran amparados en la Constitución y las leyes que en su consecuencia se han

dictado como parte del plexo federal de derechos humanos (fs 86 vta. y90)

### **III. En mi opinión el remedio no debe prosperar.**

Con carácter liminar resulta preciso recordar que es doctrina inveterada de esa Corte que el análisis de una cuestión de hecho constituye una materia reservada a los jueces de mérito, no revisable en la instancia extraordinaria, salvo que se acredite la existencia de una absurda apreciación de los hechos y las pruebas de la causa .

En este sentido adelanto mi opinión según la cuál no se ha logrado demostrar que las conclusiones impugnadas constituyan el producto de una apreciación absurda.

En efecto, en mi opinión los argumentos sostenidos por la recurrente importan una discrepancia parcial con las conclusiones del pronunciamiento en crisis y, en consecuencia, carecen de idoneidad para acreditar la grosera desinterpretación exigida para la configuración del vicio (conf. SCBA; L 85345, sent. del 1-11-2006 y ccs.). Sobre este punto ha sostenido VE 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 y subjetivo punto de vista del interesado” (SCBA, L 97855, sent. del 22-04-2009). Ello pues, según mi modo de ver, la alzada ha desestimado en particular -puntual y fundadamente- cada uno de los agravios planteados por la quejosa en su remedio de apelación y reeditados ante esta instancia.

Sin perjuicio de la insuficiencia técnica expuesta respecto de la inidoneidad del embate para acreditar el grosero vicio del absurdo, considero preciso, en mérito a la especial naturaleza de la cuestión traída (SCBA, C 102665, sent. del 27-4-2011) añadir las siguientes consideraciones en orden con la cuestión sustancial.

Concretamente, en relación con la queja vertida



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

por la quejosa respecto de la violación del derecho al acceso a la justicia –al denegarle su condición de parte–, la alzada sostuvo que en definitiva, “ deviene abstracto en cuanto la decisión no se quedó allí sino que se resolvió sobre la cuestión principal o pretensión inicial rechazando la misma en cuanto a que el niño conviva con O. y sus guardadores, en tal sentido la decisión que aquí debe analizarse es precisamente ésta, que es la cuestión principal” (fs.74). En esta línea agrega que “..la menor solicita ser tenida por parte pero ello es el vehículo para llevar adelante su pretensión cual es lograr la convivencia con S. (ver fs 25 vta, 4to párrafo), pretensión que también esta precisada e identificada en la audiencia de fs 30 vta. De allí que *abordar la cuestión de que si cabe asignarsele el carácter de parte en un expediente donde su reclamo fue analizado y denegado es inconducente*. Sabido es que “ las cuestiones abstractas no deben ser materia de una decisión judicial (SCBA, B 53370, entre otros). Por otro lado, es evidente y se desprende de autos que *a la menor O. no se le ha negado el acceso por sí a la justicia, a ser escuchada en su pretensión y resuelta la misma aunque en forma parcialmente adversa* (art. 27 ley 26061 y CDN): igual tratamiento se le ha dado en esta instancia al abocarnos al recurso impetrado (art. 242 y ss del ritual).” (destacado propio. Fs 74 y vta)

Al respecto comparto con la alzada departamental que los agravios esgrimidos por la quejosa en orden con las cuestiones vinculadas con su legitimación para peticionar en el expediente, debidamente asesorada de conformidad con su edad y grado de madurez (art 12 Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 27 ley 26061, ley 14568 y Fallos 335:1136) devienen abstractas en el caso en virtud de considerar que la totalidad de las constancias obrantes evidencian el adecuado respeto por el derecho de la adolescente a acceder a la jurisdicción toda vez que su pretensión – cual es , solicitar la convivencia con el niño S.S.- ha merecido adecuado tratamiento por los órganos jurisdiccionales ( fs 27, 34/5, 36/7,43,44/9, 64 y 65).

En segundo lugar, considero que el agravio vinculado con la violación de las normas específicas que ordenan reconocer a los niños, en este caso, a O., como “sujeto de derecho” tampoco debe prosperar.

En efecto, en mi opinión la referida queja supone una afirmación “dogmática” toda vez que la sentencia impugnada evidencia no sólo el reconocimiento de su legitimación para petitionar sino que admite el derecho a mantener un vínculo de comunicación con el niño Sa. S. fundado en la existencia de una relación afectiva generado durante la excesiva (y, naturalmente, dramática) institucionalización de O. en el Hogar y en la valoración de sus deseos de conformidad con los principios de autonomía progresiva e interés superior del niño (art 3,5,y 12 CDN y ccs.leyes 26061,13298 y 14537). Al respecto, también diré que en mi opinión la recurrente omite puntualizar las razones por las que considera que el pronunciamiento impugnado ha violentado su derecho a ser reconocida como “sujeto de derechos”.

Por último, también considero que yerra la impugnante al alegar que la sentencia ha incurrido en el vicio de incongruencia en virtud de omitir, por un lado, el tratamiento de la cuestión principal –como es su pretensión de “convivir” con S.–y por el otro, por exceder los límites de la jurisdicción al reconocer un derecho de comunicación entre los niños que no coincide con la pretensión de convivencia formulado.

Ello pues, según mi entender, la alzada no ha omitido el tratamiento de la pretensión que vertebra el planteo de la quejosa, sino que lo ha considerado improcedente, por resultar una pretensión adecuadamente abordada en un proceso autónomo impulsado por sus guardadores cuya resolución se encuentra firme (ver anexo “S.S. s/guarda con fines de adopción”, en especial, fs. 54/6).

En efecto la alzada, siguiendo a la magistrada de grado, sostuvo que “que la denegatoria de la pretensión principal, volcada en el segundo punto del fallo, encuentra su basamento esencial en que la petición que ahora formula O., en cuanto a la convivencia con S., de prosperar obviamente traerá aparejado –aunque más no sea provisoriamente y hasta tanto su situación sea finalmente resuelta– el alojamiento de S. junto a los actuales guardadores de la niña, M.y F., quienes – conforme lo *ut supra* expuesto– efectuaron el planteo y oportunamente les fue rechazado (ver párrafo 2do de fs 47 vta de la sentencia. *Lo*





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

*cierto es que al margen de las razones sentimentales que llevaran a la menor a realizar el presente reclamo (entendibles desde ese ángulo) no es menos cierto que en definitiva conlleva a la petición de guarda en cabeza de sus propios guardadores, lo que ya ha sido desestimado por sentencia firme y por cuestiones que no cabe aquí revisar (ver fs 54/56 del exp.nro.14134).” (fs 75 y vta. Destacado propio).*

Al respecto considero que la decisión adoptada en este punto es también la que mejor se condice con el sistema de de protección y cuidado diseñado por nuestro ordenamiento jurídico para las personas menores de edad.

En efecto, nuestro sistema establece que los niños y adolescentes se encuentran *prima facie* sometidas a un régimen de responsabilidad parental o tutela de los adultos y, subsidiariamente, prevé un mecanismo administrativo-judicial de protección de derechos de los niños/as y adolescentes tendiente a garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales que debe transitarse con carácter previo a descartar (legítimamente) cualquier posibilidad de la familia de origen para responsabilizarse por el cuidado de sus hijos. Recién una vez acreditado ello judicialmente, resulta posible encauzar la situación del niño hacia un proceso adoptivo estructurado sobre un sistema de reglas propias, como lo evidencia el proceso seguido por la magistrada de grado respecto del niño S. (ver anexos que en copia certificadas se añaden al presente).

Sin embargo, en mi opinión, el reconocimiento de la pretensión en los términos en que se plantea en autos implicaría burlar este sistema legal e institucional diseñado por nuestro ordenamiento con miras a la protección especial de los niños y adolescentes.

En síntesis, considero que con el objeto de rebatir lo expuesto la recurrente se limitó a discrepar con la solución adoptada más no ha logrado, en mi opinión, conmover las contundentes afirmaciones que expresan que se le ha reconocido a la adolescente el acceso a la justicia, se ha tenido en cuenta , sus deseos y opinión, y se han reconocido – aunque parcialmente- su pretensión- al reconocerse el derecho a mantener la comunicación entre los niños.

Por todo lo hasta aquí expuesto propicio rechazar el

remedio extraordinario que dejo examinado.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 7 octubre de 2014.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.