



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 74

CUIJ: 13-04137148-4/1((017101-618/16))

PAGÉS JORGE JESÚS Y OT. EN J° 5782/15//618/16 OAL LEY 26061
ZONA ESTE POR PAGES BRUNO IGNACIO POR SITUACIÓN DE
ADOPTABILIDAD P/ RECURSO EXT. PROVINCIAL
104200272

En Mendoza, a quince días del mes de febrero de dos mil diecinueve, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-04137148-4/1 (017101-618/16)**, caratulada: **“PAGÉS JORGE JESÚS Y OT. EN J° 5782/15//618/16 OAL LEY 26061 ZONA ESTE POR PAGES BRUNO IGNACIO POR SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD P/ RECURSO EXT. PROVINCIAL”**.

De conformidad con lo decretado a fojas 73 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI**; segundo: **DR. JULIO RAMON GOMEZ**; tercero: **DR. PEDRO JORGE LLORENTE.-**

ANTECEDENTES:

A fojas 3/10 vta., los Sres J.J.P. y C.S.J. en representación del recurrente interpone recurso extraordinario de Casación (hoy Recurso Extraordinario Provincial) contra la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 166/122 de los autos n° 5782/15-618/16, caratulados: **“OAL LEY 26061 ZONA ESTE POR P.B.I. P/ SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD”**.

A fojas 32 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 33/38 vta. contesta solicitando su rechazo. A fs 47/48 vta. contesta la Sra Asesora de Menores, quien solicita también el rechazo del recurso.

A fojas 51/52 vta. se registra el dictamen de la Procuración General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 72 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 73 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto?

SEGUNDA CUESTION: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTION: Costas.

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:

I.- RELACIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS DE LA CAUSA.

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

1. El niño B.P. (nacido el 16/01/2015) comparte la misma plataforma fáctica que sus hermanos (la que ha sido relatada en los autos n° 13-04286077-2/1), con distintas medidas excepcionales que tuvieron que adoptarse desde la OAL de Rivadavia que implicaron el albergue de los hermanitos en distintos hogares.

2. El 18/10/2015 la OAL solicita se declare la situación de adoptabilidad del niño B.P., a quien consideran que debe priorizarse, por ser quien está en situación más vulnerable atento su corta edad.

3. De dicho pedido, el tribunal ordena el traslado a los padres biológicos de B., quienes contestan a fs 25/29 vta. oponiéndose al mismo.

4. A fs 34 se admiten las pruebas ofrecidas y, luego de rendirse las mismas, a fs 91/96 la juez de primera instancia dicta sentencia en la que declara el estado de adoptabilidad del niño B.

5. Dicha sentencia es apelada por los progenitores y, a fs 116/122 la Cámara de Apelaciones de Familia rechaza el recurso de apelación y confirma la decisión de primera instancia. Los fundamentos de la Cámara pueden sintetizarse de la siguiente manera:

– Conforme lo establece el art 607 CcyCN, se dan en el caso los presupuestos que autorizan la declaración de la situación de adoptabilidad del niño B.P.

– La mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

– Pero esas mismas normas prevén la posibilidad de separar a los niños de sus familias de origen cuando ello resulte necesario en su mejor interés, sobre todo cuando los mismos son víctimas de violencia intrafamiliar o de trato negligente en el desempeño de los roles parentales.

– Desde esta perspectiva, resulta claro que a través de las pruebas producidas en autos, ha sido acreditado el sustrato fáctico que autoriza la declaración de la situación de adoptabilidad del niño B.P., surgiendo la falta de idoneidad de sus progenitores y su familia ampliada para poder criarlo.

– Lo expuesto se ve corroborado por la situación en la que se encuentran los hermanos del menor causante, respecto de los cuales también se ha declarado su situación de adoptabilidad.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

– El informe psicológico social de fs 1/9 pone de resalto que cuando B. tenía un mes de vida ingresa al Hospital Perrupato por un cuadro de desnutrición; que durante la internación la madre denota una actitud negligente, omitiendo en ocasiones darle la mamadera a la hora indicada por el personal del hospital; que a los dos días de internado, el 20/02/2015, el niño ingresa al Programa Apoyo a la Familia Externa – Zona Este; que en el lugar de albergue B. no recibe visitas de sus familiares y en una ocasión que fue visitado por su madre, la misma demostró una actitud negligente, sin resonancia empática ni emocional; que los tíos paternos fueron citados por el equipo interviniente sin haber demostrado interés en hacerse cargo de sus sobrinos; que la hermana mayor de B., P.P., propuesta por el progenitor para cuidar del niño, tampoco es considerada apta a tales fines, extremo que surge de la pericia de fs 190 de los autos n° 4759/15-878/16.

– El equipo técnico de la zona Este informa a fs 7/9 que durante el tiempo de internación de B. y sus hermanos, la familia extensa no los ha visitado ni interesado por ellos.

– Desde el primer mes de vida de B., fue separado de sus progenitores en razón del trato negligente que éstos le propinaban, sin que demostrara que los mismos han revertido tal actitud a través de la realización sostenida de tratamientos aconsejados en las diversas pericias practicadas.

– Supeditar la situación familiar de B. a que los padres reviertan sus falencias mediante la realización de los tratamientos adecuados y a la espera de un resultado positivo, el que no necesariamente se obtendrá, es contrario a su superior interés.

– Los recurrentes no han probado la realización comprometida y sostenida en el tiempo de tratamiento psicológico psiquiátrico que les fuera aconsejado. Fuera de las presentaciones judiciales, no han hecho el esfuerzo necesario para lograr superar las dificultades que motivaron la desvinculación con sus hijos y de esa forma concretar un proyecto que les permitiera asumir responsablemente su crianza.

– Los testimonios rendidos no resultan relevantes para enervar las conclusiones que se extraen de los informes periciales.

– La historia clínica acompañada tampoco demuestra que los apelantes se hayan comportado adecuadamente respecto de B., por cuanto sólo da cuenta que el mismo fue vacunado al nacer, siendo que al mes de vida fue internado por desnutrición.

– Ante la situación en que se encuentra B., que lleva dos años institucionalizado, resulta necesario buscar una alternativa de vida que ofrezca mayores garantías para su sano crecimiento. Estamos convencidos que la resolución que declara el estado de adoptabilidad de B. es la que respeta su interés superior.

– En el caso, se presentan los presupuestos previstos por el art 607 del Código Civil y Comercial de la Nación en tanto las medidas tendientes a que el niño permaneciera en su familia de origen, no han dado resultado, siendo que ha transcurrido con creces un plazo mayor a ciento ochenta días, y sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida de excepción adoptada.

– En consecuencia, debe confirmarse la resolución de la juez de grado en cuanto ha decretado la situación de adoptabilidad del menor causante. Ello, sin perjuicio que el juez de origen pueda tener en cuenta si resulta beneficioso para el menor algún tipo de vínculo con sus progenitores y en función de ello disponer el tipo de adopción y su alcance (arts. 621, 625 y 627 CcyCN).

6.- En contra de esta sentencia, los progenitores interponen recurso extraordinario ante esta Sede.

II.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL INTERPUESTO.-

Los recurrentes solicitan que no se declare la situación de adoptabilidad del niño B.P. y que se ordene el reintegro a su familia de origen. Sostienen que en el caso no se reúnen los requisitos del art 607 CcyCN para que un niño sea declarado en situación de adoptabilidad. Sostienen que los distintos organismos administrativos no pusieron a disposición de la familia los medios adecuados para corregir las falencias o procurar la satisfacción de las necesidades básicas del niño B.P., como las contempladas en los arts. 33 y 37 de la Ley 26061. Agregan que las medidas fueron motivadas por sospecha de abusos, a dos de las hermanas, que nunca ocurrieron y nunca se comprobaron por la justicia penal. Consideran que las medidas no fueron dirigidas a orientarlos, apoyarlos en el cumplimiento de sus obligaciones, a fortalecer el núcleo familiar y el rol paterno, sino que el niño fue desvinculado de su familia de origen desde el mes de vida. Agregan que las medidas adoptadas no cumplieron con lo establecido por la Ley 26.061, ya que el niño no permaneció en ámbitos familiares considerados alternativos; sus hermanos mayores se presentaron pero fueron considerados no idóneos sin un fundamento lógico. Sostienen que la intención de la DINAF fue desvincularlo desde el comienzo de su grupo familiar, por lo que se ha vulnerado el derecho del niño de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; su derecho a la identidad y a no ser separado de sus padres.

III.- SOLUCIÓN AL CASO

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta, la sentencia que declara la situación de adoptabilidad del niño B.P., hijo biológico de los aquí recurrentes, J.J.P. y C.S.J.

La resolución de esta causa se encuentra íntimamente relacionada con lo resuelto por este Tribunal en la misma fecha en los autos n° 13-04286077-2/1((017101-878/16)), “PAGÉS JORGE JESÚS Y OT. EN J° 4759/15 //878/16 “OAL LEY 26.061 Z.E.M. DE LOS A., EZEQUIEL, BRIAN, Y VILLAR, JESÚS, ROMINA Y BRUNO PAGÉS P/ S.M.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

S/REC. EXT. PROVINCIAL”, en los que se decidió confirmar la declaración de adoptabilidad de los cuatro hermanos de B., la que también era discutida por los aquí recurrentes.

Las razones dadas en aquella causa, resultan de entera aplicación al presente, no obstante que se analizará la situación particular de B., del mismo modo en que se hizo con cada uno de los niños involucrados en la causa citada. Se dijo en aquella que “Para resolver la delicada cuestión aquí debatida, conviene recordar ciertos principios sostenidos en distintos pronunciamientos de esta Sala, algunos de fecha muy reciente, en los cuales el Tribunal tuvo que decidir respecto a la confirmación o revocación de la sentencia que declaraba el estado de adoptabilidad de los niños involucrados. Entre ellos, autos N° 100.959 “LV.” del 09/03/2012; N° 103.579 “Fuentes Griselda.”, del 02/10/2012; N° 106.829, “Pía Patricia.”, del 22/11/2013; “G. Y. J. y M. s/Recurso Inconstitucionalidad y Casación”, del 27/08/2015 y en fecha reciente N° 13-04311414-4 “Ferreira” del 03.12.2018).

Entre los principios señalados, tengo en cuenta especialmente los siguientes:

a) El interés superior de los niños:

Aún cuando pueda resultar innecesaria su mención, conviene dejar aclarado que todo lo que aquí se resuelva, tendrá por único y primordial objetivo, la protección del interés superior de los niños involucrados, B. (16 años), Y. (12 años), J.S. (11 años), R. (8 años) y B. (3 años, cuya situación será abordada en el expediente que también tramita ante este Tribunal n° 13-04137148-4/1). El interés de sus progenitores reclamantes no será preferido, jamás, por sobre el de los pequeños, a quienes debe este Tribunal proteger por todos los medios que encuentren a su alcance.

En esta tarea, resulta oportuno recordar que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esto es, ante la existencia de niños cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito (CSJN, 13/03/2007, “A.F.”).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención, señala que “el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y 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 éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.” (Opinión Consultiva OC17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Se ha afirmado así que “la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño por sobre cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda pre-adoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño” (CSJN, 13/03/2007, “A.F.”).

Cabe asignar al interés superior del niño el carácter de principio jurídico, en tanto genera normas interpretativas y de solución de casos que ordenan al juez una demostrada consideración por la solución que de modo más completo y eficaz lleva a la concreción de aquello que interesa a la persona menor de edad involucrada en el proceso que debe decidirse. Además de ser un principio jurídico, el interés superior conforma un “valor jurídico”, de donde se constituye en una finalidad a realizar, en un objeto axiológico del proceso; de esa suerte declarar el derecho – función reservada al juez - exige partir del principio y obtener el valor. Sólo si la solución del caso se sustenta en ambos extremos (el del principio y el del valor jurídico) puede sostenerse que se cumple la realización del derecho en los términos en que la ley define el interés superior. El criterio de interpretación aludido permite la decisión razonablemente fundada en los términos de los arts. 2 y 3 del C.C.C.N. dirigidos a asegurar el derecho de las personas a acceder a la justicia en los términos requeridos por la convencionalidad vigente.

Sobre ello, recuerdo que la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, define en el art. 3 lo que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, señalándose como tal “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Esta ley y los derechos que allí consagra a los niños y adolescentes, constituirá el marco, junto con los tratados internacionales vigentes, incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75.22), dentro del cual se analizará y resolverá la presente cuestión.

b) La preservación de la familia biológica.-



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Junto con el interés superior del niño, debe analizarse también el derecho indiscutido que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con sus progenitores en el seno de su familia de origen.

El art. 11 de la Ley 26061 prescribe que “Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aún cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

Es decir, en términos de derechos a satisfacer íntegra y simultáneamente, la preeminencia debe otorgársele a la familia biológica, por cuanto constituye un derecho indiscutido de los niños el permanecer y crecer junto a sus padres y que se respete su identidad filiatoria.

El extremo opuesto de la tensión que debe abordarse para obtener un pronunciamiento acorde con el interés superior de los niños está dado por una historia de agresiones, malos tratos, abandono, descuido, posibles abusos sexuales, cometidos por el recurrente Sr. P., sumándose a ello, la real imposibilidad de la Sra. J. de proteger a sus hijos y de ejercer, adecuadamente el rol materno. De donde cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que “la procedencia sanguínea no es con todo absoluta sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño” (conf. Fallos 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, consid. 61).

Teniendo en cuenta los derechos en pugna, la Corte Federal ha sostenido que “más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de

valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar” (CSJN 13.03/2007 “A.F.”).

c) La situación actual de B.

Tal como lo referí en el otro expediente donde tramita la situación de los hermanitos de B., al momento de realizarse la audiencia en Cámara Gesell ordenada por este Tribunal, todos los que allí asistimos nos sorprendimos con la nueva realidad que están viviendo los pequeños, la cual no consta en los expedientes venidos en revisión ante esta Sede.

En efecto, cuando comienza la tramitación del recurso extraordinario ante esta Sede, conforme surge de las constancias objetivas de la causa, estábamos en presencia de seis niños (hoy cinco, dada la mayoría de edad de E.), que se encontraban alojados en distintos hogares de la OAL (excepto B. que se encontraba inserto en el Programa Apoyo a la Familia Externa, zona Este, bajo el cuidado de la Sra. Puebla, ver fs. 4) cuyos padres biológicos solicitaban la restitución, por lo que el debate se limitaba a decidir el mejor interés de estos pequeños, entres dos opciones posibles a ese momento: continuar con la institucionalización y comenzar el proceso de adopción, o restituirlos a sus padres.

Sin embargo, cuando llegó la fecha de la Cámara Gesell, tomamos conocimiento que ninguno de los niños continúa alojado en los hogares de la OAL. Por el contrario, todos están conviviendo con distintas familias preadoptivas. Del mismo modo, B. quien se encuentra vinculado con la familia “F.-B.” en guarda pre adoptiva. Ello motivó, más allá de la alegría por el bienestar de los niños, un llamado de atención al RUA por la falta de comunicación adecuada al Tribunal que está decidiendo sobre el futuro de estos niños respecto de su situación actual, lo que resulta innecesario reiterar en estos obrados.

Volviendo a la realidad de B., a fs. 69, la Lic Anastasi, Psicóloga del RUA, nos informa que se encuentra vinculado con el matrimonio F. – B., en guarda pre adoptiva, la que tramita en los autos n° 5859/15/3F de la Tercera Circunscripción Judicial.

Si bien el niño no pudo ser entrevistado, dada su corta edad, pudimos percibirlo perfectamente integrado a sus papas adoptantes, quienes lo acompañaron en todo momento y consolaron inmediatamente ante la angustia que le provocó la situación desconocida en la que se encontraba.

B. está feliz y contenido, lejos de la situación de abandono, descuido y desnutrición a la que fue sometido al nacer por sus padres biológicos. En este análisis no puede soslayarse la historia de B., referida en los informes adjuntados a la causa (fs 1/9), que ponen en evidencia que, cuando tenía apenas un mes de vida, ingresa al Hospital Perrupato por un cuadro de desnutrición. Que durante su internación, la madre denota una actitud negligente omitiendo en ocasiones darle la mamadera a la hora indicada. También se informa que cuando el pequeño ingresa al lugar de



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

albergue, no recibe visitas de sus familiares y sólo en una ocasión fue visitado por su madre, quien demostró una actitud negligente, sin resonancia empática ni emocional.

A ello debo agregarle que las pericias psicológicas y psiquiátricas practicadas a los recurrentes no les resultan favorables a su pretensión de reintegro. A fs 62/63 informan los profesionales actuantes que la Sra. J. necesita, para el cumplimiento adecuado del rol materno, asistencia permanente y supervisión de un tercero adulto responsable que la auxilie en las funciones de crianza de sus hijos y la realización de tratamiento psicológico de tipo directivo y psicoeducativo para la incorporación de pautas que la fortalezcan en el desempeño del rol. En tanto que respecto del Sr. P., se informa que presenta limitaciones para el ejercicio adecuado del rol y función paterna, requiriendo también de tratamiento psicoeducativo directivo para el fortalecimiento del rol.

Frente a tales conclusiones periciales, coincido con la sentencia de Cámara en cuanto establece que “supeditar la situación familiar de B. a que los padres reviertan sus falencias mediante la realización de los tratamientos adecuados y a la espera de un resultado positivo, el que no necesariamente se obtendrá, es contrario a su superior interés”.

En efecto, desde el año 2010 el OAL comienza el abordaje con esta familia intentando revertir la situación de violencia y maltrato en la que se encontraban los niños. Los resultados no fueron positivos. Ello no obedeció a falta de apoyo desde los organismos encargados, sino a la falta de compromiso y voluntad de los padres de revertir sus falencias. Los hermanos de B., escuchados en Cámara Gesell, fueron claros y determinantes al momento de manifestar que no desean volver con la Sra. J. ni con el Sr. P., señalando a éste último como el autor material de reiterados abusos y malos tratos. Sinceramente, no encuentro razón alguna para someter a un pequeño de tres años a una realidad familiar a la cual sus hermanos mayores, que pueden poner en palabras lo vivenciado, no quieren volver de ningún modo.

Tal como lo ha señalado el máximo tribunal federal en los fallos citados precedentemente, no debe perderse de vista el derecho humano de todo niño a vivir, crecer y desarrollarse en su núcleo social de origen, pero ningún derecho es absoluto, por lo cual el derecho a vivir en la familia de origen debe ceder cuando el reintegro podría generar un grave daño al niño.

El art. 594 CcyCN, define la adopción como aquella “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 estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.

Siguiendo este concepto, los autores coinciden en centrar la adopción en el derecho del niño, niña o adolescente; en el entendimiento de que el niño que no pudo crecer con su familia biológica, si logra desarrollarse en un hogar donde tenga plenamente el carácter de hijo, su infancia será mejor —sin ninguna duda— que si creció en institutos creados a tal fin. El derecho a vivir en familia constituye un derecho humano, y en tal sentido es fundamental que el niño crezca en una familia para su desarrollo integral (Marisa HERRERA, 2008, "El derecho a la Identidad en la Adopción", Tomo I, Editorial Universidad, pág. 192).

En el mismo sentido, “La adopción es un instituto que existe con el fin de proteger aquellos niños carentes de hogares o cuyos hogares no son adecuados para que crezcan allí. No tiene por finalidad cubrir el deseo de aquellas familias que por distintos motivos no pudieron ser padres —aunque finalmente cumpla con este fin también—. El carácter de esta institución es de protección del niño o niña, tiene una finalidad superadora del abandono al otorgar al menor un ámbito familiar que será imprescindible para su formación integral (María Josefa MÉNDEZ COSTA - Daniel Hugo D'ANTONIO, "Derecho de Familia", Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Pág. 360).

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde el rechazo del recurso extraordinario interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida, en tanto ha priorizado el derecho de B. a crecer en un ámbito familiar de contención y amor, esencial para su desarrollo integral, por sobre el derecho de los adultos aquí reclamantes.

d) El vínculo entre los hermanos.

Finalmente, del mismo modo en que lo resolví respecto a los hermanos de B., considero necesario, en aras de proteger el interés superior de estos niños, su derecho a la identidad, como así también respetar su voluntad manifestada en la audiencia, adoptar medidas tendientes a preservar el vínculo entre los hermanos V.-P., el que lógicamente se ha visto resentido como consecuencia de la distancia física que implica la inserción de cada uno de ellos en distintas familias adoptivas.

Al respecto, corresponde precisar que, como derivación del derecho a la conservación de los vínculos con la familia de origen, el artículo 595, inc. d), del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consagra “la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas”.

Sobre la cuestión, ha dicho este Tribunal que “Desde siempre se ha señalado la inconveniencia de adoptar un hermano con exclusión de otro. Bien se ha dicho que si se trata de varios hermanos huérfanos o abandonados, y son adoptados por personas diferentes, a la desgracia de su desamparo se suma otra más: la de dejar de ser hermanos. Por eso toda



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

la doctrina sostiene la conveniencia de que todos los hermanos sean adoptados por un mismo adoptante (SCJM, expte. n° 69.079, “Silvestrini...”, 29/08/2000, LS 296-498, en los que se ha citado a Ferrer, Francisco M., Voz Adopción, Enciclopedia de Derecho de Familia t. I, Bs. As., ed. Universidad, 1991, pág. 109; Feyt, León., Algo más sobre adopción y legitimación adoptiva, LL 119-1064; Vidal Taquini, Proyectoada reforma del régimen de adopción, LL 1975-B-1339; Molina, Alejandro, Los hermanos sean unidos, Rev. Derecho de Familia, n° 7 pág. 51 y ss; Uriarte, Jorge A., en Bueres Highton, Código Civil anotado, Bs. As., ed. Hammurabi, 1995, t I, pág. 1493; Lloveras, Nora, Nuevo régimen de adopción, Bs. As., ed. Depalma, 1998, pág. 63; Cám. Nac. Civ. sala I, 19/8/1997, JA 1998-II-23; Trib. de Menores de Azul, 21/4/1978, JA 1978-IV-611).

Asimismo, el factor tiempo, reviste vital importancia en las cuestiones en que se hallan involucrados niños y adolescentes, y particularmente en la cuestión específica que nos ocupa. Sobre el tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado establecido que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (conf.: Corte IDH, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, 21/09/2002, p. 145). Y específicamente en lo relativo a la materia que convoca al Tribunal, ha dicho que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades (conf.: “L., M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay”, 01/07/2011, p. 16); y destacó que la mayor dilación en los procedimientos podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto (conf.: “Fornerón L. e hija c. Argentina”, 27/04/2012).

Conforme estos criterios, nadie niega que, en autos, la situación ideal hubiese sido la adopción de todos los hermanos V.-P. en forma conjunta, por una misma familia adoptiva. Pero el factor tiempo, al que aludí precedentemente, influye en este caso de dos maneras: por un lado, el tiempo en el cual estos niños vienen consolidando lazos de afecto positivos en las respectivas familias de pretendidos adoptantes; por otro lado, la difícil o remota posibilidad de encontrar una familia en condiciones de afrontar la adopción de cinco hermanitos, lo que implicaría la continuidad

de una situación de incertidumbre respecto del futuro y bienestar de estos niños.

Esta circunstancia es también contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial, al receptar “una regulación amplia y realista, entendiéndose que si bien el ideal es que todo el grupo de hermanos sea adoptado por la misma familia, lo cierto es que esto no siempre es posible y por ello, en estos casos y como un principio de mínima, se deben llevar adelante las decisiones pertinentes para evitar la ruptura del vínculo jurídico y afectivo entre los hermanos” (conf.: Herrera Marisa, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. IV, ps. 27/28).

Señalé en el otro expediente (n° 13-04286077-2/1) que, al momento de la audiencia, tanto B. como Y. y R., pusieron de manifiesto un evidente interés por sus hermanos, especialmente por el más pequeño B. al que prácticamente no conocían. Asimismo, todos se mostraron muy alegres y eufóricos en el momento previo a la audiencia, cuando se reencontraron en el patio de los Juzgados de Familia, después de tanto tiempo sin verse.

Esto también fue observado por los profesionales actuantes, quienes a fs. 66 vta. informan que “cabe destacar que los profesionales a cargo de la cámara Gesell entre una entrevista y la siguiente acompañaban a los niños al patio y luego ingresaban con los siguientes. Estos intervalos permitieron observar desde lo social cómo un lugar netamente institucional convocó a cinco hermanos que no se veían desde hace mucho tiempo (de hecho a B. desde su nacimiento y éste a su vez no los conocía). Asimismo, las familias preadoptivas generaron lazos espontáneos que dieron lugar como lo expresaran a un grupo de whatsapp entre los adultos, fotos entre los niños, los niños y los adultos, observándose expresiones de cariño y alegría”. El mismo informe remarca la necesidad de contacto entre los hermanos, en términos de espacios saludables, sin la presencia de agresiones, descalificaciones o cualquier instancia de vulneración de derechos. Concluye que “la despedida de los hermanos, se identifica como cálida, alegre, sostenida en la promesa de reencuentro”.

Esa promesa de reencuentro es la que voy a retomar en este fallo, poniendo en cabeza de los adultos – pretensos adoptantes, como así también de las autoridades del RUA - la instrumentación de todos los medios que estimen necesarios y pertinentes para que los hermanos permanezcan vinculados, física y emocionalmente, mediante encuentros periódicos y con la frecuencia que sea posible coordinar entre todos. A tal fin, desde el RUA, previa coordinación con las familias adoptivas de los niños, se deberá elaborar un calendario de encuentros, en el lugar y horario que allí acuerden, para que los hermanos puedan reunirse, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido por



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso, atento los derechos esenciales en juego.

e) Lenguaje claro.

En esta etapa, considero oportuno detenerme un momento y dedicarles unas palabras a los niños y jóvenes destinatarios de esta sentencia, en un lenguaje claro y simple, que les permita entender lo que se está resolviendo, respecto de su vida personal y familiar y en cuanto a su futuro.

La doctrina moderna insiste en la necesidad de utilizar un lenguaje claro en las sentencias, específicamente en aquellas dictadas en procesos de familia, señalando que “no se trata solamente de dictar una sentencia a la medida de cada familia, sino de comunicarla de forma tal que sea comprendida. Para que sus destinatarios la interioricen y acepten. Es por ello que el lenguaje de la sentencia resulta el punto de partida del análisis de su eficacia” (Ballarín Silvana, “El lenguaje en el proceso de familia como garantía de tutela judicial efectiva”, Publicado en SJA 07/02/2018, 8 JA 2018-1,1138; Cita Online: AP/DOC/1156/2017).-

Dicha inquietud ha sido receptada también por este Tribunal, en función administrativa mediante el dictado de la Acordada n° 28.243 (01/08/2017) que establece que en la redacción de citaciones, resoluciones o notificaciones debe utilizarse un lenguaje accesible para las personas que no poseen conocimientos técnicos jurídicos.-

Con mayor razón, entiendo, que ese tipo de comunicación debe intentarse cuando sus destinatarios son niños, como el caso que nos ocupa.-

Por ello, estas palabras están destinadas exclusivamente a B., Y., R., S. y B., por si algún día desean leer esta sentencia, para que puedan así comprender lo resuelto y el por qué de ello.-

Luego de haberlos conocido personalmente y de haber escuchado sus deseos y sus angustias, hemos decidido que lo mejor para ustedes es que continúen viviendo junto a las familias con las que se encuentran hoy transitando el camino de la adopción.

Estamos convencidos de ello porque ustedes mismos nos han dicho lo felices que están así. Nos han contado cómo se desarrollan sus días en la actualidad, desde quiénes les preparan el desayuno y los buscan en el colegio, hasta quiénes los ayudan a estudiar; qué hacen en sus ratos libres, con quiénes comparten sus alegrías y tristezas; quiénes integran su nueva familia, a quiénes identifican como “mamá”, “papá”, “abuela” y cada uno de los nuevos afectos que han incorporado en sus vidas.

En definitiva, nos han hecho saber quiénes son las personas que, hoy, les brindan amor y se preocupan por sus necesidades y de quienes no quieren ser separados. En eso han coincidido todos, no quieren ser

separados de sus nuevas familias adoptivas y esa voluntad, claramente manifestada, es algo que este Tribunal va a respetar y valorar.

Sabemos que, pese a ser tan pequeños, han sufrido mucho, han tolerado malos tratos y abandono de parte de quienes debían protegerlos y amarlos. Y no queremos que eso vuelva a repetirse en sus vidas. Por ello, hemos decidido priorizar y defender el interés de ustedes, por sobre el de sus padres biológicos que los reclaman. Ustedes coincidieron en que no quieren volver con ellos, no quieren volver a esa casa donde fueron maltratados y ello será respetado, porque también es lo que consideramos mejor para su futuro y bienestar personal.

A lo largo de todos los años que duró esta causa judicial, pudimos comprobar que sus padres biológicos no están en condiciones de garantizar el cuidado y la protección que ustedes necesitan. Desde el Poder Judicial y desde todas las instituciones que han intervenido, se intentó siempre preservar y priorizar la unión de la familia biológica. Pero ello no resultó por lo que hoy es momento de pensar sólo en ustedes y en su futuro.

Por último, consideramos necesario preservar, estimular y fortalecer la relación entre ustedes como hermanos, aún cuando por distintas circunstancias deban vivir separados en diferentes familias. Esta fue una de las inquietudes que ustedes mismos nos plantearon en la audiencia que tuvimos, el deseo de verse entre sí y mantener el contacto como hermanos. Por ello, hemos decidido que el R.U.A. (organismo que ustedes conocen bien) elabore un calendario de encuentros, en el lugar y horario que acuerden, para que puedan reunirse los hermanos, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido por todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso. No hace falta siquiera explicarles que hoy cuentan con mucha tecnología (whatsapp, messenger, facebook, instagram, etc.) que les permitirá estar conectados cada vez que quieran. Usen esos medios cuando lo deseen, manténganse unidos y no se olviden, que pese a todo lo que han vivido, ustedes se aman mutuamente como hermanos y eso nada ni nadie puede cambiarlo.-

Finalmente, recuerden que todas las distintas instituciones judiciales y administrativas que han participado en sus vidas, tanto Juzgados de Familia, R.U.A., Asesora de Menores, O.A.L. y este mismo Tribunal, lo han hecho siempre con la intención y finalidad exclusiva de protegerlos a ustedes. Por ello, no duden en acudir a ellas cuando lo necesiten, que allí estarán para ayudarlos en esta etapa que les toca vivir, para atender sus necesidades y canalizarlas adecuadamente.

f) Conclusiones:

En virtud de todo lo expuesto, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, conforme los considerandos expuestos en esta sentencia.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 166/122 de los autos n° 5782/15-618/16, caratulados: “OAL LEY 26061 ZONA ESTE POR P.B.I. P/ SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD”.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTION EL DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI, DIJO:

Atento lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a los recurrentes vencidos (art. 36 CPCyTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 15 de febrero de 2.019.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

R E S U E L V E:

I.- Rechazar el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 166/122 de los autos n° 5782/15-618/16, caratulados: “OAL LEY 26061 ZONA ESTE POR P.B.I. P/ SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD”.

II. Oficiar al RUA para que previa coordinación con las familias adoptivas de los niños V. - P., elabore un calendario de encuentros, en el lugar y horario que acuerden, para que los hermanos puedan reunirse, compartir y fraternizar armónicamente; el cual deberá ser respetado y cumplido por todas las familias involucradas, con seriedad y compromiso, atento los derechos esenciales en juego.

III.- Imponer las costas a los recurrentes vencidos.

IV.- Diferir la regulación de honorarios hasta que se practiquen en las instancias anteriores.

NOTIFÍQUESE.-

DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI
Ministro
DR. JULIO RAMON GOMEZ
Ministro
DR. PEDRO JORGE LLORENTE
Ministro