



(RGE:NE-3740-2014 )

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial-Necochea

En la ciudad de Necochea, a los 20 días del mes de noviembre de dos mil Quince, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**F., J. C. y L., A. s/Privación de Patria Postedad**”, expte. N° 10.264, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Fabián Marcelo Loiza y Oscar Alfredo Capalbo, habiendo cesado en sus funciones el Doctor Garate (Decreto n° 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

1º ¿Es justa la sentencia de fs. 75/86?

2º ¿Qué pronunciamiento corresponde?

### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ**

#### **DOCTOR LOIZA DIJO:**

I.- Con fecha 8 de junio de 2015, la Sra. Jueza de Familia n°1 falló: “*I) Privar de la Patria Potestad al Sr. J. C. F, DNI 12.130.676 y la Sra. M. A. L., DNI 20.586.756 en los términos del art. 307 incs. 2 y 3 del Código Civil; II) Decretar el DESAMPARO y en consecuencia el ESTADO DE ADOPTABILIDAD de los niños A. M. F., DNI 43.055.008; C. R. F., DNI 44.750.929; F. M. F., DNI 46.197.918; de A. L. F.; DNI 48.031.989 y J. J. F.;*



*DNI 52.587.127 hijos biológicos de M. A. L. y de J. C. F., debiéndose incluir a los niños en el Registro respectivo; III) Librar oficio al Registro de Aspirante a Guarda con fines de Adopción de la SCBA a fin que el mismo remita un listado de aspirantes en condiciones, a efectos de comenzar a trabajar la vinculación de los niños con las familias. Previamente, pasen las actuaciones al Equipo Técnico del juzgado a fin de que se agregue en autos la evaluación relacionada con los niños y sus posibilidades de insertarse en una o varias familias de aspirantes, conforme las características de los niños” (f. 86).*

Para fundar su decisión la Sra. magistrada de grado juzgó, como dirimente, la marcada vulnerabilidad en que se encontraban los niños, las situaciones de violencia a que éstos fueron expuestos y la situación de abuso sexual que el Sr. F perpetró contra su hija mayor (fs. 8, 27vta. y 44vta.).

Fundó sus conclusiones en las presentaciones de la Asesoría de Incapaces (fs. 4/6, 9, 27/30 y 48), en los informes psiquiátricos y psicológicos elaborados respecto de la Sra. L. (f. 1 y 54) y en los resultados de las medidas implementadas; apreció además los informes del Hospital Neuropsiquiátrico de Necochea respecto de la Sra. L. a quien se le diagnosticó esquizofrenia paranoide (f. 25/26).

Por último, conjugó la conducta de los progenitores ante las distintas estrategias abordadas (fs. 13/14) así como el rol procesal que cada uno de ellos asumió en esta causa (fs. 40/46, 59 y 70).



Más tarde y decretado el estado de “adoptabilidad”, obran las evaluaciones que el equipo técnico del Juzgado de Familia efectuó sobre los niños A. M. F., C. R. F., F. M. F., A. L. F. y J. J. F. (v. fs. 96/100). Asimismo, luce agregado un nuevo informe psiquiátrico de la Sra. L. (f. 102) obrando además un acta, practicada en la Asesoría departamental, donde la progenitora manifiesta su deseo de mantener contactos con sus hijos (f. 103).

Por último, obra el acta donde este Tribunal tomó contacto con los cinco niños en el hogar de transito donde actualmente residen (f. 157)

**II.-** Contra la decisión transcripta se alza la Sra. M. A. L. quien, patrocinada por la Defensora Oficial, apela a f. 115. El recurso es concedido libremente sin indicar específicamente su efecto citando los arts. 242 y 243 del CPCC cuando, en realidad, correspondía hacerlo en relación y con efecto devolutivo conforme el art. 27 de la ley 14.528 de procedimiento de adopción.

Seguidamente la Dra. Evangelina B. Mujica, Defensora oficial departamental, invocando la franquicia la calidad de gestor procesal de la Sra. L., expresas sus agravios a fs. 165/167.

Allí, indica que “se ha evaluado negativamente una situación de salud mental generando más de un castigo”. Si bien reconoce los informes relativos a la salud mental de la Sra. L. afirma que “...se optó por privarla del ejercicio de su patria potestad sin permitirle desempeñar el rol con la asistencia de un apoyo”.



Luego indica que la Sra. L. es “*una persona que tiene limitaciones psíquicas*”, que la comprensión del proceso y de sus consecuencias resultan ser “*concreta y simple*”; es decir, que al Sra. L. “*...se apega a estímulos sensoriales, a lo que sus ojos ven, sus oídos escuchan, sin más, las interpretaciones que pueden hacer son lineales y guiadas por la apariencia. Una persona con pensamientos concretos no puede realizar abstracciones. Entonces como pretender que la Sra. L. comprenda algo tan abstracto como un proceso? o comprenda los derechos y obligaciones derivadas de sus responsabilidad parental?*”.

Razona la Sra. Defensora que “*...lo justo es entender que la Sra. L. requiere de un apoyo para desempeñar el rol materno y que, a pesar de los informes y de lo peticionado por el Sr. Asesor a f. 48, aún no se ha designado esa persona ni se ha iniciado el proceso tendiente a obtener su designación*” (f. 165vta.).

Luego asegura “*Que el sólo hecho de padecer una discapacidad mental no puede ser motivo para privar a una persona del ejercicio de la responsabilidad parental. El CCyC prevé la suspensión del art. 702 inc. C) siempre que medie sentencia firme de limitación de la capacidad por razones graves de salud mental*”. Prosigue afirmando que “*la Sra. L. tampoco ha abandonado a sus hijos ni los ha desprotegido en forma voluntaria sino que su capacidad limitada le ha impedido desempeñar adecuadamente su rol y, ante la ausencia de un apoyo, no ha podido sostener su rol materno ni asumir adecuadamente su responsabilidad*”.

Concluye que “es el Estado quién debe velar no sólo por los derechos de los niños vulnerados de aquellas personas que padecen limitaciones psíquicas. Y de las constancias de autos no surge que se haya brindado a la Sra. L. toda la protección que la legislación vigente prevé. Y ahora, el mismo Estado que la debe proteger y brindar mecanismos para suplir sus limitaciones, la sanciona privándola del ejercicio de la responsabilidad parental” (f. 166).

En su segundo agravio la conclusión relativa al estado desamparo; allí indica que existe una real limitación psíquica que le impide - a la Sra. L.- “comprender que la naturaleza de su función materna no es sólo concebir y dar a luz”, insiste en que la tutela estatal estuvo ausente y que no actuó al momento de prevenir una situación de desamparo.

Luego entiende que se ha privado a los niños de permanecer en su centro de vida, manteniendo su vínculo materno filiar, al omitir designar oportunamente un apoyo a la Sra. L. “nunca se determinó que cuidados podía asumir la madre con relación a los hijos Tampoco se exploró la capacidad de Alejandra de brindar contención, afecto a sus hijos. Y ahora, se pretende restablecer derechos privando a la madre y a los niños de su vínculo” (f. 166vta.).

En su último agravio, tilda de nulo todo lo actuado por entender que se llevó adelante un proceso contra una persona presumiendo su plena capacidad cuando de las constancias de autos surge que se encuentra



limitada por una patología psiquiátrica debidamente diagnosticada afectando principios y garantías constitucionales (f. 166vta.).

Solicita, en definitiva, se rechace la demanda contra M. A. L. restituyéndole el ejercicio de la responsabilidad parental y, en caso que se considere pertinente, se decrete la nulidad de todo lo actuado (f. 167).

**III.-** Seguidamente obra la réplica del titular de la Asesoría de Incapaces nº1 departamental, quien como representante de los niños solicita se confirme la sentencia de grado (v. fs. 169/174).

**IV.-** El recurso no prospera.

En primer lugar respecto de la madre de los encausados cabe predicar la ausencia de restricción en su capacidad a tenor de las reglas legales aplicables (arts. 3 Ley 26.657; 140 Cód. Civ. y actual 22 del CCyC), la ausencia de un proceso en tal sentido y su propia actuación en estos autos (fs. 39/vta.; 59/vta. y 103).

Las limitaciones que señalan los informes no autorizan a concluir que la madre de los niños no comprenda las circunstancias del presente proceso ni las consecuencias que de él puedan derivar (v. fs. 54/vta.). El recurso de apelación es prueba de ello, pues no podría entenderse que la Sra. Defensora ha reemplazado la voluntad de la Sra. L. sino, por el contrario, que la ha interpretado y encausado.

Por otro lado la interpretación que efectúa la Sra. Defensora respecto de la efectiva comprensión de este proceso por la recurrente (puntualmente que lo haría como una persona de entre 7 y 12 años) no

aparece corroborada por el informe que se cita, ni por otras constancias de autos.

La presencia procesal de la Asesoría N° 2, por otra parte, ha permitido aventar la idea de la imprescindible interdicción de la Sra. L. por la vía de la designación de un apoyo (fs. 101/vta.).

Asimismo la apelante, conforme surge de autos, se encuentra en una relación de pareja desde que egresó de su internación, y a estar a las constancias (fs. 1; 54; 103) esa persona ha venido cumpliendo el rol de apoyo, pues la ha acompañado desde entonces (v. fs. 6 expte. N° 9.066, entre otros elementos) aunque se ha pronunciado en sentido contrario a la convivencia de los niños con ellas (fs. 50/vta. expte. 9066; 46vta. expte. 9067; 65/vta. expte. 9064; 42/vta. expte. 9065; 57vta. expte. 9063).

Asimismo la Sra. L. ha manifestado no estar en condiciones de recibir a sus hijos en su actual domicilio (fs. 7 expte. 9066; 6vta. expte. 9067; 6/7 expte. 9064; 6/7 expte. 9065; 6/7 expte. 9063; y fojas citadas en el párrafo precedente) lo que además de corroborar la autonomía que evidencia en sus decisiones, da cuenta de la urgencia que la situación impone frente a la indefinición de la residencia de los encartados, la que viene prolongándose desde hace dos años.

En otras palabras la decisión autónoma de la madre, con el apoyo de su actual pareja conviviente, se ha evidenciado en todo el proceso; sin embargo ello no ha redundado en una mejora en la situación de los



niños, principal norte del procedimiento, los que han debido ser alojados en un hogar frente a la falta de otras opciones.

Todo ello permite rechazar la tardía pretensión contenida en el recurso de nulificar las actuaciones, en tanto no se advierte la vulneración de derechos que se denuncia.

**V.** En cuanto al agravio que ve en la declaración de adoptabilidad y consiguiente pérdida de la patria potestad, una sanción respecto de una persona con “limitaciones psíquicas”, cabe igualmente rechazarlo, en primer término por las razones dadas anteriormente respecto de la capacidad de la Sra. L. así como el respeto por su autonomía.

A tales argumentos cabe agregar que frente a la tensión entre los derechos de los hijos a vivir en una familia gozando de las prerrogativas correspondientes a su edad y los de su madre de mantener el vínculo con ellos, cabe ponderar cuál es el principio que puede ser mejor o más ampliamente satisfecho, pues ambos contienen por imponerse uno sobre el otro.

Si bien la Sra. Defensora no lo explicita la base de su argumentación estaría afincada en el principio que emerge del art. 23 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD, ley 26.378, con jerarquía constitucional por virtud de la ley 27.044).

Allí bajo el título “Respeto del hogar y la familia” se prescribe “4. *Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades*

*competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.”*

Frente a tal principio que impone la protección de la persona con discapacidad, aceptando por hipótesis que tal sea la situación de la recurrente, se encuentran los principios de “interés superior del niño” (arts. 1.1 de la CDN; 3 de la ley 26061 y 639 inc. a del CCyC) de “protección contra toda forma de perjuicio” (art. 19 CDN) de “protección y asistencia especiales” por estar privados de su medio familiar (art. 20 CDN) entre otros (v. gr. arts. 24; 25; 28; 29; 31 y 32 todos de la CDN).

A la par, y de manera más particular, se encuentran los principios específicos relativos al sistema de adopción del art. 21 de la CDN, en especial su inciso “a”.

En el conflicto entre principios la doctrina señala que, al ser estos *mandatos de optimización* (es decir que pueden cumplirse “en la mayor medida posible” o “establecen una dirección que debe cumplirse en la mayor medida posible” –conf. Lorenzetti, Ricardo “Teoría de la decisión judicial” p. 140, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008) la preponderancia en el caso concreto no puede ser resuelta de la manera clásica, tal como se haría respecto de las reglas, sino que se requiere la aplicación del llamado “juicio de ponderación” donde la medida permitida de no satisfacción de un



principio depende del grado de importancia de satisfacción del otro (Lorenzetti, R., ob. cit. p. 263 y CSJNA Fallos 311:2272 y 312:496; art. 32 CADDHH).

En tal sentido el interés superior de los niños y la adolescente (NNA) de autos –a la par que los otros principios mencionados en favor de ellos- aparece hoy con posibilidades ciertas de ser cumplido, en la mayor medida posible, si éstos pueden desarrollarse en el seno de una familia a través del proceso de adopción. Tal apreciación se desprende del cambio, para mejor, que han tenido los encartados desde las medidas de abrigo dictadas a su respecto y la situación que –con limitaciones pues no han todavía accedido a vivir en familia- advirtió este Tribunal al tomar contacto con ellos.

En contrapartida, la lesión –o la menor satisfacción del principio- que se aduce producirá a la madre la privación decretada, bien podrá no implicar una pérdida de toda relación vincular, restando siempre la posibilidad de mantener lazos personales y afectivos más allá de los vínculos jurídicos. O en palabras de la propia CDPD bien podrá no implicar una “separación” completa.

Así en el proceso de adopción a desarrollarse, y sin que ello implique abrir juicio sobre lo que haya de decidirse en esos procesos, sino a fin de ponderar a esta altura el alcance del agravio, podrá optarse por el vínculo jurídico que mejor permita tales lazos (conf. arts. 594; 595 y 621 del CCyC), sin mengua para la madre, en la medida en que ella misma lo

sostiene (v. acta de fs. 103 donde expone que “*desea tener contacto con sus cinco hijos por lo menos una vez por semana*” y que reitera sus anteriores afirmaciones en ese sentido v. (fs. 50/vta. expte. 9066; 46vta. expte. 9067; 65/vta. expte. 9064; 42/vta. expte. 9065; 57vta. expte. 9063; ya citadas). Todo ello claro está custodiando, en cada caso particular, el interés individual de cada uno de los niños que no debe ser interpretado de manera conjunta sino personal (art. 595 CCyC).

Paralelamente a esta madre que viene padeciendo su propia enfermedad mental, la decisión de grado, antes que sancionarla por una suerte de inconducta, lo que en realidad procura es trasladar la carga de las responsabilidades respectos de los NNA hacia otros adultos, quienes en el nuevo ámbito familiar tendrán a su cargo restaurar los derechos de los causantes.

En definitiva se trata de satisfacer el interés superior de los encartados, y los demás principios a su favor implicados, del mejor modo posible conforme las circunstancias, sin que ello implique necesariamente borrar la historia personal de las partes ni sus vínculos afectivos, sino dotar a los niños de un ambiente familiar que les permita crecer y desarrollarse, con lo que en definitiva se satisface de cierto modo con el principio del art. 23.4 de la CDPD.

Dicho de otro modo la relación entre la apelante y sus hijos no termina necesariamente con la sentencia que propicio confirmar sino que podría comenzar una nueva y mejor relación a partir del ingreso de aquellos



en el seno de una o varias familias que los contengan y les permitan gozar de sus derechos y desde allí comprender la situación atravesada y construir otro vínculo con su progenitora, satisfaciendo los principios en juego del modo que prescribe en definitiva –y de manera concluyente- el art. 3 último párrafo de la L. 26.061, ello, claro está, conforme las circunstancias de hecho que se acrediten oportunamente.

En ese tránsito la Sra. Juez de grado se encuentra facultada legalmente para propiciar junto el equipo técnico que la asiste, un régimen de comunicación que procure la mayor satisfacción posible de los intereses en juego (arg. arts. 627 inc. "b" y 652 CCyC).

La opción traída por la recurrente (que el Estado provea un apoyo para recomponer la unidad familiar) pasa por alto por un lado que la Sra. L. no aparece requiriendo un apoyo en autos, pues conforme se desprende de las constancias ya citadas y tal como ya se advirtiera, vive en pareja y es tal persona quien de hecho la sostiene y apoya en sus decisiones (v.gr. acta de fs. 103).

El otro aspecto desatendido por el recurso es el del tiempo transcurrido y a transcurrir, el que en ambos casos conspira con la mayor satisfacción posible del interés de los niños, quienes pese a haber superado una situación de desamparo (de la que dan cuenta las respectivas causas de abrigo) aún no se han establecido en el seno de una familia para poder gozar del mayor estándar de derechos al que puedan acceder. Tal omisión, que con matices se perpetúa desde octubre de 2013, no se advierte cómo

podría superarse de accederse a la petición de la recurrente, máxime que no se indican qué circunstancias variaron desde que manifestó no poder recibir a los niños en su nuevo domicilio, el que, como consta en autos, se sitúa fuera de esta ciudad.

Por otro lado los niños no se han pronunciado en favor de la posibilidad propugnada por la recurrente (v. fs. 96/98vta.; acta de fs. 157 de estos autos; fs. 40 expte. 9067) lo que viene a reforzar el sentido de la decisión que se propone confirmar (arts. 3 l. 26061 y 12.1 de la CDN). Máxime si se advierte que al obrar así los NNA podrán continuar asistiendo a sus respectivas escuelas y actividades, manteniendo entonces su entorno social, cultural y educativo, lo que se vería modificado de trasladarse a la ciudad de Lobería donde reside por propia determinación de la recurrente (art. 3 inc. "f" L. 26061).

Esta decisión que propicio la entiendo en línea con la muy reciente doctrina legal de la SCBA en Ac. 118472 del 4/11/2015, en la que, frente a un caso análogo en el que sí estaba dictada una restricción a la capacidad de la madre –y con aristas de mayor gravedad que el presente-, se ponderó que *“el sistema de apoyo no puede tener un efecto útil inmediato ya que un cambio en las condiciones particulares de (la progenitora) requerirá de tiempo adicional y se sabe que este condicionante tiene particular importancia para la vida de (los hijos), M. y J. , los que no pueden seguir esperando la posibilidad de inserción en el seno de una familia definitiva, para crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...)”*.



Añadiéndose que “*la búsqueda del respeto a la integralidad para alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de aquéllos [los causantes] no admite consecuencias irremediables ocasionadas por el transcurso del tiempo (arts. 2, 3, 4, 6, 12, 19.1 y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Opinión Consultiva 5 y 7 del Comité de los Derechos del Niño; Opinión Consultiva 17/2002, Condiciones Jurídicas y los Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Serie A, N. 17, párr. 87, Informe 117/06, Petición 1070-04. Admisibilidad. Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), ni permite soluciones que no respondan a un principio de realidad dentro de las posibilidades actuales y reales del grupo familiar.*” (causa citada voto del Dr. De Lázzari, que hace mayoría).

En síntesis en la compleja coyuntura que presenta el caso, la solución que satisface mejor y más ampliamente los principios en juego entiendo es la que aquí se propicia confirmar por los argumentos dados.

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR**

**JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:**

Corresponde confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 75/86 por los argumentos aquí expuestos.



**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**SENTENCIA**

Necochea, 20 de noviembre de 2015.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se confirma la sentencia de grado obrante a. fs. 75/86 por los argumentos aquí expuestos. Devuélvanse juntamente con los principales: "F., A. M.s/Medida de abrigo" expte. 9066; los expedientes Nº 9063, 9064, 9065 y 9067; un sobre marrón que contiene un CD identificado IPP 3911/13 Cámara Gesell junto a un sobre blanco conteniendo la declaración testimonial de la menor M. F.. Notifíquese al Señor Asesor de Menores. Notifíquese a la Señora Defensora Oficial. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

///Si-

/// guen las firmas.

Dr. Oscar A. Capalbo  
Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza  
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy  
Secretaria

%6V!u\è^^!b\$



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

Expte. 10264.