

Partes: SDNAF c/ H. J. I. s/ medidas de protección excepcional - solicitud de control de legalidad

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe

Sala/Juzgado: II

Fecha: 22-may-2018

Cita: MJ-JU-M-111105-AR | MJJ111105 | MJJ111105

Cesan los efectos del cambio de alojamiento convivencial del niño dispuesto por acto administrativo y se lo restituye a la familia solidaria quienes lo habían cuidado cuando era bebé.

[Tribunal](#)

[Materia](#)

[Relacionados](#)

Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia que desestimó la medida de no innovar planteada por el Defensor General, tendiente a hacer cesar los efectos del cambio de alojamiento convivencial del niño dispuesto por acto administrativo de la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, y a que se lo restituya a la familia solidaria, pues el fallo terminó convalidando una decisión administrativa signada por la ausencia de proporcionalidad, sin ponderar correctamente que la razón invocada para tal medida no alcanzaba por sí sola para justificar

razonablemente su necesidad, atendiendo a la severa y segura afectación que dicho cambio de familia solidaria importaría para la vida del menor, y a que en todo caso la finalidad perseguida también podía verosímilmente realizarse por otros medios menos gravosos, como lo prueba el hecho de que aun residiendo en ciudades distintas los hermanos venían desarrollando vinculaciones semanales.

2.-La solución impugnada no alcanza a satisfacer adecuadamente todos los principios involucrados, obligando así a la revocación del fallo y al correlativo acogimiento de la medida cautelar requerida, sin perjuicio del deber de la familia solidaria -que resulta primaria y privilegiadamente responsable del bienestar del menor- de colaborar en la consolidación de un contacto personal del niño con su hermano menor, mediante encuentros semanales frecuentes.

Fallo:

En la ciudad de Santa Fe, a los 22 días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, se reunieron en acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, doctores EDUARDO R. SODERO, LUCIANO F. PAGLIANO y ARMANDO L. DRAGO, a fin de resolver acerca del recurso de apelación extraordinario interpuesto por el Defensor General contra el auto de fecha 27 de febrero de 2018 dictado por el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de esta ciudad en los autos caratulados "SDNAF contra H., J. I. sobre MEDIDAS DE PROTECCIÓN EXCEPCIONAL - SOLICITUD DE CONTROL DE LEGALIDAD" (CUIJ N° 21-10693269-4). Se plantearon para decidir las cuestiones siguientes:

Primera: ¿es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿es procedente?

Tercera: en consecuencia, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.

Asimismo, y conforme al estudio de la causa, se determinó que la emisión de los votos se haría conforme al siguiente orden: doctores Sodero, Pagliano y Drago.

A la primera cuestión -¿es admisible el recurso interpuesto- el doctor Sodero dijo:

1. Por auto de fecha 5 de febrero de 2018, la señora Jueza de trámite desestimó la medida de no innovar planteada por el Defensor General a fs. 193/211 v. -tendiente a "hacer cesar los efectos del cambio de alojamiento convivencial del niño D. H. dispuesto por acto administrativo de la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe", y a que se lo restituya "a la familia solidaria integrada por C. M. y S. G." hasta el dictado de resolución definitiva en los autos "M., C. C. G. y G., J. S. s/Guarda con Fines de adopción"- (fs. 259/263).

Deducido recurso de revocatoria ante el pleno (fs. 350/354 v.), el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de esta ciudad -integrado al efecto- lo desestimó mediante resolución de fecha 27 de febrero del mismo año.

Para así resolver, el a quo consideró esencialmente: a) que de los artículos 51, 58 y 60 de la ley 12.697 resultaba que la Subsecretaría era la "única" y "exclusiva" autoridad competente para decidir en el procedimiento de protección, estando "legitimada para decidir un cambio de alojamiento de un niño que se encuentra bajo su protección en base a criterios establecidos por su equipo de profesionales, en consideración de lo que resulta más conveniente para el menor de edad"; b) que los jueces de familia tienen la obligación de "efectuar el correspondiente control de legalidad" de conformidad a los artículos 65 y 66 bis de SALA CIVIL SEGUNDA

COPIA Resol. N° 130 Folio 162 Libro 19 la ley 12.967 y 68, inciso 7, de la LOPJ, examinando el cumplimiento de los "requisitos formales que emanan de la ley y la razonabilidad de la medida", es decir, si ésta "resulta necesaria, adecuada y proporcionada", control que debería respetar la "discrecionalidad técnica" de la administración a fin de no "vulnerar la división de poderes"; y c) que estaba "fuera de discusión" la legitimidad del acto administrativo, "respetuos(o) del cuerpo legal especialmente diseñado para proteger los derechos" del niño y atender así su interés superior, "ya que la medida adoptada ha sido debidamente fundada en base a criterios profesionales que tienen como norte lo que resulte más conveniente para el niño bajo su cuidado", por lo que en definitiva el impugnante no había probado que el auto de la señora Jueza de trámite le ocasionase "un perjuicio al menor de edad" (fs. 357/362 v.).

2. Contra tal pronunciamiento interpuso el señor Defensor General recurso de apelación extraordinario con fundamento en el artículo 42 LOPJ.

En su presentación -y en lo que es de interés- se agravió de que el fallo resulta arbitrario pues, incumpliendo con el mandato de asegurar el control judicial suficiente de la actuación administrativa, omite dar respuesta a las objeciones vinculadas con la existencia de alternativas menos traumáticas para que D.pudiera vincularse con su hermano, y no evalúa adecuadamente "la realidad de este niño", todo lo cual se traduce en una solución que perjudica su "normal desarrollo" y se desentiende del mandato de proveer a la tutela de su interés superior (fs. 363/385).

Por auto de fecha 10 de mayo de 2018 el Tribunal a quo denegó la concesión del recurso (fs. 402/409), accediendo el impugnante a esta instancia por vía de queja (resolución Nro. 120 de fecha 16 de mayo de 2018, folio 194, libro XIX del Protocolo de esta Sala).

Habiéndose acordado el trámite de ley, glosados los escritos

acompañados y evacuada la vista por el Defensor General de Cámara -quien concordó con el recurrente- (fs. 411/444), los presentes han quedado en condiciones de ser resueltos sin más demora, pues sabido es que -conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos- los "procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñas y niños que se encuentra en su primera infancia, (.) deben ser manejados con una diligencia excepcional por parte de las autoridades", teniendo presente "la importancia que el factor tiempo tiene en estos asuntos"

3. El nuevo examen de admisibilidad del recurso, efectuado con los principales a la vista, me conduce a ratificar dicha conclusión provisoria, atendiendo en particular a la urgente necesidad de proveer a la tutela judicial efectiva de los derechos comprometidos, ante decisiones que exhiben una incidencia crucial en la vida actual y futura del niño³, y que ocasionan agravios de difícil o insuficiente reparación ulterior, tornando equiparable a definitiva a la resolución impugnada.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión los doctores Pagliano y Drago expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el doctor Sodero y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión -en su caso, ¿es procedente?- el doctor Sodero dijo:

1.El estudio de las constancias del expediente, efectuado a la luz de los principios que informan la materia, me conduce a concluir que el recurso interpuesto merece favorable acogida en esta instancia toda vez que, sin desconocer el esfuerzo de los magistrados intervinientes

para justificar el rechazo de la medida cautelar, lo cierto es que tal decisión sólo encuentra asidero en una valoración de los hechos e interpretación de normas aplicables que no puede ser compartida en las circunstancias particulares del caso, obligando a la revocación de lo resuelto en concordancia con la doctrina que se deriva de reiterados precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia.

Ello es así pues, aun cuando se admita que la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia tiene una responsabilidad primaria en la materia, respecto de lo cual viene al caso señalar que dicho Organismo deberá poner todo el esfuerzo que esté a su alcance para respetar los tiempos de los procedimientos respectivos -lo que no ha sucedido en estos actuados, tal como el propio Ente lo reconoce a f. 219- para así evitar la repetición de situaciones similares -como las resueltas en distintos fallos de esta Cámara que trataron cuestiones afines- por estar en juego, de modo primordial, los derechos humanos fundamentales de las niñas, niños o adolescentes; y que los tribunales deben guiarse por una especial prudencia al controlar las decisiones de aquélla a fin de no invadir competencias atribuidas por la ley a dicho organismo, es igualmente innegable (y central) que el mandato de asegurar la tutela judicial efectiva de los delicados o vulnerables derechos en juego excluye cualquier auto-restricción exagerada de los jueces cuando son llamados a realizar dicho control (autorestricción que vendría impuesta por la búsqueda de cierta "desjudicialización de los temas vinculados a niños en situación irregular"), reclamando eventualmente la rectificación inmediata de lo que no se decida desde esa perspectiva amplia. Tal situación se ha verificado precisamente en el sub iudice a raíz de que el a quo (al desestimar el planteo del Ministerio Público de fs. 193/211 v.), terminó convalidando una decisión administrativa (la que dispuso el cambio de alojamiento convivencial del niño D. H., comunicada por la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia a la Jueza interviniente a fs. 176/179 v.) signada por

la ausencia de proporcionalidad, sin ponderar correctamente -al hacerlo- que la razón invocada para tal medida no alcanzaba por sí sola para justificar razonablemente su necesidad atendiendo a la severa y segura afectación que dicho cambio de familia solidaria importaría para la vida de D., y a que en todo caso la finalidad perseguida también podía verosímelmente realizarse por otros medios menos gravosos, como lo prueba el hecho de que aun residiendo en ciudades distintas los hermanos venían "desarrollando vinculaciones semanales" a partir del 27.XII.20177 -.

La apuntada omisión del deber judicial de verificar que la decisión administrativa haya estado fundada concretamente sobre un examen adecuado de medios y fines (examen esencial a la hora de efectuar el "control de legalidad" a que alude el artículo 65 de la ley 12.967), aparece como particularmente decisiva a la hora de evaluar negativamente la validez del fallo apelado, cuyo discurso justificatorio apela incluso a un argumento que -si bien se mira- se aproxima al defecto lógico de la petición de principio, cuando afirma que el impugnante no había desvirtuado la conclusión de la Jueza de trámite (en el sentido de que los comportamientos del niño eran normales para el contexto que atravesaba, al haber tenido que afrontar "la llegada de un hermanito y la aparición de nuevos referentes de cuidado con los que debe integrarse y entablar un vínculo afectivo"), sin reparar en que el objeto de la medida era precisamente evitar que D.tuviese que padecer ese "proceso normal de duelo" al que aludía el informe de las profesionales que ella citó, sufrimiento que aun cuando pueda haberse atenuado con el tiempo , se advierte como innecesario al constatar que desde el punto de vista formal - y sin olvidar el fin ya apuntado- el cambio sólo importaba atribuir el niño a otra familia solidaria con idéntica idea de provisoriedad, sin que mediasen motivos adicionales vinculados con riesgos que podrían derivarse de la permanencia del menor en el hogar donde vivía (respecto de lo cual cabe destacar el inaceptable

dogmatismo de la afirmación efectuada a fs. 178 v. por la autoridad administrativa en el sentido de que "los tiempos de alojamiento del niño D. H. para con la familia solidaria integrada por la Sra. M. se encuentran cumplimentados [sic]").

No obedeciendo la medida administrativa a razones que tuviesen que ver con la conducta de la "familia solidaria" que acogía a D. desde que tenía 1 año y 9 meses de edad, con una permanencia en ese ámbito de 18 meses y 26 días, es claro que (a pesar de lo que se lee a fs. 361/v.) no quedaba lugar entonces para las consideraciones referidas a la especial generosidad y desprendimiento -a veces heroico- que este programa exige a tales actores, o a la necesidad de no desvirtuar los objetivos de aquél, pues todo ello se encuentra claramente más allá de toda discusión entre personas razonables, y carece de incidencia para la decisión del presente caso, en el cual -antes bien- se trata de extraer todas las consecuencias que desde el sentido común y la experiencia vital pueden derivarse del dato -al que se alude en el auto impugnado- de que "lo más importante en el psiquismo de un niño es lo que se le transmite" y que la familia solidaria desempeña un papel "fundamental en la vida del niño" (fs.360 v.) al acompañarlo en una etapa signada por la superación del abandono y la "espera" de un futuro mejor, acompañamiento en el cual "el vínculo afectivo con los referentes de cuidado debe existir" (fs. 361 v.).

2. En este punto, y aun a riesgo de reiterar "verdades simples u obvias" (para emplear la conocida expresión de Hart), no es ocioso insistir -como lo han hecho todos los participantes en este proceso- en que el caso pone plenamente en juego el mandato convencional y legal de dar primacía al interés superior del niño, directiva que se torna particularmente exigente cuando se trata de niños que están en su "primera infancia", "un período esencial para la realización de los derechos del niño" pues allí se sientan las bases "de su salud física y mental, de su seguridad

emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes", responsabilidad que se intensifica más aun en el caso de niños "sin familia", pues allí el Estado (a través de todos sus poderes) tiene el deber de "garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y de ofrecer (.) la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutua".

Sin dejar de reconocer la apertura del aludido principio, que representa la "regla de oro" en la materia y que siempre da lugar a conclusiones provisorias expuestas a la contra argumentación (como ocurre con toda verdad práctica), no puede ignorarse que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido elaborando a través de sucesivos precedentes algunas pautas claras que deben orientar la labor de adjudicación judicial en casos como el de autos, cobrando especial relevancia las referidas:i) a la necesidad de que "los hogares de guarda" reproduzcan en lo posible "un ambiente familiar de estabilidad y bienestar" que cree en los niños "un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro"; ii) al "estándar" del "mantenimiento del 'status'" de las medidas mientras no se presenten "anomalías importantes" relacionadas con la seguridad o la salud moral y material del niño, a fin de "preservar la estabilidad de modo que se dañe lo menos posible a los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar"; como se lee en Fallos, 331:147 , "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles"; iii) a la importancia de que los jueces tengan presente que "el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la ley 26.061) es potencialmente apto para inferir un trauma"

al niño; y iv) a la carga de proporcionar una "muy exigente justificación" cuando se trata de "decisiones provisionales que pueden ocasionar" tal trauma.

En vista de tales pautas, y teniendo presente asimismo que -como se reconoce desde antiguo- lo propio de la prudencia es tomar nota de las circunstancias particulares de cada caso y de las consecuencias de toda decisión, llegando al extremo de "adaptar" incluso la respuesta general contenida en la norma legal a tales "particularidades" cuando ello sea requerido por la justicia (no otra cosa es el juicio de equidad a que aludía Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*), deviene claro que la solución impugnada -a pesar de la preocupación que evidencian los jueces de la causa- no alcanza a satisfacer adecuadamente todos los principios involucrados y las exigencias derivadas de aquella virtud básica, obligando así a la revocación del fallo -ya anticipada- y al correlativo acogimiento de la medida cautelar con el alcance que fuera planteada, sin perjuicio del deber de la familia solidaria que resulta primaria y privilegiadamente responsable del bienestar de D., de colaborar en la consolidación de un contacto personal del niño con su hermano menor, mediante encuentros semanales frecuentes.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión los doctores Pagliano y Drago expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por el doctor Sodero y votaron en igual sentido.

A la tercera cuestión -en consecuencia ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?- el doctor Sodero dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde:

1) Declarar procedente el recurso de apelación extraordinario y, en consecuencia, casar el pronunciamiento de fecha 27 de febrero de

2018, haciendo lugar a la medida cautelar peticionada.

2) Disponer la remisión inmediata de los autos al Tribunal inferior a los efectos del cumplimiento urgente e impostergable de la cautela, habilitando -en su caso- los días y horas que fueran menester y autorizando al señor Defensor General a intervenir en su diligenciamiento.

3) Hacer saber al Organismo Administrativo interviniente lo dispuesto en el punto primero de los Considerandos que anteceden.

Así voto.

A la misma cuestión los doctores Pagliano y Drago dijeron que el pronunciamiento que correspondía dictar era el propuesto por el Vocal preopinante y votaron en igual sentido.

En mérito al acuerdo que antecede, la SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, RESUELVE:1) Declarar procedente el recurso de apelación extraordinario y, en consecuencia, casar el pronunciamiento de fecha 27 de febrero de 2018, haciendo lugar a la medida cautelar peticionada.

2) Disponer la remisión inmediata de los autos al Tribunal inferior a los efectos del cumplimiento urgente e impostergable de la cautela, habilitando -en su caso- los días y horas que fueran menester y autorizando al señor Defensor General a intervenir en su diligenciamiento.

3) Hacer saber al Organismo Administrativo interviniente lo dispuesto en el punto primero de los Considerandos que anteceden.

Regístrese, hágase saber y bajen.

Con lo que concluyó el acuerdo firmando los señores jueces, por
ante mí que certifico.

SODERO

PAGLIANO

DRAGO

Guayán (Secretaria)