



NEUQUEN, 11 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14", (Expte. INC N° 846/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 100 se presenta la Defensora Pública a cargo de la Defensoría Civil Nro. 8, representando a la Sra. V. I. C. en ejercicio del Ministerio Público de Ausentes, plantea recurso de apelación contra la resolución dictada con fecha 19 de septiembre de 2016 obrante a fs. 90/92 atento que la misma -según dice-, adolece de nulidad absoluta causando gravamen irreparable.

Invoca que la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente Nro. 1 inició el pedido de declaración de situación de vulnerabilidad de la menor M. G. C. en base a los dichos expuestos por el progenitor, quien refirió que la pequeña le fue entregada por su representada en Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Y que a tal fin, se acompañó informes técnicos como prueba documental y, un permiso de autorización para viajar hasta la mayoría de edad de la hija otorgada por su representada a favor del padre, que no hace presumir la entrega de la niña a los fines de renunciar a su crianza.

Manifiesta que de la acción, se ordenó dar traslado a "las partes", es decir al Sr. F. G. y a la Sra. C. I.; que habiéndose librado cédulas de notificación con un resultado negativo de la ultima, se ordenó publicación de edictos en fecha 30/12/15 (conf. fs. 52/53).



Destaca que a fs. 43 se agregó el acta de nacimiento de la niña en la cual consta el domicilio de los padres al momento de la inscripción, lugar donde pudo haberse intentado notificar a la progenitora antes de proceder a hacerlo por edictos.

Denuncia que al ordenar la publicación de edictos, se lo efectuaron conforme las previsiones de los arts. 145, 146 y 147 del C.P.C. y C. pero ello no fue cumplido en autos, toda vez que, el art. 145 establece la obligación de justificarse previamente y en forma sumaria, que se han realizado sin éxito gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona siendo que sólo se diligenció una cédula de notificación con resultado negativo y ello no amerita la publicación de edictos dispuesta.

Dice que llama la atención el dictamen fiscal de fs. 87/88, en el cual se diferencia la actuación del progenitor de mi representada pero nada se advierte en relación a su derecho de defensa y falta de representación en el proceso; afirmando que el fiscal no advirtió la eventual nulidad en la que incurriría indefectiblemente la resolución a dictarse por la falta de representación de una de las partes en el proceso, en el caso particular la progenitora de la menor.

Argumenta que, declarada la situación de adoptabilidad de la niña M., un día después se advierte en ese momento que a la madre no se le había otorgado la debida participación; y configurándose la causal de nulidad del resolutorio, se lo intenta sanear con una la vista al Defensor en turno. Y así, se ordenó la vista al Ministerio Público de la Defensa en virtud de lo normado por el art. 343 C.P.C. y C. pero sin cumplir con dicha norma, por cuanto la figura del defensor de ausentes tiene como finalidad representar al ausente "durante" el proceso y no luego de su finalización.

Enfatiza que se han vulnerado todos los derechos de su representada durante el proceso, dado que las gestiones para



ubicar a la Sra. C. nunca se hicieron, sólo se envió una cédula de notificación y con resultado negativo; siendo ello suficiente para dejar a la madre de la niña fuera del proceso de declaración de adoptabilidad teniéndose por cierto una simple manifestación del Sr. F. en punto a que la abandonó y se la entregó al padre sin que esto pudiera acreditarse.

Pondera que en el caso, el derecho de defensa de la madre y la garantía constitucional del debido proceso pueden entenderse como en colisión con el interés superior del niño y su derecho a vivir en una familia, pero no es así, ya que el derecho de la hija en este particular no desaparece como si lo hace el derecho de la primera a ser parte en el proceso que declara la adoptabilidad.

También menciona que el principio de igualdad ante la ley ha sido vulnerado porque se le ha dado un trato diferenciado a los progenitores dándole la oportunidad al padre de participar prestando su consentimiento, y negándole la misma oportunidad a la madre.

Concluye que la resolución atacada fue dictada prescindiéndose de la participación de la progenitora de la niña y en esas condiciones, como acto jurisdiccional no puede ser válidamente admitido por cuanto no se dio cumplimiento con los requisitos legales; afirmado que la ineficacia opera de manera automática sin que sea posible que desaparezca, por el consentimiento posterior de su representada o del Ministerio. Atento ello, solicita se revoque la resolución cuestionada y declare su nulidad.

II.- Ordenado el traslado de los agravios, no es contestado (cfr. fs. 111).

III.- Conferida la vista del Ministerio Público Fiscal propicia la confirmación del estado de abandono y adoptabilidad de la niña lo antes posible en consideración a que la señora C. V. ha sido notificada mediante edictos y que si bien es cierto que no ha tenido intervención alguna en



estos años, se infiere que tampoco ha tenido ningún interés en participar de la crianza o al menos el destino de su hija. Por ello propicia confirmar el estado de abandono y adoptabilidad de la niña lo antes posible dado que "...nos encontramos frente a una niña desamparada que ha vivido durante sus escasos 4 años, escollos de variada índole en su camino. Es nuestro deber evitar que estos obstáculos provengan justamente de nuestro sistema judicial y abstenernos de revictimizar a quien ya ha sufrido tanto desamparo" (cfr. fs. 120 y vta.)

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento resulta que, la decisión en crisis resolvió disponer la declaración de situación de adoptabilidad de M. G. C., D.N.I. N° ..., nacida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 18 de febrero de 2012, hija de F. G. P. y de V. C. I..

Para así decidir, tuvo en consideración la presentación efectuada por la Defensora de los derechos del niño, en los términos previstos por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención a que el día 26 de diciembre de 2014 la niña fue llevada por su padre a consulta médica por presentar una erupción cutánea. Allí entonces la médica interviniente, advierte múltiples lesiones a nivel cabeza y cuello, a nivel miembro superior izquierdo, a nivel miembro superior derecho, lesiones en miembros inferiores y hematomas en pubis, lo cual genera sospecha de maltrato infantil y decide su hospitalización.

Frente a ello, es requerida medida de protección a fin de que la niña permanezca en el hospital, se dio intervención al Ministerio de Desarrollo Social, ingresando la niña al Hogar de la Misericordia.

Asimismo juzgó el A quo, que en una de las visitas a la niña en dicho Hogar (de las cuatro que realizó en total) el progenitor manifestó su deseo de que la niña permanezca institucionalizada hasta los diez años, por no



contar con una persona que lo ayude a criarla y, que asesorado jurídicamente sobre la cuestión, prestó su conformidad con una adopción simple para que el día de mañana M. pueda elegir con quien vivir.

Y, también valoró que en la entrevista mantenida con M., la pequeña refirió que concurrió con "...su mamá, J., y su hermanito, S. También con su papá, C. y su abuelita. Le gusta vivir en esa casa".

A.- Que a los fines del abordaje de la crítica en relación a los antecedentes obrantes en el proceso, resulta que el último domicilio declarado por la propia Sra. V. C. I. surge de la autorización para viajar otorgada al padre con fecha 27.10.2014, es el de ... de la Ciudad y Partido de Quilmes (fs. 28), donde se intentó realizar sin éxito la notificación para integrarla a este proceso (fs. 52/53).

Así es que hallo razón a la recurrente respecto a que, conforme la previsión del art. 145 del CPCyC es en torno a dicho domicilio que se debieron -y se deberán- cumplir los actos dirigidos a acreditar la realización sin éxito de gestiones "tendiente a conocer el domicilio de la persona a quien se debe notificar", y no menos que, siguiendo lo regulado en el siguiente art. 146, la publicación de edictos a concretar "en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio citado, si fuere conocido", en el caso, de Quilmes Provincia de Buenos Aires.

B.- Que en relación a los efectos que acarrea la deficitaria notificación de la madre de la niña y el valor tiempo en el campo de la adopción, cabe destacar que todo proceso cuyo objeto es la "Declaración judicial de la situación de adoptabilidad" no puede prescindir de los claros principios y reglas establecidas en los arts. 607, 608, 609 y 610 del CCyC, que deben compatibilizarse con la exigencia de que el niño y padres intervengan como sujetos procesales en el



trámite más breve que prevea la ley local, ello atendiendo a "los casos que han llegado a la Corte Federal y cuya tramitación hay insumido largos años" y que "se debió llegar a la máxima instancia judicial del país: ante la falta de un procedimiento con pautas claras, con la intervención de todos los involucrados -en primer término, la familia de origen o ampliada- para arribarse a una decisión -en uno u otro sentido- que no viole derechos humanos como el mencionado derecho de defensa en juicio" y que "Si bien se suele afirmar que el tiempo atenta contra la seguridad jurídica -en el caso, la seguridad o definición hacia la adopción- lo cierto es que no se puede perder de vista todo el trabajo realizado en el ámbito administrativo y que tuvo su debido control jurisdiccional. Es por ello que esta disposición tendiente a que la declaración de la situación de adaptabilidad trámite por la vía más breve, no observaría ningún reparo desde el prisma constitucional-internacional. Máxime cuando en el articulado siguientes se fijan ciertas pautas procedimentales mínimas que este proceso debería cumplir" (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tº IV, Pag. 97/98).

C.- Que a tenor de lo expuesto, la suficiencia del anoticiamiento de los sujetos procesales se vincula con las garantías a la tutela judicial efectiva, la defensa en juicio y el debido proceso reconocidas en las Cartas Magnas Nacional y Provincial (arts. 18 de la primera, y 58,62 y 63 de la segunda), y que son receptados en la regulación contenida en el Código Procesal Civil y Comercial, arts. 133/149 (Capítulo VI Notificaciones -Título III- Actos Procesales) que se integran con la más amplia tutela en relación a la citación de los demandados (arts. 339 a 345) atendiendo a la trascendencia que tiene este último acto.

Que los citados deben tomar noticia cierta de la interposición de la acción y "en caso de duda sobre la



validez del acto, hay que atenerse a la solución que evite conculcar derechos de origen constitucional" (Maurino "Notificaciones Procesales", pág. 254), y al respecto la doctrina judicial ha sentado en la materia que "Nuestro ordenamiento privilegia la adecuada protección del derecho a la defensa y en circunstancias de encontrarse controvertida la notificación del traslado de la demanda, en caso de duda sobre la regularidad atribuida al acto, debe estarse a favor de aquella solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional" (CSJN., "González, E. E. c/ Z., A." del 18-02-00)".

Luego, a la luz del artículo 103 del Código Civil y Comercial, y en relación a los alcances de la nulidad petitionada por la Defensora de Ausentes, vinculada a la falta intervención de su representada por la deficiente notificación, su abordaje en el caso particular, excede los efectos previstos en los citados arts. 149, 339 y sgtes del CPCyC (Nulidades de la notificación y Citación del demandado), y exige que se concrete integrado a una justa ponderación, que importa cotejarlo con la situación de maltrato y abandono padecida por la niña quien debió ser institucionalizada a corta edad, situación que se mantiene desde hace mas de dos años, sin evidenciarse contacto derivado de su vínculo biológico.

Porque un análisis que sólo atienda a la perspectiva de la madre iría en franca vulneración al ordenamiento que privilegia la protección integral de la niñez y el principio rector "interés superior del niño", concretamente a desarrollarse en el seno de una familia en forma estable y que reguarde sus necesidades afectivas y materiales, considerando el prologando tiempo transcurrido bajo la provisoriedad de la asistencia estatal brindada y cuando el otro progenitor ha dado su consentimiento a la adopción simple.



“En lo concerniente al procedimiento el “interés superior del menor”, exige que el sistema no sea exclusivamente dispositivo, y que en caso de conflicto entre la aplicación de leyes que regulan los derechos del niño con otras disposiciones legales debe aplicarse la legislación del niño, niña o adolescente o sus principios. Por otra parte, para lograr el “interés superior del menor” hay que flexibilizar el derecho formulario, porque siempre ha de prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio. El interés superior debe ser la consideración primordial (aunque no la única) para todas las acciones que afecten al niño, su desarrollo y estabilidad. Entre los factores importantes que deben ser tenidos en cuenta para determinar las necesidades de desarrollo del niño, tal y como se definen en la Convención de Derechos del Niño,…” (conf. Graciela Medina- El “Proceso de Familia” en el CCyCN [www.gracielamedina.com/assets/.../EL-PROCESO-DE-FAMILIA-EN-EL-CCYCN.doc](http://www.gracielamedina.com/assets/.../EL-PROCESO-DE-FAMILIA-EN-EL-CCYCN.doc)).

En consecuencia, teniendo en consideración la prudencia de la representante que al apelar no ha impugnado el sustrato fáctico aportado por los operadores judiciales en punto a la situación de la niña, y el incumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 145 y 146 del CPCyC, estimo que a los fines de garantizar el derecho de defensa de la madre, procede decretar la nulidad de lo actuado a partir del llamado de autos para resolver de fecha 29 de agosto de 2016 (fs. 89) comprensivo de la sentencia recurrida de fecha 19 de septiembre de 2016.

Ello al amparo de que aún advertida la omisión de los recaudos de la notificación en dicha oportunidad, las actuaciones anteriores son susceptibles de ser saneadas luego de garantizarse la intervención a la parte para que ejerza su





derecho en el proceso, ofrezca prueba y en su caso cuestione la producida, conforme la doctrina citada antes.

V.- Que con fines ordenatorios, procede disponer que previo a la publicación de edictos para citar a la progenitora a que tome intervención en los presentes dentro de los 10 días -que, en su caso, se extenderán en razón de la distancia- bajo los mismos recaudos y apercibimientos fijados en el despacho de fecha 02.06.2015 (fs. 34), se deberá requerir a la Secretaría Electoral Nacional informe el último domicilio que tenga registrado, y para el supuestos de verse fracasada la notificación que se le dirija a aquel, será dicho lugar el que defina el diario de mayor circulación en que se publicará el llamamiento, además del Boletín Oficial que corresponda.-

VI.- Conforme el plexo fáctico y jurídico expuesto, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del llamamiento de autos para resolver la adoptabilidad de la niña M., comprensivo de la sentencia que así lo decreta, y ordenar que se cumpla una nueva notificación a la madre a los fines de que tome intervención en los presentes conforme se establece en el capítulo V.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del llamamiento de autos para resolver la adoptabilidad de la niña M., comprensivo de la sentencia que así lo decreta, y ordenar que se cumpla una nueva notificación a la madre a los fines de que tome intervención en los presentes conforme se establece en el capítulo V.



2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori  
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA