

CONTESTA VISTA DE RECURSO EXTRARODINARIO FEDERAL

Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación:

....., Defensor General adjunto, con domicilio constituido en la calle....., Nº de CUIL....., Nº CID....., con domicilio electrónico....., me presento ante la Excma. Corte y respetuosamente digo:

Objeto

Que vengo por el presente en mi carácter de Defensor General Adjunto conforme art. 36 inc. a) y 43 de la ley 27.149 y, actuando por delegación de la Sra. Defensora General de la Nación, a contestar la vista que me fuera conferida en virtud de la representación complementaria, conforme art. 103 del Cod. Civil y Comercial, que ejerzo de los niños J, A y M, menores de edad, en referencia al Recurso Extraordinario Federal presentado por la parte actora, Sra. Mirian Velázquez.

Antecedentes

Los niños J, A y M, son hermanos y la fecha cuentan con 6, 8 y 10 años de edad, debido a que sufrían violencia doméstica por parte de sus padres biológicos fueron separados del hogar en el mes de mayo del año 2013. A fin de evitar que sean derivados a una institución comenzaron a convivir con el matrimonio que estaba conformado por la Sra. Mirian Velazquez y el Sr. Gerardo Martínez, quienes se habían inscripto en el listado de hogares de transitorios para niños judicializados, el matrimonio en esa oportunidad, fue consultado luego que otras siete personas inscriptas en la lista de hogares quienes habían rechazado a los hermanitos.

El Juzgado declaró a los hermanos en situación de adaptabilidad en el mes de junio de 2015, no habiendo encontrado familias dispuestas a adoptar a los tres hermanos juntos. En enero del año 2017 el matrimonio solicita la adopción de los tres niños alegando que llevan cuatro años con ellos.

En la actualidad, los niños concurren al colegio, gozan de buena salud y los informes del equipo técnico del Juzgado de familia son favorables en todo sentido, haciendo hincapié que llevan una vida plena, sin advertir alguna alteración relacionada con la desvinculación biológica.

Luego de solicitada la adopción el matrimonio se divorcia, y la Sra. Velazquez continua manifestando su voluntad de seguir adelante con el proceso de adopción, pero el juez de primera instancia rechaza la solicitud de adopción argumentando

que la Sra. Velazquez firmó un compromiso previo a asumir sus obligaciones como hogar transitorio, el cual contradijo al iniciar la acción judicial.

Resolución recurrida

Contra esa resolución la Sra. Velazquez apela la decisión, la Cámara de Apelaciones de Familia confirma el fallo y el Tribunal Superior desestima el recurso correspondiente alegando que, 1) la actora había suscripto un compromiso de no solicitar la adopción y 2) que el divorcio de la pretensa adoptante configuraba un cambio de circunstancias relevante para la concesión de una adopción como la requerida.

La Sra. Velazquez presenta Recurso Extraordinario Federal, que es concedido por el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba atento encontrarse en juego normas de raigambre constitucional.

Contesto Vista

a) En referencia a la vista conferida en ejercicio de la representación complementaria que ejerzo de los menores J, A y M, adelanto desde ya que solicito se haga lugar al Recurso Extraordinario Federal presentado por la Sra. Velazquez y se resuelva tal como es solicitado por la parte actora, hacer lugar a la solicitud de adopción de los tres niños J, A y M.

El recurso extraordinario presentado presenta cuestión federal suficiente, contiene los requisitos establecidos en el art. 14 de la ley 48, ya que se presenta contra una sentencia definitiva que proviene de un Tribunal Superior y que pone fin a una controversia, y cuyo resultado trae aparejada una situación de difícil o imposible reparación ulterior.

La sentencia del Tribunal Superior de Córdoba que rechaza la solicitud de adopción es arbitraria atento que lesiona derechos constitucionales y convencionales. En especial vulnera los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a tener una familia, derecho a ser oído, interés superior del niño, establecidos en la Constitución Nación 14 bis tercer párrafo, 28, 31, arts. 75 inc. 23, ley 26.061, Código Civil, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados a la Constitución por medio del art. 75 inc. 22, Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, en adelante CDN, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. art. 19, entre otra normativa nacional e internacional que pasare a desarrollar.

La CSJN ha establecido que el recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto se pone en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas federales y lo resuelto por el Superior Tribunal de la causa es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas (art. 14, inc 3, de la ley 48) Fallos 335:662 considerando 2º.

El Tribunal Superior que rechaza la solicitud de adopción de la Sra. Velazquez en referencia a los tres niños basa sus argumentos en que 1) la actora había suscripto un compromiso de no solicitar la adopción y 2) que el divorcio de la pretendida adoptante configuraba un cambio de circunstancias relevante para la concesión de una adopción como la requerida.

b) Cabe señalar que el código Civil y Comercial en el título VI regula las disposiciones generales sobre adopción, en el art. 599 establece las personas que pueden ser adoptantes, entre ellas menciona que “El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona”, solo enumera la obligación de que el adoptante debe ser diecisésis años mayor que el adoptado, siendo todos los demás recaudos evaluados en forma individual para las distintas formas familiares que pudieran presentarse.

Asimismo, menciona en el art. 601 sobre las restricciones para adoptar, establece que no pueden realizarlo quienes a) no hayan cumplido veinticinco años de edad...b) el ascendente a su descendiente c) un hermano a su hermano o a su hermano unilateral. En ningún momento el Código establece que no pueden ser adoptantes las familias o personas que se ofrecen como hogares de tránsito, y menos debe tenerse en cuenta el compromiso firmado por la Sra. Velazquez, de no requerir ni guarda ni adopción posterior de los niños que queden a su cargo, atento que dicha regulación es inconstitucional conforme art. 28 de la Constitución Nacional, en consecuencia al ser la regulación inconstitucional el acuerdo firmado no tiene validez.

El nuevo código civil sancionado en el año 2015 es el fruto de una evolución normativa y jurisprudencial sobre las bases constitucionales y con fundamentos en los principio de igualdad y no discriminación admitiendo con el mencionado articulado que pueden presentarse distintas conformaciones de familia, dejando de lado toda consideración prejuiciosa acerca de que una u otra forma de familia es la más adecuada, pues lo importante es el derecho del niño a vivir en una familia que le provea los cuidados que no pudo ofrecerle su familia de origen.

Lo importante es evaluar, las condiciones personales del adoptante las que deben tomarse en cuenta según el interés del niño quedando fuera de consideración el estado civil de la Sra. Velazquez. La resolución de Tribunal Superior que rechaza el recurso está basada en prejuicios establecidos sobre estereotipos del modelo de familia impuestos por la sociedad paternalista, pero tanto el Código Civil y Comercial como los Instrumentos Internacionales están basados en la evolución de la persona humana y en los cambio sociales, y a ello deben adaptarse los jueces, dejando de lado modelos impuestos basados en normas morales.

La Corte IDH en el “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” párrafo 98, ha dicho que en la Convención Americana no se encuentra determinado un

concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma ...Por otra parte no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obstante a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de los niños y niñas.

La Corte IDH estableció que "...la jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. "Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile" párr. 79.

Se encuentra acreditado en autos que los niños se encuentran escolarizados y tienen buena salud, ello es fruto de la dedicación de la Sra. Velazquez, ello es corroborado por los informes técnicos del Juzgado que son favorables en todo sentido indicando que llevan una vida plena, sin advertir algún síntoma relacionada con la desvinculación con su familia de origen, por lo que la resolución del Tribunal que rechaza el recurso por el hecho que en la actualidad se encuentra divorciada configurando un cambio de circunstancias relevante, es una decisión arbitraria por estar en contra del principio de igualdad y no discriminación.

c. Durante el trámite de las presentes actuaciones se ha dado intervención al asesor de menores quien luego de conocer y escuchar a los niños, más de una vez en el año en el trámido del proceso, dictaminó a favor de la solicitud de la Sra. Velázquez, que debe concederse a la actora la adopción de los tres menores.

Mencionó que su equipo técnico se refirió en varias ocasiones a la existencia de un fuerte vínculo materno-filial entre los niños y la actora, no haciendo mención en ningún momento de la relación que mantenían con su ex esposo, Sr. Martínez, ello es prueba que los niños se encuentran plenos con el hecho de convivir sin una figura paterna.

Ello prueba que los niños han sido escuchados en el proceso en varias oportunidades, pero que su opinión no ha sido tenida en cuenta por los integrantes del Tribunal Superior, quienes en forma arbitraria, ignorando la opinión de los niños y del equipo técnico del juzgado, han rechazo la solicitud de adopción por rigorismo formales, firma de un acuerdo previo, conculcando de esta manera derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional y en la CDN, como el derecho a ser odio y el Interés Superior del Niño, la ley 26.061 y el art. 707 Código Civil y Comercial.

El concepto de autonomía progresiva requiere que el niño ante cualquier circunstancia que lo involucre sea escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, ello surge a nivel nacional de la ley 26.061 que en línea al art. 12 de la

CDN, incorporó el art. 3, como recaudo integrante del concepto de interés superior del niño, el derecho de los niños a “ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, respetando su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”. Por otra parte, el art. 24 de la ley 26.061 establece el derecho a opinar y a ser oído, a “participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés, siendo este derecho aplicable a todos los ámbitos estatal, familiar, comunitario, social , escolar, entre otros, conforme arts. 19 y 27 de la CDN.

La observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño estableció el alcance sobre el derecho del niño a ser oído, así dijo que, “El art. 12 de la CDN establece el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y la madurez de cada niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observación escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados Partes, con respecto a su respectivo sistema jurídico, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutar plenamente”.

Según la mencionada Observación General el ejercicio de este derecho garantía no puede estar condicionado a cierto grado de madurez del niño, niña o adolescente, tiene que ser escuchado y su opinión debe ser tomada en cuenta.

A su vez, el art. 595 del Código Civil y Comercial dispone que la adopción se rigen por ciertos principios, entre los que menciona el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir consentimiento a partir de los 10 años de edad”.

d) La resolución del Tribunal Superior que rechaza la solicitud de la actora ha vulnerado un principio de derecho internacional fundamental en materia de niñez, el interés superior del niño, el art. 3.1 de la CDN establece 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 consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño”.

El Tribunal Superior no ha tenido en cuenta este principio al momento de dictar su resolución ya que conforme surge de las actuaciones los niños llevan una vida plena, no haciendo mención en los informes técnicos que le haya afectado el divorcio de la Sra. Velazquez y el Sr. Martínez, circunstancia que tampoco ellos mencionaron a través del equipo técnico del Juzgado. La resolución recurrida se basa en

modelos de familia tradicionales y netamente paternalistas y discriminatorios, no habiendo evaluado el desarrollo de los menores ni el vínculo afectivo que mantienen con la actora.

La Corte Suprema se ha expedido en varios de sus pronunciamientos en referencia a este principio, en algunos de ellos ha evaluado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. (Fallos 328:2870, 331:2047, entre otros).

Por otra parte, el máximo Tribunal ha resuelto reiteradamente que “...cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, y resolver los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con una tutela constitucional (Fallos 324:122).

En el ámbito internacional la Corte IDH en el “Caso Furlan y familiares vs. Argentina” párr. 126, le ha otorgado un plus de protección a los niños, en cuanto ha dicho que “toda decisión estatal, social y familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio de interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen la materia”...este principio se funda” en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Mencionó en el párr. 134 que “...toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos...”

e) Otro aspecto que no ha tenido en cuenta la resolución del Tribunal Superior es que los niños habían sido víctima de violencia doméstica por parte de sus padres biológicos, siendo separados de su familia de origen cuando eran pequeños, a fin de evitar la institucionalización comenzaron a vivir con la Sra. Velazquez y el Sr. Martínez. El matrimonio, en ese entonces, fue consultado luego que siete personas inscriptas en la lista de hogares transitorios quienes habían rechazaran a los tres hermanos, de no haber sido aceptados por el matrimonio tal vez los niños hubieran sido institucionalizados, con los riesgos y angustias que para ellos podía llegar producir.

Regresando a los principios que establece el Cód. Civil y Comercial, en su art. 595, el inciso d) establece que se tendrá en cuenta la preservación de los vínculos fraternos, priorizando la adopción de grupos de hermanos en la

misma familia adoptiva. Esta directriz se enmarca dentro del concepto de identidad, a partir del respeto por los vínculos construidos a partir de la realidad biológica.

Desde el preámbulo de la CDN aparece el derecho del ser humanos a vivir en y con una familia, siendo reconocido también por otros instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre art. 16, Convención Americana de Derechos Humanos arts. 17 y 19, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art. 10 inc. 3, Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos arts. 23 y 24 inc. 1, entre otros.

Cabe mencionar “Las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, cuyo objetivo es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia, menciona que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración con su desarrollo evolutivo. Asimismo en referencia al efectivo acceso a la justicia, establece que se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectivo, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

Asimismo, la resolución del Tribunal Superior infringe el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, no hacer lugar al recurso extraordinario federal presentado por la Sra. Velazquez dejaría a los niños en estado de desprotección ya que el Estado tendría que ubicar una familia que acepte a los tres menores con los riesgos que puede llegar a aparejar una nueva adaptación a otra familia.

La República Argentina se ha obligado a respetar los términos de la CDN como la Convención Americana de Derechos Humanos, también ha aprobado la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, por lo que está obligada a no realizar actos que pudieran ir en contra de los mencionados instrumentos internacionales que ha firmado, por aplicación del art. 18.

Los niños J, A y M lograron constituir una familia, los tres hermanos juntos, continuando con su vínculo de identidad, poseen un fuerte vínculo materno-filial con la Sra. Velazquez, los niños están creciendo y se están desarrollando en una familia monoparental, que le otorga cuidados en su salud y están escolarizados pudiendo desarrollar sus potencialidades con afecto y contención por lo que en virtud de las normas nacionales e internacionales mencionadas

f. Por lo expuesto, solicito a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación:

- a) Tenga por presentada la presente vista en tiempo y forma.
- b) Haga lugar al Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la Sra. Velazquez, revocando la resolución del Tribunal Superior de Córdoba que deniega la adopción a favor de la actora.
- c) Tenga bien dictar un nuevo pronunciamiento conforme art. 16 de la ley 48, otorgando la adopción de los tres niños J, A y M a la Sra. Velazquez, en virtud del interés superior del niño.

Defensoría General Adjunta, 28 de junio de 2018.