(Tomo 235: 941/952)

_____ Salta, 1 de diciembre de 2020._____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados **"ASESORÍA DE INCAPACES N° 2 EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR D.,G.D. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN – RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD"** (Expte. N° CJS 40.707/20), y _____

_____**CONSIDERANDO:** _____

_____ 1°) Que conforme surge de las copias certificadas agregadas a fs. 899/901, esta Corte hizo lugar a la queja interpuesta por la señora M.E.J.A., en mérito a lo cual ordenó la tramitación del recurso de inconstitucionalidad articulado por ésta (v. fs. 762/787 vta.) contra la sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que obra a fs. 744/761. Mediante el pronunciamiento en cuestión se admitió el recurso de apelación deducido por el Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán y, consecuentemente, se dejó sin efecto la decisión del juez de primera instancia de seleccionar a la recurrente como aspirante a la guarda con fines de adopción de la niña D.G.D. _____

_____

_____ Sostiene la impugnante que el fallo violenta el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal, los principios de igualdad, reserva, libertad y razonabilidad, y conculca el interés superior del niño. Aduce que el tribunal "a quo" efectuó una interpretación irrazonable e injusta, e incurrió en arbitrariedad en el análisis y ponderación de los hechos._____

_____ Alega que no existe disposición legal que exija un máximo de edad a considerar como brecha generacional y como requisito para ser adoptante, y que esa exigencia fue creada por la alzada que –además- soslayó tener en cuenta los informes interdisciplinarios que concluían en su aptitud para prohijar. _____

_____ Expone que la resolución impugnada creó un procedimiento particular para el caso, retrotrajo etapas procesales y estableció exigencias sin sustento. Afirma que en el proceso se respetaron las reglas, y que el Asesor de Incapaces que intervino en resguardo de la menor conoció en tiempo y forma la recepción de los legajos remitidos por la Secretaría Tutelar, a la vez que fue informado telefónicamente de la audiencia celebrada en forma previa al inicio de la vinculación. _____

_____ Manifiesta que no se respetó el interés superior de la niña y se violó lo dispuesto por los arts. 24 de la Ley 26061 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. _____

_____ Expresa que no puede pasarse por alto el daño irreparable que se produciría a la menor en caso de mantenerse la sentencia apelada, ya que se la separaría de su única referencia familiar en la actualidad, generada por el proceso de vinculación debidamente dispuesto. _____

_____ Asegura que el pronunciamiento se basa en un estereotipo de lo real e incurre en discriminación de adoptantes por la sola razón de la edad. Dice que cuenta con informes del equipo interdisciplinario favorables en cuanto al punto específico etario, y que la Secretaría Tutelar concluyó que su parte cumple con los requisitos de la Acordada 12709. _____

_____ Finalmente, esgrime que existe gravedad institucional por cuanto la cuestión excede el caso de autos y trasciende a todos los procesos de adopción. _____

_____ A fs. 912/914 vta. y 915/944 vta. se agregan las memorias presentadas por la señora Asesora General de Incapaces y la recu-

rrente, respectivamente; a fs. 949/951 vta. emite su dictamen el señor Fiscal ante la Corte N° 1, interinamente a cargo de la Fiscalía ante la Corte N° 2, quien se pronuncia por la procedencia del recurso, y a fs. 952 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. _____

_____ 2°) Que la doctrina de la arbitrariedad es el medio para resguardar las garantías de la defensa en juicio y a un debido proceso al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 77:619; 87:769; 96:521). _____

_____ En consonancia con ello, corresponde determinar si lo decidido importa un tratamiento inadecuado y dogmático del planteamiento propuesto, es decir, si adolece de defectos que lo invalidan como acto jurisdiccional (CSJN, Fallos, 301:1002; 310:1638). __

_____ 3°) Que resulta pertinente referir que la alzada, a fin de dejar sin efecto la elección de la impugnante como aspirante a la guarda con fines de adopción de la niña D.G.D., acogió la apelación del Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán, quien sostuvo que el juez de primera instancia había omitido darle participación como también a la autoridad administrativa en el proceso de selección. Además opuso reparos a la edad de la pretensa adoptante en consideración a la brecha generacional existente con la menor, pero aclarando que no se formulaban objeciones respecto de las condiciones personales, morales y de solvencia de la señora J. A.. _____

_____ Para arribar a la decisión recurrida entendió el tribunal "a quo" -en lo esencial- que, sin perjuicio de reconocer que los adultos mayores suelen contar con ciertas condiciones como la madurez emocional, la seguridad en cuanto a las metas de la vida y la estabilidad económica entre otras, los niños adoptados por padres de una franja etaria superior a los 50 o 55 años tienen un riesgo más grande de que los adultos se enfermen y que, por ello, los menores se vean obligados a cuidar de sus padres ancianos. ____

_____ Indicó que si bien en nuestra legislación la posibilidad de adoptar no está prohibida a los adultos mayores, las decisiones de este tipo deben tener presente todo el conjunto de rasgos que rodean la situación. Consideró que como criterio para el otorgamiento de las guardas con fines de adopción deberían tenerse en cuenta las edades en las que los adoptantes, de haber sido biológicamente posible, hubieran engendrado. Agregó que el argumento para sostener la conveniencia de fijar un tope máximo en la edad de la adoptante, aun cuando no haya sido legislado en nuestro ordenamiento de fondo, se funda en la necesidad de establecer una relación paterna y/o materna-filial cercana a la realidad, madura y razonablemente coherente con el ejercicio reflexivo de los roles de cada uno en la familia que se conforma con la adopción. _____

_____ En ese marco, y meritando que existían otros postulantes posibles a ser examinados, concluyó que correspondía dejar sin efecto la selección de la señora J. A., y realizar una nueva evaluación de todos los legajos disponibles, con intervención de la autoridad administrativa y del Asesor de Incapaces N° 2. _____

_____ 4°) Que efectuada la reseña anterior, y a fin de proceder al análisis del tema traído a conocimiento de este Tribunal, debe tenerse presente que en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y

fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social (CSJN, "S. C. s/ADOPCION", S. 1801. XXXVIII. REX). _____

_____ En lo atinente a la elección del guardador con fines de adopción, el art. 613 del Código Civil y Comercial establece que con el objeto de "…asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente". Esta norma se encuentra orientada a indicar cuáles son las condiciones –entre otras- que deben ser evaluadas para garantizar que la selección del guardador sea efectuada teniendo en cuenta el interés superior del niño, principio cardinal que rige la materia. ___

_____ En tal sentido, es importante destacar que las pautas enumeradas no son taxativas y deben ser evaluadas en conjunto en cada caso particular. Así, nuestro Máximo Tribunal Federal sostuvo que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales ("S.C. s/ADOPCION", S. 1801. XXXVIII. REX). _____

_____ 5°) Que en el "sub lite" no se encuentra controvertido que la señora M.E. J. A. reúne las condiciones personales, morales y económicas adecuadas que se requieren para el otorgamiento de la guarda, aunque su elección fue objetada con base en la brecha generacional existente con la niña (59 años). _____

_____ Ahora bien, conforme se indicó, las pautas fijadas deben ser analizadas con especial referencia a las particularidades del caso, lo que en autos no ocurrió. En efecto, los informes de los distintos profesionales son claros en cuanto a que la diferencia etaria no resulta un obstáculo en atención a las condiciones personales de la aspirante a la guarda. _____

_____ En tal orden, corresponde meritar que la señora J. A. fue inscripta en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción de la Provincia a la edad de sesenta (60) años, así como también que declaró en las entrevistas que se le efectuaron –a los fines de la inscripción- su intención de adoptar una niña de cero (0) hasta tres (3) años. Las profesionales que tuvieron a su cargo las pericias, en pleno conocimiento de las circunstancias antes apuntadas, concluyeron que las condiciones de la postulante eran aptas para prohijar (v. legajo agregado a estas actuaciones, especialmente fs. 633/635 y 636/637 vta.); con base en ello, se la incorporó en el registro (v. fs. 638/639). Es así que la autoridad que tiene a su cargo la registración evaluó la idoneidad de la apelante teniendo en cuenta su edad y sus pretensiones de adopción, y se expidió favorablemente por entender que cumplía con los requerimientos para ser aspirante. _____

_____ De igual modo fue incorporado al expediente -en forma previa a la emisión del fallo de segunda instancia- un nuevo informe de la Secretaría Tutelar del Poder Judicial de Salta (v. fs.

695/700), en el que se analiza especialmente la brecha generacional existente entre la niña y la señora J. A., y en el que se afirma: "La postulante, desde el inicio de su inscripción, sostuvo disponibilidad adoptiva de 0 a 3 años en cuanto a rango etario. Tal decisión, pensada y madurada, fue sopesada por Marta a lo largo de las entrevistas de evaluación, reconociendo la distancia objetiva en cuanto a rango de edad, pero decidiendo en virtud del análisis pormenorizado de su situación personal y social… Tal variable de comprensión en la que se recomienda valorar el caso puntual es dejado de lado, según nuestra apreciación, en las afirmaciones efectuadas por el Sr. Asesor de Menores interviniente… Cuando el funcionario afirma que resulta dudoso si la pretensa adoptante reúne la idoneidad para cumplir las funciones de cuidado y educación de una niña de tan corta edad, corresponde en consecuencia afirmar que la Sra. M.E. J. A. cumplió favorablemente con la evaluación pericial efectuada, la que se funda en criterios exhaustivos de valoración, con reconocidas técnicas proyectivas de probada utilidad en el ámbito de la evaluación psicológica en el contexto jurídico… En el marco de las valoraciones efectuadas de acuerdo al requerimiento por el cual se elabora el presente informe, solicitamos a la postulante que se presentara en la Secretaría Tutelar junto a personas de su entorno más próximo… Todas las personas entrevistadas coinciden en definir a la postulante como una mujer activa, que ostenta valores personales y morales muy definidos. Todos destacan su carácter dinámico, tanto en lo laboral como en lo social. En su trabajo la reconocen como una mujer afable, lo que inspira confianza y que presenta un elevado compromiso y responsabilidad. En el ámbito familiar la definen como un nexo entre parientes, siendo quien frecuenta a la mayor cantidad de primos y sobrinos… Tal como hemos intentado demostrar con los fundamentos técnicos que consideramos pertinentes, el solo elemento edad no resulta suficiente para establecer la viabilidad de una pretensión adoptiva, sino que el mismo debe ser ponderado en el particular continuo que cada historia personal amerita. Si bien la diferencia etaria de 59 años es un elemento real e incuestionable, la determinación de lo que la pretensa adoptante puede desplegar como conducta materna se complementa con todas las demás esferas de su vida e historia particular. Ante tal afirmación, la postulante exhibe la totalidad de indicadores de bienestar que la Organización Mundial de la Salud reconoce como predisponentes de una adecuada calidad de vida, y concomitante a ello una mejor perspectiva en lo que a expectativa de vida refiere". _____

_____ Siendo ello así, los informes de los profesionales dan cuenta de que en el caso, la diferencia de edad no resulta un obstáculo para continuar con el procedimiento de vinculación, y que el superior interés de la niña se encuentra debidamente resguardado con la elección efectuada por el juez de primera instancia. _____

_____ Además, tampoco puede soslayarse lo comunicado por la Secretaría Tutelar (fs. 724/725) y por la Delegación Regional Orán de la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (fs. 874/878), respecto a los efectos negativos que produjo en la menor la interrupción de la vinculación con la señora J. A.. _____

_____ Por otro lado, es dable remarcar que no existe disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que fije una edad máxima para ser adoptante, o establezca una brecha etaria límite. Este extremo fue expresamente destacado por la alzada en la sentencia impugnada; no obstante ello, al fallar como lo hizo no solo pres-

cindió de las constancias de la causa, sino que elevó a la categoría de exigencia legal un requisito que la ley no establece, incurriendo así en arbitrariedad. _____

_____ 6°) Que finalmente, y en lo atinente a la alegada omisión del juez de primera instancia en dar oportuna participación al Asesor de Incapaces y al organismo administrativo en el proceso de selección, es del caso señalar que tal como indicó el tribunal "a quo", solo se justificaría dejar sin efecto lo actuado en el supuesto de que dicha omisión hubiese afectado el interés superior del niño, extremo que no ocurrió conforme se expuso en los considerandos anteriores. _____

_____ Por lo demás, se debe recordar que esta Corte sostuvo que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Tomo 216:831). _____

_____ 7°) Que por lo expuesto, la decisión cuestionada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso y afecta, en forma directa e inmediata, las garantías constitucionales invocadas por la impugnante, motivo por el que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, en su mérito, dejar sin efecto la sentencia de fs. 744/761. _____

_____ 8°) Que es atribución de esta Corte no adoptar el camino del reenvío y decidir sobre el fondo del asunto cuando –como en la especie sucede- así lo aconsejan razones de economía, celeridad y certeza, atendiendo a la naturaleza de la cuestión suscitada y al tiempo transcurrido (esta Corte, Tomo 176:339; 199:287; 208:965, entre otros). _____

_____ De conformidad a lo antes expuesto, y al hallarse suficientemente debatida y examinada la cuestión, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 667 vta. por el Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán. _____

_____ Por ello, _____

_____**LA CORTE DE JUSTICIA,** _____

_____**RESUELVE:** _____

_____ I. **HACER LUGAR** al recurso de inconstitucionalidad de fs. 762/787 vta. y, en su mérito, **dejar sin efecto** la sentencia de fs. 744/761. _____

_____ II. **RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto a fs. 667 vta._____

_____ III. MANDAR que se registre y notifique._____

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Dra. Teresa Ovejero Cornejo, Dres. Pablo López Viñals, Horacio José Aguilar, Dras. María Alejandra Gauffin y Adriana Rodríguez Faraldo –Jueces y Juezas de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf –Secretaria de Corte de Actuación-).