



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C118.473 y C118474 “G. J. E.
Abrigo” y “S. R.B. y otra s/abrigo”

Suprema Corte:

El Tribunal de Familia número 2 de Quilmes resolvió declarar al niño J. E. G. –en autos “G. J. E..Abrigo” (C118473)– y a las niñas R. B.y M. A.S. – en autos “S. R. B. y otra s/abrigo” (C118474)– en estado de abandono y en condiciones de adoptabilidad en fecha 23 de mayo de 2013 (fs. 211/15 y 345/51 respectivamente). Posteriormente –en oportunidad de resolver los recursos de aclaratoria interpuestos a fs. 230/2 y 363/5vta. respectivamente – resolvió aclarar las sentencias en el sentido de señalar que se asegurará el contacto vincular entre los hermanos y el derecho de comunicación del grupo de hermanos con la progenitora de la manera y modalidad que el equipo Técnico establezca (fs. 234/5 y 367/8).

Contra sendas resoluciones se alza la progenitora a través de los Recursos Extraordinarios de Inaplicabilidad obrantes a fs. 238/46 y 371/79 y de Nulidad obrantes a fs. 246/49 y 379/82 y vta. respectivamente, **que a continuación paso a examinar de manera conjunta por resultar las sentencias impugnadas y los remedios traídos sustancialmente idénticos.**

Asimismo se alzó el Sr. Asesor de Menores e Incapaces a través de los Recursos Extraordinarios de Inaplicabilidad de ley obrantes a fs.254/62 y 387/96. respectivamente, que a continuación paso a examinar también de manera conjunta por idénticas razones.

II. Los recursos extraordinarios de Nulidad obrantes a fs. 246/9 y 379/82 respectivamente.

Denuncia errónea aplicación del artículo 168 de la Constitución Provincial por haberse incurrido en autos en la omisión de cuestiones esenciales.

En particular se agravia por considerar que en autos se omitió el tratamiento de la cuestión esencial relativa a la revinculación de la quejosa con su hijo J. (fs. 246 vta. y 247).

Concretamente señala que “ la única referencia respecto del particular surge de fs. 214 vta. en que el Excmo. Tribunal ha expresado “...asegurando, en su caso, el contacto vincular del pequeño J. E.con sus hermanitas R. y M.A.S. con su progenitora...”, pero nada ha dicho al respecto en la parte resolutive de la sentencia.” (fs 246 vta.).

En tal sentido señala que los artículos 264 del Código Civil y 3 y 9 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sustentan su planteo.

Puntualiza que únicamente se han establecido dos entrevistas vinculares, a pesar de las peticiones planteadas por la impugnante a fin de que se propicie y efectivice la vinculación de ésta con su hijo y entre éste y sus hermanas R.y M. (fs. 2457 y vta). En idéntico sentido destaca la existencia de dos informes del Equipo Técnico propiciando un régimen de comunicación entre la Sra G. y su hijo, que tampoco ha merecido tratamiento por parte del Tribunal (fs 247 vta.).

Por último pone de relieve la trascendencia del agravio traído al señalar que “Lo cierto es que la persistencia en el tiempo de la inexistencia de contacto, tornaría ilusoria cualquier idea de fortalecimiento de vínculo materno-filial, de hecho, lo aniquilaría, a pesar de mis reiteradas peticiones el respecto...” (fs. 248).

III. De los recursos extraordinarios de Inaplicabilidad de ley obrantes a fs. 238/46 y 371/79.



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

Denuncia la quejosa errónea aplicación de los artículos 317 inc a) del Código Civil; 3, 9, 18.2, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3.4,6.1,12.2 y 23.2 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; 3, 5 y 6 de la ley 13298, y 3 y 7 de la ley 26061.

En particular denuncia que se ha decretado el estado de abandono de sus hijos J., R. y M. en contradicción con las exigencias legales, locales e internacionales citadas. Ello en virtud de que si bien reconoce que se ha intentado medidas tendientes a trabajar con referentes de su familia o afectivos para que colabore con la recurrente en el ejercicio del rol materno para reasumir la crianza y cuidado de sus hijos con resultado negativo, no se ha intentado implementar medida institucional con idéntica finalidad.

Concretamente refiere que “...frente a tal realidad incontrastable, y al hecho de que tal estado de desamparo no es atribuible obviamente al niño pero tampoco a mí, no resulta pertinente a la luz de la legislación precitada por esta parte y plenamente vigente declarar ante esta situación, que la firmeza de la resolución que declara su estado de desamparo implique como consecuencia necesaria e ineludible la “condición de adoptabilidad de J.” (fs. 242 vta).

En tal sentido sostiene que las normas citadas ubican al Estado como garante de la satisfacción de los derechos fundamentales, sobretodo en los casos como en el presente en que sus titulares se encuentran en condiciones de vulnerabilidad –el niño institucionalizado y la progenitora con un patología que le impide ejercer el rol materno de manera autónoma y sin entorno familia que pueda ayudarla– .

Sostiene que “... el estado en casos como el presente, debe ejercer el rol subsidiario pero trascendental a través de la medidas de contención, apoyo, asistencia, auxilio, programas de prevención, asistencia e inserción social, tendientes al fortalecimiento de los vínculos familiares, de la unión familiar, del establecimiento de la relación materno-filial, medidas que en estos

autos, a la fecha, no se han intentado y su cumplimiento desde la jurisdicción sin duda debe garantizarse” (fs 243).

En definitiva alega que “...el hecho de no haberse agotado ni ordenado aquellas medidas que la legislación prevé en favor del niño tendientes a la remoción de todos y cada uno de los obstáculos que impiden su pleno desarrollo, su vida junto a su madre, en las condiciones adecuadas y con la contención pertinente, claramente configura un gravamen irreparable atento a la clara vulneración actual de su derechos más fundamentales, cuando se prevé su situación de adoptabilidad inmediata o inminente en caso de la firmeza de la sentencia que declara el desamparo” (fs 245).

En sustento de su pretensión cita la doctrina emanada de esa Corte en causa Ac 76584, sentencia del 30 de mayo de 2001. (fs.245 y vta.)

IV. De los recursos extraordinarios de Inaplicabilidad de ley obrantes a fs. 254/62 y 387/96.

Denuncia el quejoso violación de los artículos 16, 18, 33 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional; 11, 15, 36 inc. 2, 56 y 171 de la Constitución Provincial; de los artículos II, VII, XVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2.1, 7, 8 ,30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 8 inc..2, 19, 24, 25 y 29 del Pacto San José de Costa Rica; 14 inc.1, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2,3,4,9,20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 34 inc. 4y5, 36 inc.2 y3, 161, 163, 166 inc.2 del CPCC; y las leyes 13298y 26061 (fs.257 vta.)

En particular destaca la violación del derecho de defensa, la garantía del debido proceso, el principio de igualdad de las partes en el proceso, y principalmente la falta de fundamentación de las decisiones que viola el principio republicano de gobierno.

Sostiene asimismo que la sentencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

impugnada incurre en el vicio de arbitrariedad. Señala a su vez errónea aplicación de la doctrina de esa Corte emanada de las causas C97003, 94731, Rc 96741, C100198, C96643, entre otros (fs.257 vta. y 258).

Concretamente se agravia por sostener, en primer término, que a través de las aclaratorias obrantes a fs. 234/5 y 367/8 se modificaron sustancialmente las sentencias dictadas en autos a fs.211/5 y 345/51 respectivamente en clara violación con el principio de igualdad de las partes en el proceso, el debido proceso legal y, en particular, de su derecho de defensa. Puntualmente considera que a través de lo resuelto en el remedio de aclaratoria se infringieron los límites establecidos en los artículos 166 inc.2 y 36.inc.3 del código de procedimiento, así como la doctrina de esa Corte que avala la improcedencia del recurso de aclaratoria para alterar o modificar una sentencia más allá de los errores materiales que refiere la norma.(fs. 258 y vta. y fs. 259/ fs. 391/2 y vta.).

En el mismo sentido agrega que “la resolución que se dicta no solo modifica el sentido se la sentencia dictada a fs 211/15 sino que también impone una situación nueva, con nuevos alcances y consecuencias que afectan a mi representado en su superior interés” (fs.259).

En segundo término se queja por considerar que la resolución aclaratoria dictada carece de fundamento legal, en contradicción con lo establecido por el artículo 171 de la Const. Pcial y 34 inc.4 del CPCC. En efecto alega que la expresión relativa al contacto vincular entre los hermanos y con su progenitora, cuanto la orientación manifestada respecto de una adopción simple, resultan expresiones carentes de correlación con los considerandos de la sentencia que declara el estado de abandono en la que esencialmente se señala la imposibilidad de la progenitora de asumir la crianza de sus hijos así como el derecho de los niños a vivir en una familia. Agrega que “ la magistrada votante en primer término no fundamenta las razones por las cuales se establece la necesidad de mantener el contacto entre los hermanos, menos aun sobre el contacto entre los causantes y su madre (...)Tampoco se explicita porque razón se expresa que la futura adopción de

los causantes será una adopción simple, no se dan razones de los dichos” (fs. 259 vta y 260 y 392 vta. y 393). En idéntico sentido señala que ninguna de las normas relativas a la obligación de fundar (art 171 Const. Pcial. y 34 inc 4 y 161 del código procesal) justifica el porque del contacto, ni el porque de la modalidad impuesta ni tampoco justifica la obligatoriedad de dicho contacto sobretodo cuando, sostiene, el tema del contacto con la madre es un tema esencial en el presente litigio y exige de los magistrados un análisis exhaustivo y bien detallado ya que conforme de los elementos de juicio le resulta imposible a la progenitora asumir un rol materno, no cuenta con familia extensa que la apoye y se encuentra demostrado que a los largo de todo el proceso la progenitora no ha logrado revertir tal conducta (fs.260 vta y 393 y vta.). Aun más, se agravia por considerar que tal resolución agrava la situación de sus representados al imponer la obligación del contacto materno filial.

Por último alega que la decisión del Tribunal de establecer un contacto con la progenitora de manera obligatoria resulta contraproducente, afectando el interés superior de los niños garantizado por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 3 de la ley 26061 y el artículo 4 última parte de la ley 13298 al no sobreponer el interés superior de los niños por sobre el de la madre (fs. 261 y 394 respectivamente), ya que dicho contacto obstaculizaría la posibilidad de que el niño se integre a una nueva familia.

En ese sentido destaca que “A lo largo del proceso se ha tratado de reestablecer el contacto de la madre con el causante (los niños), pero siempre dicha vinculación ha fracasado y no por culpa de mi pupilo (mis pupilos) sino exclusivamente por responsabilidad de la madre, quien no ha sabido ni podido recomponer su relación a lo largo del proceso. Tal es así que aun vive con su padre abusador de ella” (fs. 261 vta y 394 vta.) .

V. En mi opinión, los recursos extraordinarios de Nulidad obrantes a fs. 246/9 y 379/82 no pueden prosperar.

Razones de orden lógico me imponen el tratamiento del recurso de nulidad con carácter previo al análisis de los restantes remedios.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Al respecto y con carácter preliminar cabe recordar que el recurso extraordinario de nulidad sólo es admisible si se alega la omisión de tratamiento de alguna cuestión esencial, la falta de fundamentación legal o el incumplimiento con la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces (conf. arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia, 296 del C.P.C.C. y SCBA, Ac.54.449, sent. del 16-10-93; Ac.61.908, sent. del 27-12-95, entre otras).

En la especie el quejoso alega la violación de los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial.

Al respecto adelanto mi opinión según la cual los agravios no pueden prosperar.

En lo sustancial, denuncia que el Tribunal omitió el tratamiento de cuestiones esenciales.

Al respecto considero que la infracción alegada, relativa a los pedidos de revinculación y de restitución con sus hijos han sido abordadas de manera expresa e implícita como lo señala la propia recurrente en el remedio incoado.

Pues el tratamiento respecto de la procedencia de la declaración del estado de abandono de los niños supone el tratamiento implícito del pedido de restitución reclamado y, además, el pedido de revinculación ha merecido expreso tratamiento, como lo destaca la propia recurrente.

Al respecto resulta preciso recordar que “La omisión de tratamiento de cuestiones esenciales que genera la nulidad de la sentencia no se configura si aparecen desplazadas o consideradas, ya sea implícita o expresamente, pues lo que el art. 168 de la Constitución Provincial sanciona con la nulidad es la falta de abordaje de una cuestión esencial y no la forma en que ésta fue abordada y resuelta.”.

En efecto, el eventual acierto o error de la decisión que se discute resulta materia propia del Recurso de Inaplicabilidad de Ley.

Sobre este punto esa Suprema Corte ha

sostenido que "...la omisión de cuestiones a las que se refiere el artículo 168 de la Constitución provincial ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido, pero no cuando la materia parece desplazada por el razonamiento expuesto en la sentencia siendo ajeno al ámbito del recurso tanto el acierto con el que se haya analizado el asunto como la forma o brevedad con que fuera encarado". (SCBA, C. 98214, sent. del 18-03-2009 y C. 99437, sent. del 2-09-2009 y ccs.).

VI. En mi opinión, los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por el Sr. Asesor de Menores a fs. 254/62 y 387/96 de los autos de referencia tampoco deben prosperar.

Como se advierte de los agravios, el quejoso centra su agravio en considerar que las resoluciones aclaratorias obrantes a fs. 230/2 y 363/5vta han sido dictadas excediendo los límites de la actuación judicial establecidos por los artículos 36 inc 3 y 166 incs. 1 y 2 del código de procedimiento local.

Surge del análisis de la causa que el Tribunal de grado pronunció sentencia definitiva declarando el estado de abandono y adoptabilidad del niño J., y de las niñas R. y M. a fs. 211/15 y 345/51 respectivamente, y con posterioridad –ante un pedido de aclaratoria formulado por la progenitora– resolvió aclarar la parte dispositiva de la sentencia, incorporando en ésta el párrafo establecido en los considerandos de la sentencia de mérito (fs. 214 vta y 350 vta. respectivamente) en las que se decretó el estado de abandono del niño J., por un lado, y de las niñas R. y M., por el otro, relativos al establecimiento al mantenimiento del vínculo entre los hermanos con la progenitora.

Esta resolución aclaratoria no ha sido notificada al Sr. Asesor de Menores sino hasta la oportunidad en que se le notificó la interposición del recurso extraordinario de la progenitora (fs. 253 y 356 respectivamente), momento en el cual toma conocimiento del auto aclaratorio y lo impugna a través del presente remedio extraordinario.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Del contenido y alcances de la resolución “aclaratoria” impugnada surge con claridad que la misma ha sido dictada respetando las reglas procesales que indican las facultades y los límites de la intervención judicial para aclarar la sentencia de mérito. En efecto, el artículo 166, inciso 2 del CPCC establece que “Pronunciada la sentencia concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla. Le corresponderá sin embargo(...) 2) Corregir a pedido de parte, formulado dentro de los tres días de la notificación y sin sustanciación, cualquier error material; aclarar algún concepto oscuro, sin alterar lo sustancial de la decisión y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre algunas de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio; (...)” y continua enumerando los supuestos de excepción a través de los consecutivos incisos (art. 166 y ccs CPCC)

En mi opinión, el contenido de la aclaratoria impugnada resulta comprendida dentro de las facultades judiciales de “aclarar un concepto oscuro” que pone en duda el alcance o contenido de la parte dispositiva del fallo sin exceder los límites materiales que posee el juzgador para aclarar una sentencia, o sea, sin modificar ni alterar ni distorcionar ningún aspecto sustancial de la sentencia de mérito, toda vez que el contenido de la resolución aclarada únicamente significó mudar el párrafo de los considerandos de la sentencia de mérito relativo al régimen de contacto que debía mantenerse entre los niños y con su progenitora a la parte dispositiva de la sentencia, a pedido de la progenitora.

En ese sentido ha sostenido VE que “...recurso de aclaratoria previsto en el art. 166 inc. 2 del C.P.C.C., es un remedio que la norma establece para que el juez proceda -a pedido de parte- a "...aclarar algún concepto oscuro, sin alterar lo sustancial de la decisión y suplir cualquier omisión en que hubiese incurrido sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio...". (SCBA, B 65658, resol. del 27 de abril de 2011)

En idéntico sentido tiene dicho esa Corte que “ que la decisión aclaratoria tiene como límites para su procedencia, la corrección

de algún error material o la aclaración de un concepto oscuro de la decisión (conf. causa L. 54.722 "Torres", sent. del 14-III-1995), o bien suplir omisiones sobre rubros separables e independientes (conf. causa L. 80.599, "Ruiz", sent. del 27-VIII-2003). Precisando tales conceptos, ha declarado este Tribunal que cuando el art. 166 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial alude a "errores materiales" se refiere a meras equivocaciones del juzgador que de ninguna manera pueden asimilarse a los llamados vicios *in iudicando*, por lo que a través de dicho carril no se enmiendan fallas en el razonamiento del magistrado ni en la fijación de los hechos, ni de la aplicación del derecho y, que cuando alude a "aclarar un concepto oscuro", se refiere a la posibilidad de interpretar el sentido de una frase, es decir, que debe tratarse de equivocaciones lexicográficas, terminológicas o idiomáticas, que impliquen una expresión poco clara, pero de ninguna manera se pueden cambiar los argumentos del pronunciamiento (conf. causa Ac. 53.288, "Baiele", sent. del 17-II-1998)" (SCBA, L89745 , sent del 14 de septiembre de 2011).

En el mismo sentido se ha afirmado que “...El límite de la facultad consiste en la prohibición de alterar lo sustancial de la decisión. En consecuencia, los errores de hecho o de derecho incurridos y que constituyen el fundamento o motivo de la sentencia, deben ser controlados con otros recursos. Admitir lo contrario, supone atentar contra la preclusión y la cosa juzgada (CMPlata, Sala I, 8 de Febrero de 1993)” (**Fenochietto Carlos**, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 1996 pp.195-6).

Respecto de los demás agravios planteados simplemente diré que en mi opinión no resultan suficientes en tanto no surgen con claridad las normas o doctrina legal que se reputan violadas o erróneamente aplicados ni denuncia el vicio nulificante del absurdo (art. 279 CPCC y ccs.)

VII. En mi opinión, los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos por la progenitora a fs. 238/46 y 371/79 de los autos de referencia deben prosperar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Inicialmente resulta preciso recordar que “el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo” (SCBA C 101304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108474, sent. del 6-10-2010). En la especie en mi opinión se ha logrado demostrar tal vicio nulificante sobre la base de considerar que la conclusión no se compadece con la totalidad de las constancias de la causa.

En particular, considero que la impugnación planteada por la recurrente respecto de la conclusión según la cual se encuentra acreditado en autos que se agotaron las instancias tendientes a lograr que los niños J., R. y M. puedan crecer y desarrollarse junto a su progenitora merece ser acogida. Veamos.

El Tribunal resuelve declarar a los niños J. (3), M. (7) y R.(12) en estado de abandono y en condiciones de adoptabilidad en virtud de considerar que la Sra. Gonzales no se encontraba en condiciones de ejercer el rol materno de manera autónoma y que fracasaron las instancias de trabajo con los referentes de la familia de origen con el objeto de acompañar a la progenitora en el ejercicio de su responsabilidad parental (fs. 213 vta y ccs/ y 349 vta.y ccs. respectivamente).

Sin embargo, y he aquí el *quid* de la cuestión traída, la quejosa cuestiona la conclusión del Tribunal de grado en virtud de considerar que el decisorio impugnado resulta prematuro por no haberse recurrido a ninguna de las medidas institucionales de apoyo previstas por las leyes tendientes a garantizar la protección de este vínculo materno filial, sobretodo en la especial situación de “vulnerabilidad” en la que este grupo familiar se encuentra en virtud de la condición de niños “institucionalizados”, de una madre con padecimiento mental, sin recursos afectivos ni familiares ni económicos y víctima de violencia.

Es decir, la quejosa se agravia en virtud de

considerar que el decisorio impugnado sostiene, inicialmente, que la Sra. G. puede ejercer el rol materno -aunque no de manera autónoma- y luego concluye en la necesidad de decretar el estado de abandono del grupo de hermanos, asumiendo de tal modo –con apoyo en consideraciones de hecho y de prueba- la absoluta imposibilidad de la Sra. G. para ejercer la responsabilidad parental en virtud de carecer de referentes familiares que puedan acompañarla.

Es precisamente sobre este punto que radica, en mi opinión, el absurdo endilgado.

Pues, una vez acreditado que la quejosa “no puede asumir la crianza de sus hijos de manera autónoma”, resulta preciso agotar las instancias de “ayuda” o “apoyo” indispensables para poder concluir con suficiencia en la necesidad de asumir su “imposibilidad” como se desprende del fallo impugnado. En tal sentido si bien se advierte de una lectura atenta de las sentencias impugnadas los infructuosos intentos de lograr apoyo o acompañamiento por parte de referentes familiares, no surge de las piezas recurridas que una vez fracasado éstos, se haya recurrido a los diversas medidas o programas de acompañamiento y fortalecimiento disponibles en el ámbito del estado o, en su caso, exigibles a éste por mandato constitucional (art 14 bis, 75 inc 22 y 23 CN, 36 Const .Pcial.), con el objeto de agotar las instancias de acompañamiento previstas para descartar luego cualquier posibilidad de la madre de responsabilizarse por el cuidado de sus hijos por no contar con ayuda adecuada.

Esta omisión se agrava en mi opinión si se aprecia que la Sra G. ha sido además víctima de abuso sexual por su progenitor – encontrándose acreditado en autos que el niño J. resulta hijo del progenitor de la Sra G. (fs.213 de C 118473 y fs. 165 anexo a la causa C118474 caratulada “S. R. y otra s/abrigo”) quien se encuentra imputado del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo contra la recurrente que se encuentra en estado de elevación a juicio (fs. 319 expediente C118474 y anexo citado)– y no surge de la sentencia que se hayan adoptado las medidas tendientes a brindarle protección y apoyo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

previstas en los instrumentos internacionales de protección aplicables (Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belén do Pará), la Convención sobre los Derechos del Niño, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño nro.8/2006 “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes” y nro. 13/2011 titulada “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”; CIDH, OC17/2002 y sentencias de esa Corte en las causas “ De las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” del año 2006, y “Gonzáles y otras (“Campos algodoueros”) vs. México” del año 2009; el informe final 54/01 de la Comisión de Derechos Humanos en el caso “Maria da Penah vs. Brasil” del año 2001; y la Resolución del ECOSOC 2005720 que adoptó las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”) y que reproducen las leyes locales contra todas las formas de violencia (Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto reglamentario 235/96; ley nro. 26.061 de Protección Integral de Derechos del Niño y su decreto reglamentario 416/06; Ley. nro. 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y a su dto. Reglamentario 1011/2010, Ley Provincial 12.569 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto 2875/05 y ley 13.298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños modificada por la ley 14537 y su dto.300/05).

Ejemplo de ello resulta la circunstancia de que se valore como causal de abandono de los niños la circunstancia de que la Sra G. no haya podido revertir la situación familiar (de falta de apoyo) ni habitacional (pues continúa habitando en una vivienda contigua a la de sus progenitores) sin acreditar previamente la adopción de medidas materiales y psicológicas tendientes a facilitarle a la Sra G. herramientas para sustraerse y superar la situación violencia en la que se encuentra inmersa (como surge de la totalidad de los informes citados en las sentencias impugnadas) como condición indispensable para exigirle conductas

idóneas para revertir las situaciones que dieron origen a la separación de los niños y lograr reasumir responsablemente el rol materno (fs 347 vta y ccs.)

En particular de los elementos de juicio obrantes en la causa y de la propia sentencia se advierte que se le imputa a la Sra G. la imposibilidad de haberse podido proveer de una vivienda adecuada para ella y sus hijos –sobre la base de asumir que la vivienda en la que actualmente reside no resulta adecuada para resguardar su integridad psicofísica ni la de sus hijos debido a la proximidad existente con la vivienda en la que actualmente reside su progenitor por encontrarse ambas viviendas construidas sobre un mismo lote de terreno – sin reparar en la necesidad inversa de adoptar –como medida adecuada para garantizar los derechos fundamentales en juego – la exclusión del hogar del presunto agresor, como fuera oportunamente requerida por el Fiscal en el marco de la causa penal y denegado por el Juez de garantías interviniente (fs.176/7 y 180 del anexo).

Por ello considero que la sentencia incurre en el vicio del absurdo, al reprocharle a la Sra G. conductas respecto de las cuales resulta víctima.

En este sentido, el propio Tribunal sostuvo que “...sin dejar de desconocer que las Sra. A. M.G. es una víctima más, lo cierto es que no puede sostener la función materna sin el acompañamiento de un tercero del que carece dentro de su grupo familiar o de relación” (fs.349 vta y 213 vta)

En otras palabras, el quiebre del razonamiento que en mi opinión evidencia la sentencia se sitúa en haber omitido un tramo esencial en el razonamiento referido a la comprobación de la circunstancia de que “la Sra G. *aun mediante los apoyos institucionales pertinentes* no se encuentra en condiciones de ejercer su responsabilidad parental”.

De modo tal que, según mi modo de ver, una vez agotada la búsqueda de recursos dentro de la familia de origen la actividad jurisdiccional debió orientarse a la búsqueda de los recursos institucionales que las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

leyes específicas prevén para contribuir, en los hechos, con la posibilidad de realizar el objetivo esencial de las normas de protección de la familia, de la infancia y de las personas con discapacidad: el derecho a crecer y desarrollarse adecuada y primordialmente en el seno de su familia de origen y, a no ser objeto de injerencia arbitraria en la vida familiar, facilitando, en este caso, el acceso a los apoyos necesarios para ayudar y brindar sostén a la progenitora para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos personalísimos, en particular, su derecho (deber) a ejercer la responsabilidad parental. Puntualmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce la necesidad de asistencia o ayuda *para el ejercicio* de la capacidad de la persona con discapacidad.

En efecto tal omisión en el razonamiento permitiría conducir al yerro de admitir la separación de los niños de su madre en virtud de la falta o escasez de recursos – en el caso, familiares y también económicos– lo que resulta expresamente vedado por la totalidad de las normas aplicables a la materia (conf. 5,9, 8, 19 y ccs.CDN; CIDH OC17/2003 párr.76 y ccs; arts. 9 y 34 ley 13294 y 7, 11, 33, 37, 39, 41, 41 y ccs. Ley 26061), en concordancia con las normas que establecen el correlativo deber del estado de adoptar, de conformidad con el máximo de sus recursos disponibles, medidas de prestación positiva para asegurar los derechos fundamentales, especialmente a aquellos grupos que se encuentran en situación estructural de vulnerabilidad (arts. 14 bis, 75 inc 22 y 23 de la CN; 36 y ccs. Const Pcial; 10 y11 PIDESC, 17 y 19 CADH; 4,8, 18 y ccs CDN; 4, 23, 28 y ccs. CPD, entre muchos otros).

Sobre este punto resulta ocioso recordar que una de los objetivos –sino la finalidad misma– de la sanción de la novel legislación de la infancia radica precisamente en la necesidad de resaltar el rol del estado como garante de los derechos sociales de los niños, estableciendo a tal efecto un mecanismo administrativo-judicial de protección tendiente a garantizar la efectividad los derechos fundamentales de los niños con el objeto de que puedan crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen y no ser separado de ésta por

razones vinculadas con la falta o escasez de recursos de la familia de origen.

Al respecto cabe interrogarse acerca del modo en que hubiera afectado la decisión impugnada la circunstancia –hipotética– de que la Sra G. hubiera tenido recursos propios para proveerse de apoyos -por ejemplo por hallarse incluida en una obra social y poder contar, por ejemplo, con una acompañante terapéutico que la acompañe en el ejercicio de su rol.

A los efectos de preservar el derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad la Ley de Protección de la Salud Mental (nro 26.657) establece en cabeza de la autoridad de aplicación la obligación de implementar dispositivos concretos como “...la atención domiciliada supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares..” con el objeto de promover la integración familiar y el mantenimiento de sus grupos de pertenencia (artículos 7,8,9,11 y ccs ley 26657 y ley 14580) en concordancia con los lineamientos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 4.1 y 4.2, 5, 6, 12.2, 23.1, 23.4, 23.5, 28.1 y 28.2 y ccs. CPD).

Con el objeto de asegurar la protección del derecho de los niños a desarrollarse y crecer primordialmente en el ámbito de su familia de origen la ley de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes prevé un catálogo de políticas, programas y medidas concretas de acompañamiento que comprenden el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico de los niños y/o de su padres, el cuidado de los niños en su propio hogar brindando apoyo y orientación a los padres, la asistencia económica al grupo familiar entre muchas otras (arts. 4, 5, 7,26, 32, 37 y ccs. ley 26061 y artículos 3, 7, 14, 17, 30, 34, 35 y ccs. Ley 13298) de conformidad con las pautas establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 8,9, 18.2, 20.1 y ccs Convención sobre los Derechos del Niño).

De las sentencias impugnada no surge que ninguna de estas medidas hayan sido ejercitadas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

A ello cabe añadir, como alega la recurrente, el plus de protección que debe garantizarse a esta familia –cuyos integrantes pertenecen a grupos estructuralmente desaventajados y, por ende, acreedores de medidas especiales de protección (art.75 inc 23 CN)– por hallarse los niños institucionalizados, por carecer de referentes afectivos o familiares y de recursos económicos para revertir la situación en la que se encuentran y por resultar víctimas de violencia.

En esta línea cabe recordar – como lo hace la recurrente – que esa Corte ha sostenido en un caso semejante –aun con anterioridad a la sanción de las normas específicas citadas– que “Las probanzas acreditan ciertamente una complicada situación. Las pruebas colectadas (...), advierten sobre una madre con problemas psíquicos y una situación social particularmente adversa. Pero advierten también y esto me parece de la mayor importancia su constante voluntad de no separarse de su hijo. (...) No me cabe duda que un cúmulo de evidencias negativas (pericias, testimonios, actuaciones policiales), han llevado a la instancia de grado a decidir como lo ha hecho. La mamá del menor es, sin duda, una señora con problemas; pero en ningún caso éstos excluyen *radicalmente* el ejercicio de su maternidad (...) En todo momento, la señora A. C. L. se ha manifestado consciente de sus limitaciones (...); pero ha pedido ayuda (fs. 230, 252, 294 vta.) y ha tratado de realizar (en los estrechos márgenes que se le permitieron), su condición de madre (...) Las normas legales implicadas de derecho público interno y externo, convalidan ampliamente su pedido (arts. 14 bis, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional, 36 incs. 1 y 4 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ley 23.054, art. 17 inc. 1, 4 in fine y 19; Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849, arts. 3, 8, 9 incs. 1, 2, 3 y 18 inc.2. El interés superior del niño (idea de la que debe extrañarse cualquier connotación economicista); la necesidad de preservar los lazos sobre los que se funda su identidad personal; la total excepcionalidad de la adopción, constituyen argumentos decisivos para sustentar la solución que se propone. *Esto no debe por supuesto opacar los problemas que configuran la situación de la madre y*

los efectos de un apartamiento forzado de su hijo en estos últimos años. Madre e hijo necesitan contención y ayuda que repare sus situaciones personales y relacionales. La justicia está en la necesidad ética y jurídica de proporcionársela. Existen medios legales, profesionales y técnicos que no han sido suficientemente actuados en la especie. Hasta subsidios económicos a disposición de los jueces que permiten encarar ciertos aspectos prácticos de situaciones como la presente. Esos medios reclaman obviamente un cierto esfuerzo de realización pero no pueden mínimamente compararse en sus resultados (están separados ética y ontológicamente por un abismo) con quitarle el hijo a la madre para, eventualmente, solucionar luego su situación a partir de una entrega en adopción.(...)” ” (SCBA, Ac, 76548, sentencia del 30 de mayo de 2001. Destacado propio).

En virtud de los argumentos brevemente expuestos considero preciso propiciar a VE que rechace los recursos de nulidad obrantes a fs. 246/9 y 379/82, y los de Inaplicabilidad obrantes a fs. 238/6 y 387/95 y se haga lugar a los recursos de Inaplicabilidad obrantes a fs.238/46 y fs.371/79 en las causas “G. J. s/abrigo” y “S.R. y otra s/abrigo” respectivamente.

Por último, y en el caso de que VE comparta la opinión que propicio, entiendo plausible recomendar a VE en orden a las particularidades del caso y en el marco de sus supremas atribuciones (SCBA, C90868, sent. del 15-12-2004) se adopten medidas para mejor proveer tendientes a evaluar la conveniencia de arbitrar los medios adecuados a fin de mantener a los niños bajo el cuidado de sus actuales guardadores y se evalúe la posibilidad de establecer un régimen de comunicación entre los hermanos y con su madre, subordinado al estado psico-emocional y a la opinión de los niños, hasta tanto se resuelva en definitiva la cuestión (CIDH, “Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto M.L.”, Resolución del 1 de julio de 2011).

Tal es mi dictamen,

La Plata, 8 de mayo de 2014.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.