



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

C119541 “R.C. N. s/abrigo”

Suprema Corte:

La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió en fecha 5 de septiembre de 2014 confirmar la sentencia de grado que había ordenado declarar al niño N. R. C. en estado de abandono y situación de adoptabilidad (fs. 253/58 y vta. y 217/20)

Contra tal resolución se alza la Señora Defensora General Adjunta Departamental , en carácter de curadora provisoria de la progenitora del niño a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 259/270 que a continuación paso a examinar.

II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

Denuncia la quejosa violación y errónea aplicación de lo dispuesto por los artículos 19, 75 inc.22 y 23 de la Constitución Nacional, 36 inc 1,2,,7 y 8 de la Constitución Provincial; V y XI y concordantes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts 7,8,12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 1,11,17 párrafo 1, 19 y ccs. de la Convención Americana de Derechos Humanos; art 10 inc.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3.1 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 10, 29 y ccs. Ley 26061; arts. 9,14 primer párrafo, 19 inc. c),34,35,35 bis inc 3) y ccs. ley 13298 y doctrina elaborada respecto de las citadas normas.

También alega absurda valoración en la prueba. Para ello se apoyo en un pormenorizado relato de los hechos, destacando las inconsistencias e irregularidades que evidenció la intervención administrativa y judicial desplegada respecto de N. desde el inicio de las presentes actuaciones (fs. 260/7)

En particular se queja del tramo de la sentencia impugnada que concluye que no se encuentra conculcada la violación de la garantía de defensa tal como sostiene la apelante. Al respecto señala que “ El juez preopinante fundamenta su voto en principio en no considerar que no se ha configurado una violación del derecho de defensa en juicio de mi asistida porque debí tomar conocimiento de lo peticionado a fs 93/100 al tomar intervención a partir de fs 173. en esa oportunidad se me notificó de lo resuelto a fs. 168, sin dárseme traslado del pedido del asesor a fs. 93/100, supone al sentenciante una notificación tácita de las actuaciones precedentes, sin embargo ese tipo de notificación debe ser interpretada restrictivamente en virtud de la preferente tutela que debe merecer la garantía de la defensa en juicio, conforme doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia...” (fs 267 vta).

En segundo lugar, la quejosa sostiene que yerra la alzada al compartir, por un lado, los agravios por ésta planteados en oportunidad del remedio ordinario de apelación en orden con las irregularidades en la actuación de los servicios administrativos de protección y la falta de justificación de la drástica medida de intervención de éste en el ámbito familiar al separar a N. de sus padres y luego concluir en que “ resulta imposible desandar el camino andado” (sic) en virtud de la prolongada desvinculación del niño de su familia de origen [en relación con el año y medio que N. permaneció bajo el cuidado de los “ Hogares de Belén”]. Al respecto la quejosa destaca que la decisión cuestionada implica una manera “muy sencilla subsanar los actos lesivos provocados por los operadores del sistema” (sic) al “ castigar” a su representada y al niño en virtud de la responsabilidad que le cabe a los operadores del Estado por haber promovido una extensa e injustificada desvinculación. (fs 267 vta y 268)

Puntualmente sostiene que yerra la alzada al concluir que “ después de vivir el último año y medio insertado en el seno de un Hogar de Belén, cobijado y estimulado por el genuino afecto familiar de unos padres y hermanos sustitutos, en un contexto de serena confortabilidad material y



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

simbólica no puede forzarse ahora su restitución cuando la recurrente no puede siquiera brindarle el modesto espacio físico del que disponía” (fs. 268)

Funda su queja en considerar que “ Desconoce el juez preopinante que la función de los hogares donde se llevan acabo las medidas de abrigo no es el de sustituir roles y no se comportan como padres y hermanos sustitutos, las medidas son transitorias, porque el niño se restituye a su familia o es dado en adopción. O sea que el desarraigo se produciría también para el caso de ser dado en adopción y para la adopción es necesario y obligatorio respetar el procedimiento que impone otorgar la guarda a quienes se encuentran en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines adoptivos creados por la ley 25854, debiendo respetarse el procedimiento impuesto por la ley 14528, en especial los artículos 16 y 17, prohibiéndose expresamente las guardas de hecho. En consecuencia como la medida tiene que ser transitoria el desarraigo se producirá y en ese caso N. debe ser restituido a su familia, no debe provocarse una nueva separación para ir con nuevas familias, N. tiene su propia familia que ha demostrado acabadamente la intención y capacidad de hacerse cargo de su hijo con la asistencia que el Estado debe brindarse en virtud del deber de éste de garantizar la protección de la familia” (fs 268).

También alega que la valoración efectuada por la alzada respecto de la “la serena confortabilidad material” resulta repugnante de los estándares de protección especial de la infancia vigentes en la materia y desarrollados, puntualmente, en la Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana (fs.268 vta. y 269)

Por último sostiene que la decisión recurrida además de resultar absurda y carente de fundamento legal, no sólo no procede a subsanar el error cometido sino que coloca a N. en una situación aún más gravosa (fs. 268 vta)

III. En mi opinión, el remedio intentado debe prosperar.

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.

En efecto, considero que merece ser acogida la impugnación planteada por la recurrente respecto de la conclusión a la que arriba la alzada según la cual a pesar de “... que no puede dejar de señalarse que los motivos fundamentales aducidos por los profesionales del citado organismo para producir una intervención tan intensa como la privación cautelar de la tenencia del niño a su propia madre, disponiendo una medida de abrigo consistente en “colocarlo” en un “Hogar de Belén” aparece expresamente contradicho por relevantes constancias del expediente” (fs.255 vta y 256 y vta) la alzada departamental concluyó que “que no resulta posible” revertir la situación en la que se encuentra actualmente el niño en virtud del prolongado tiempo transcurrido (un año y medio) (fs. 256 vta y 257 vta). Veamos.

El Tribunal resuelve confirmar la sentencia de grado que había ordenado decretar a N. en estado de abandono y en situación de adoptabilidad sobre la base de considerar que resulta imposible, o al menos, insensato “desandar el camino de la ya extensa desvinculación” , a lo que añade consideraciones relativas a la pretendida insuficiencia que la eventual ayuda del Estado pudiera revestir, bajo la forma de efectivas prestaciones positivas, como factor de acompañamiento para contribuir a cubrir las carencias de la Sra C. cuyas limitaciones cognitivas y psicológicas evidencian la imposibilidad de ésta para desenvolver autónomamente su rol materno (fs.256 vta y 257) aún reconociendo, como vimos, las irregularidades alegadas por la quejosa en orden con el procedimiento llevado a cabo tendiente a verificar si los progenitores de N. y demás



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

referentes de la familia de origen se encontraban en condiciones de asumir responsablemente el cuidado y la crianza del niño . Las irregularidades señaladas por la recurrente y asumidas por la propia Cámara departamental (fs 255 vta, 256 y vta) impidieron verificar adecuadamente si la Sra. C. contaba con referentes de la familia ampliada o con recursos institucionales que pudieran acompañarla en el ejercicio de su responsabilidad parental. Ello resultaba vital para la resolución del conflicto toda vez que la evidencia del fracaso de estas instancias es lo que constituye, para el ordenamiento vigente, la fuente de legitimidad de la medida excepcional de separación del niño de su ámbito familiar.

En otras palabras, en esta clase de conflictos resulta necesario, para evitar incurrir en el vicio endilgado, agotar las instancias de trabajo destinadas a recurrir a los referentes de la familia en sentido amplio y a las medidas institucionales de apoyo previstas por las leyes tendientes a garantizar la protección de este vínculo materno filial, sobretudo en la especial situación de “vulnerabilidad” en la que este grupo familiar se encuentra en virtud de tratarse de una madre con un padecimiento mental moderado, sin recursos afectivos ni familiares ni económicos.

Y es precisamente ese tramo del razonamiento el que la alzada departamental reconoce expresamente como “incumplido” y, a pesar de ello, resuelve confirmar el abandono del niño y separarlo, definitivamente, de su familia de origen. En este punto del decisorio cuestionado radica, en mi modesta opinión, el absurdo endilgado.

Este argumento se agrava cuando se advierte que el razonamiento seguido por el juzgador incurre en otro grosero vicio en el razonamiento al asumir que una nueva separación del niño de su ámbito “familiar” actual implicaría producir un daño al niño sin reparar, como muestra la recurrente, que dicha separación ocurrirá “de todos modos”. En efecto N. se encuentra conviviendo bajo el cuidado del matrimonio P.- G. en virtud de una medida transitoria, que implica asumir que su permanencia bajo los cuidados

parentales de el matrimonio citado –con contralor del Estado– resulta una situación provisoria hasta tanto se defina su situación en el ámbito judicial. Cabe añadir que esta situación es expresamente reconocida por los propios guardadores (fs. 347).

Sobre este punto cabe señalar, asimismo, que la desvinculación tenida en cuenta por el decisorio de la alzada tampoco resulta imputable a la familia de origen, sino que obedeció, sin más, a los recurrentes obstáculos de diversa índole alegados por el servicio administrativo de protección de derechos para lograr efectivizar los encuentros entre N. y sus padres (fs114, 188, 221 y vta, 237 y ccs) . Sobre este punto también considero oportuno poner de relieve que el decisorio cuestionado guardó silencio sobre la conveniencia de mantener el vínculo entre el niño y sus progenitores en virtud del trascendente vínculo afectivo que los une a pesar de las reiteradas recomendaciones efectuadas respecto desde el comienzo del proceso por parte de los diversos profesionales intervinientes (fs. 60, 79/82, 115, 119/20, 123/6, 181/2, 183/4, 208/10 y ccs), e incluso sostenidas por el Sr. Asesor de Incapaces (fs 188 y ccs.).

Ello evidencia a las claras un grosero error de interpretación que priva al decisorio de fundamento jurídico, convirtiéndolo en la expresión de una decisión arbitraria.

En otras palabras, el quiebre del razonamiento que en mi opinión evidencia la sentencia se sitúa en haber intentado justificar su decisión sobre la base de asumir la deficiente actuación de los órganos encargados de orientar su actividad a la búsqueda de recursos familiares y/o institucionales que las leyes específicas prevén para 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



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

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 déficit 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 sociales 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.

A los efectos de preservar el derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad la Ley de Protección de la Salud Mental (26657) 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 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)

A ello cabe añadir 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).

En esta línea cabe recordar que esa Corte ha sostenido –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 (...);



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

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 suma, considero que mantener los argumentos basales del decisorio, centrados en la consideración sobre la permanencia del niño fuera de su ámbito familiar de origen durante un año y medio (fs 256 vta y 257 vta) – asumiendo de modo expreso que ninguna de estas medidas de contención, apoyo y/o supervisión han sido ejercitadas–, implica, en última instancia, resignar la función jurisdiccional.

IV. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto respecto de los agravios traídos, no resulta posible dejar de advertir la actividad probatoria que con carácter oficioso fuera desplegada por esa Corte, cuyas conclusiones –que se encuentran en pleno trámite de impugnación (en virtud del oficio que fuera remitido a la Sra Procuradora General y recibida en fecha 22 de diciembre de 2014)– resultan contestes en afirmar la incapacidad de la quejosa de asumir responsablemente el rol materno de manera autónoma. En virtud de ello, y teniendo en consideraciones las pautas descriptas, propicio a VE que se haga lugar al recurso y se remita la causa al tribunal interviniente para que, con nueva integración, proceda a resolver, en definitiva, el conflicto aquí ventilado de conformidad con las pautas esgrimidas y el resultado las pruebas producidas en esta instancia extraordinaria.

Tal es mi dictamen

La Plata, 5 de febrero de 2015.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.