



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

115.102 “B. O., S.; O. V.,
M. S.; B. O., S. V. y otros.
art. 10 ley 10.067”

Suprema Corte de Justicia:

La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó la sentencia de grado que resolvió declarar a la menor S. N. B. O. en estado de adoptabilidad (fs. 743/ 756 vta. y 693/700 vta.).

Contra dicho resolutorio se alzan los progenitores a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrantes a fs. 768-781 vta., que a continuación paso a examinar.

II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Alegan los quejosos errónea aplicación de los artículos 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 3,7,8,9,12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4 de la ley 13298; 3, 24 y 27 de la ley 26061.

En particular, sostienen que se ha aplicado erróneamente el principio del superior interés del niño, en cuanto éste determina que debe considerárselo en concreto y de conformidad con la preservación del derecho de la menor a su identidad y a sus vínculos de origen.

Denuncian además errónea aplicación de la figura del abandono, en tanto consideran que el abandono que se les atribuye fue “obligado” al haberse negado la posibilidad de mantener contacto con ella durante todo el proceso, a pesar las constancias obrantes en el expediente de las que surge el constante reclamo para “recuperar” a S., así como la concurrencia a las entrevistas convocadas por el tribunal con miras a la revinculación –destacan, a su vez, el ámbito poco propicio en el que se desarrollaron los encuentros con miras a tal finalidad-. Sobre

este punto, alegan además que la afirmación de la alzada según la cual los aquí recurrentes se han limitado a efectuar reclamos verbales sin acompañamiento de ninguna acción en igual sentido resulta incongruente con las constancias que acreditan que éstos no se han limitado a efectuar reclamos judiciales a fin de revertir la situación, sino que se han sometido a los tratamientos psicológicos, psiquiátricos –en las medidas de las posibilidades que el sistema de salud les permitió- y de cambios de hábitos que les fueran requeridos.

Sobre este punto destacan que tampoco se han considerado los informes psicológico y ambiental obrantes a fs. 680/1 y 501/2 respectivamente. En ese sentido impugnan asimismo las consideraciones efectuadas por el Tribunal en relación con el trámite del juicio de internación, del que surge que se le ordenó tratamiento ambulatorio lo que demuestra, por un lado, la ausencia de “peligrosidad” y por el otro, su plena facultad para desempeñar el rol materno.

Respecto de los cuidados especiales de salud que la niña S. requiere, se agravan por considerar no les han permitido demostrar su capacidad para desempeñar tales cuidados al ser “mantenidos al margen de la enfermedad cuanto de la vida de S”(fs.776). Afirman que con posterioridad al desacierto que dio origen a las presentes actuaciones, no han tenido ninguna oportunidad para demostrar que podían “aprender” a brindarle los cuidados especiales que su hija requiere ni han recibido ningún asesoramiento ni apoyo estatal con miras a alcanzar tal finalidad.

Destacan a su vez que se ha omitido considerar su capacidad para modificar la dinámica familiar, hallándose acreditado que sus hijos concurren periódicamente al colegio, que se encuentran aseados, que han modificado los hábitos de limpieza, que asisten a las reuniones de padres y se ocupan del traslado cotidiano de los niños a la escuela (fs.667/771), entre otras cosas (fs. 778 vta y 779)

Por último cuestionan la valoración efectuada por la alzada respecto de la opinión de la niña S. al considerar que el deseo de S. no podría ser ningún otro, si se tiene bajo consideración que la menor S. ha convivido por cinco



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

años con la familia guardadora sin que se le hubiera permitido el contacto con sus padres ni con sus hermanos.

II. Considero que el remedio debe prosperar.

En efecto, el estado de adoptabilidad de S.B.O. dispuesto por el tribunal de alzada con fundamento en el interés superior de la niña, en el fracaso del proceso de revinculación y en la incapacidad de los padres de brindar los cuidados especiales que S. requiere por su condición de salud -padece de diabetes mellitus insulino dependiente- implica en lo sustancial, en mi opinión, una errónea aplicación de las normas que protegen el derecho de S. a crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen, y a no ser separada de ésta ni de sus hermanos -excepto como medida de último recurso y por el menor tiempo posible- de conformidad con los principios rectores de no discriminación e interés superior del niño (arts. 2 y 3 Convención sobre los Derechos del Niño), como analizaré a continuación.

Ello en tanto de las consideraciones de la sentencia se advierte que la solución adoptada radica, fundamentalmente en la condición de salud de la niña S. (fs 747 y ccs.), lo que resulta insuficiente para justificar sin más el decreto del estado de abandono y la ausencia total de contacto entre la niña y sus padres y hermanos desde noviembre de 2006 (fs.700, 2do.párr. *in fine*), máxime cuando tal solución tiene por finalidad, en palabras de la alzada “la necesidad disminuir los obstáculos que desde el punto de vista práctico suelen presentarse para constituir el nuevo estado filial adoptivo. Ello pues a fin de implementar la guarda con fines de adopción (ley24779) respecto de un niño en situación de adoptabilidad, la comprobación de su estado de abandono y la declaración de tal estado, en su caso, contribuyen a otorgar seguridad sobre la desvinculación de aquel con la familia de origen y la futura inserción en otra, todo lo cual tiene por finalidad atender el interés del niño desamparado...” (fs. 746)

En efecto, ha sostenido la alzada que “si bien la Lic Alí [integrante del Servicio de Salud Mental del Htal. Local Dr. Fleming]dictamina que la Sra. B. no presenta riesgo para sí ni para terceros y que se desempeña

favorablemente en las tareas hogareñas y cuidado de sus hijos, **tal afirmación – por lo genérica- no determina que también esté en condiciones de afrontar eficazmente y a través del tiempo los intensos y específicos cuidados que requiere S.**, a lo que se suma que la apreciación del desempeño de la progenitora esta condicionado a su armonía de orden psiquiátrico vinculada a factores externos/voluntarios tales como la toma regular de medicación y la realización del tratamiento que había abandonado” (fs. 752). Y continúa “por lo demás el informe de la Licenciada Ali (fs. 680/1) no alude a la enfermedad de S. y sus requerimientos de cuidados. Ninguna duda cabe que en **las condiciones del hogar que da cuenta el último informe referenciado [fs. 680/1] (...) resulta potencialmente riesgosa para S. en virtud de su enfermedad incurable**” (fs. 752 vta.). Por tanto, continúan, “vistos los antecedentes antes relatados, **no puede razonablemente garantizarse que de los impugnantes la menor pueda recibir actualmente y hacia el futuro en forma sostenida y adecuada el tratamiento específico necesario para salvaguardar su bienes y en última instancia su vida**” (fs. 752 vta.).

Afirmación que se ve corroborada por la circunstancia especialmente gravitante de haberse procedido al reintegro de las niñas M., S., T. y T. a los recurrentes sobre la base de considerar, de conformidad con los informes ambientales y psicológicos agregados a la causa, que éstos se encontraban en condiciones de reasumir la responsabilidad de la crianza de sus hijos (fs. fs. 503/4, 690 y ccs).

Sobre este punto sostiene que el tribunal que “en cuanto a la patología psiquiátrica de la madre y la actitud del padre que llevaron a poner a la niña en situación de riesgo y al tratamiento psicoterapéutico que ambos requieren, es cierto que de los informes de fs. 455, 458/9, 461, 477/8, 486/8 y 495/8 (fs. 492/4), 497/8 **surge un cambio de actitud de los padres que permitió a fs., 500 acordar el egreso no de Sara sino de sus hermanas, pero también lo es que las necesidades de atención de éstas en función de la enfermedad de S., no eran ni son las mismas.** En este aspecto cabe poner de manifiesto que en el diagnóstico



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

de la situación que posibilitó la externación de las hermanas de S. (fs.488/494) surge que, en relación a ésta, las profesionales intervinientes afirmaron que “debido a la compleja realidad familiar no se ha podido abordar aun la capacitación en la atención de la problemática de la niña (21-8-09)” (fs. 748 vta.) (destacado propio).

En otras palabras, de los considerandos de la sentencia cuanto de las particulares circunstancias fácticas que rodean la causa (fs. 503/4, 690 y ccs.) se desprende que la separación de la niña S. de su familia de origen, así como la ausencia total de comunicación entre éstos desde el año 2006, se funda en la imposibilidad de los padres de brindar los cuidados especiales que la salud de la niña exige.

Sin embargo, en sentido análogo al expresado por la alzada respecto de la insuficiencia, por genérica, de la opinión profesional que señala la idoneidad de estos padres para asumir la responsabilidad parental, considero que, de conformidad con los derechos en juego -cuya máxima eficacia los principios de no discriminación y del interés superior tienden a proteger- y el carácter excepcional de la solución adoptada, resultaba preciso especificar en la sentencia en qué consisten estos cuidados y por qué motivo los recurrentes no se encuentran en condiciones de poder brindárselos. En este sentido, cabe destacar las manifestaciones de los jueces en orden a a que “las condiciones del hogar que da cuenta el último informe referenciado [fs.680/1] (...) resulta potencialmente riesgosa para S. en virtud de su enfermedad incurable” (sic fs. 752 vta.), lo que pone de relieve la ausencia de un grado de certidumbre suficiente respecto de la incapacidad de éstos para llevar adelante los “cuidados especiales” que S. requiere (en idéntico sentido ver fs. 753)

Tal conclusión se contrapone, a mi modo de ver, con las normas convencionales, constitucionales y legales que establecen que la excepcionalidad de la separación del niño de su familia, y la prohibición de que tal situación se funde en razones vinculadas con la satisfacción de sus derechos económicos y sociales (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 especial si se tiene en cuenta que las constancias obrantes en la causa no evidencian que se hayan intentado –ni mucho menos agotado- la adopción de medidas tendientes a asesorar y a apoyar a los recurrentes respecto de la enfermedad de la niña y de sus cuidados (arts. 23, 24, 27 inc. 3 CDN y arts. 7 últ. párr., 14 , 26 y ccs. Ley 26061), vgra. se haya incluido al grupo familiar en programas públicos de asesoramiento y atención adecuados para el tratamiento de la enfermedad de la niña – veáse por ejemplo el Programa de Prevención de Diabates de la Provincia de Buenos Aires (PRODIABA)-.

Sobre este punto la Observación General nro. 9 del Comité de Derechos del Niño, titulada “Los Derecho de los Niños con Discapacidad” recomienda que, sobre la base de considerar que la mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su entorno familiar, resulta necesario que éstos puedan contar con apoyo destinado a brindar educación a los padres y a los niños relativos a las necesidades físicas del niño, apoyo material en forma de prestaciones materiales, deben incluir también diversas formas de cuidados temporales, tales como asistencia en el hogar o servicios de atención diurnas directamente accesibles en la comunidad, etc.” (párr. 41 y ccs.)

En ese sentido ha sostenido recientemente VE que “Las dificultades económicas y de salud no son causa para privar a una madre de la tenencia de su hijo.” (SCBA C91622, sent. del 26-10-2010).

En la misma línea ha afirmado con elocuencia que “...Una vez más la intrínseca injusticia social que emerge de la amenaza de apartamiento de los menores, internación o entrega a familia sustituta. Subleva la conciencia acudir a tal arbitrio cuando otras vías permiten evitar el inmenso perjuicio que inexorablemente sufrirían los niños con el desarraigo... Es una verdad irrefutable que la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. De allí que cuando se constata que es incapaz de actuar



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

el estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo. (...) Es por ello que **la separación de un menor de su familia sólo se justifica cuando se haya constatado el fracaso de las medidas dispuestas por el Tribunal para mantener la unidad familiar**” (SCBA, C86250, sent. del 23-12-2003).

Sobre este punto resulta preciso recordar que las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a principios del año 2010 (A/RES/64/142) destacan entre sus principios generales que “como parte de los esfuerzos para evitar que los niños sean separados de sus padres, los Estados deberían velar por la adopción de medidas apropiadas y respetuosas de las particularidades culturales a fin de (...) atender el cuidado y protección apropiados de los niños vulnerables (...) y que debería ponerse especial empeño en la **lucha contra la discriminación basada en cualquier condición del niño o de los padres, en particular la pobreza, el origen étnico, la discapacidad mental o física...** y todas las demás condiciones y circunstancias que pueden dar lugar a la renuncia a la patria potestad, al abandono y/o a la remoción de su guarda...” (II, A 9 inc. b y 10 y ccs).

A mayor abundamiento, y a fin de corroborar lo hasta aquí expuesto, resulta preciso examinar los demás argumentos esgrimidos por la alzada para así decidir. En tal sentido, el Tribunal ha considerado como factor decisivo para la decisión adoptada el fracaso en el proceso de revinculación, el principio del *satuo quo*, la opinión de S. y el interés superior de S (fs.746 vta. y ccs).

En relación con el argumento vinculado con el fracaso del proceso de revinculación considero que, en lo sustancial, éste se confunde con el argumento relativo a las especiales condiciones de salud de la niña, de modo que resultarían aplicables las consideraciones hasta aquí efectuados. Veamos.

La alzada consideró que los quejoss no han llevado adelante ninguna acción con miras a la revinculación así como que omitieron considerar las razones que llevaron a no incluir a S. en el espacio de

revinculación.(fs. 459). En efecto, en sus informes de fs. 456/7 (presentados al Tribunal el 23 de mayo de 2008) y de fs. 458/9 (de fecha 3 de junio de 2008) la asistente social (Lic. Fernández) sugirió “teniendo en cuenta la delicada enfermedad que padece S. y la opinión de la psicóloga que la trata, no incorporarla en ese espacio [de revinculación] hasta que no se encuentre en condiciones emocionales y de salud para hacerlo” (fs. 753 vta.)

De lo expuesto se sigue, que el fracaso en el proceso de revinculación – que ha consistido en escasos encuentros durante los meses julio-octubre del año 2006 (fs.78, 84, 98 , 104 y 185)- se fundó, asimismo en el informe ambiental que señalaba que de conformidad con su enfermedad y con la opinión de la psicóloga particular, no resultaba conveniente el contacto. Es decir, es la enfermedad de S. la que nuevamente justifica la permanencia de la niña en el ámbito de la familia de tránsito sin contacto con sus progenitores. Asimismo, en otro orden de consideraciones, resulta preciso tener bajo consideración que la opinión de la psicóloga que la atiende, consiste en la opinión de una profesional particular contratada por la familia de tránsito con la que convive la niña S., quienes por lo demás, han manifestado la pretensión de que se les otorgue una guarda con fines adoptivos respecto de la niña S. (fs. 508/9, 597/600).

Sobre este punto es preciso recordar que la vigencia del principio de la inseparabilidad de hermanos (art. 41 incs. c y d ley 26061 y ccs) . En la misma línea las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados (A/RES/64/142) citadas recomiendan que “todas las decisiones relativas al acogimiento alternativo del niño deberían tener plenamente en cuenta la conveniencia, en principio, de mantenerlo lo más cerca posible de su lugar de residencia habitual a **fin de facilitar el contacto con su familia** y la posible reintegración en ella y de minimizar el trastorno ocasionado a su vida educativa, cultural y social. La separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso, y en lo posible, ser temporal y por el menor tiempos posible (...) **Los hermanos que mantienen los vínculos fraternos en principio no debería ser separados para**



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

confiarlos a distintos entornos de acogimiento alternativo, a menos que exista un riesgo evidente de abuso u otra justificación que responda al interés superior del niño. En cualquier caso, habría que hacer todo lo posible para que los hermanos puedan mantener el contacto entre sí, a no ser que ello fuera contrario a sus deseos e intereses” (II B, 11, 14, 17 y ccs.)

En relación con el interés superior de S., la alzada concluye que “es el bienestar de S. el que debe priorizarse frente a la voluntad o el deseo de los padres de sangre, y en el caso la oportunidad que los progenitores reclaman de demostrar que ahora sí están en condiciones de asumir la responsabilidad parental que les cabe respecto de esta niña –cuando todos los antecedentes reunidos durante estos años no pueden avalar la seguridad del cumplimiento adecuado de sus obligaciones-, no puede acogerse por cuanto esta chance implica, en el caso y en el mejor de los sentidos, **experimentar sometiendo a una persona en desarrollo a un riesgo que pone en juego su integridad y su vida” (fs. 753).**

En idéntico sentido afirma que “se advierte en forma evidente y clara que tal solución no es tomada, entonces, en razón de la dispar situación económica de ambas familias, como se afirma en los agravios, sino que responde al interés superior de la menor en el caso dada por la salvaguardia del bien físico de la niña en su particular condición frente a la falta de aptitud – acreditada en el pasado, y la carencia de elementos que permitan asegurar tal aptitud en el presente y hacia el futuro– entre otras circunstancias ya tratadas, de los apelantes de proveer a sus necesidades vitales tales como la atención, seguimiento y control de su enfermedad que, como quedó demostrado, se haya plenamente amparada en el seno de la familia U.” (fs. 756)

Sin embargo, es preciso considerar que este concepto “rector” debe interpretarse –de conformidad con el artículo 3 de la ley 26061 como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. En este sentido, es doctrina de esa Corte que el principio del interés superior del niño entenderse como “el conjunto de bienes necesarios para

el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. 27-IX-2000, “D.J.B.A.”, 159-193; Ac. 78.446, sent. 27-VI-2001, entre otras)”(SCBA,C104730, sent. del 13-7-2011).

En particular, ha afirmado prestigiosa doctrina, “Hoy esta claro que la función judicial no se agota en mencionar el principios [del interés superior del niño] sino en explicitar, detalladamente como ese concepto se aplica al caso, como cada uno de los derechos del niño mencionados en la Convención y en la ley se protegen mejor en el contexto socio-jurídico involucrado. En definitiva, cualquier sentencia que se refiere al interés superior del niño hoy, por mandato legal, debe señalar de modo puntilloso cómo los intereses de los padres y del niño están en contraposición; dicho de otro modo cómo los padres, sustancialmente, en realidad defienden su propio interés desatendiéndose del mejor interés del hijo” (Kemelmajer de Carlucci Aída y Herrera Marisa, “Familia de origen vs. Familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, La ley 2011-F-225).

Es decir, debe precisarse por qué la pretensión de los padres no resulta adecuada al mejor interés de S., entendida como la máxima satisfacción de derechos y garantías fundamentales de la niña, los que deben aplicarse en la dimensión del “peso” -por contraposición a la dimensión del “todo o nada”-(Clérico Laura, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, p.27).

En consecuencia, estimo que la solución adoptada, si bien invoca el principio del interés superior del niño como fundamento de su decisorio, omite considerar de qué manera la solución adoptada implica la prevalencia de la “máxima” y “simultánea” satisfacción de los derechos fundamentales de S., como son el derecho a la salud de S. en consonancia con su derechos a preservar sus



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

vínculos con su familia de origen que involucra, de conformidad con la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los derechos los fundamentales a la protección familiar, a la integridad personal y la identidad (conf. CIDH, Medidas Provisionales respecto de Paraguay, asunto L.M., Res. De 1-julio-2011; apartado 14-5 de la Resolución).

Sobre este punto es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido recientemente que “en vista de la importancia de los intereses en cuestión como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia sobre el fondo y asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte” (CIDH, resolución sobre Medidas Provisionales respecto de Paraguay, asunto LM, 1-7-2011; apartado 16 .)

Con tal propósito y sobre la base de considerar, como lo hace la alzada, que no es posible desconocer el factor vinculado con el transcurso del tiempo (aproximadamente 6 años) -con sus irremediables consecuencias en orden a la consolidación de los vínculos- a la hora de valorar la solución que mejor se adecua con el principio rector del superior interés de la niña (SCBA, C104730, sent. del 13-7-2011) considero plausible propiciar a VE que, sin perjuicio de mantener a la niña bajo la guarda y el cuidado afectuoso y generoso de la familia guardadora del Hogar Esperanza (CSJN, sent. del 13-3-2007; Suprema Corte de Santa Fe, sent. del 30-11-2004, Sup.Trib. Chubut, sent. del 14-9-2005, SCBA; C91622, sent. del 26 de octubre de 2010,y ccs.), se determine un plazo dentro del cuál arbitren los medios

convenientes para establecer, de forma paulatina y progresiva, un régimen de comunicación entre la niña S. y sus padres y hermanos -ello adecuado al estado psico-emocional de S.- con el apoyo del equipo técnico encargado del monitoreo de las circunstancias, vencido el cual se procedan a adoptar las medidas definitivas respecto de S.

Por todo lo expuesto propicio a VE hacer lugar al recurso intentado y remitir la causa a la instancia de origen a los fines precedentemente mencionados.

Tal es mi dictamen

La Plata, 6 de marzo de 2012.

Fdo. Carlos Arturo Altuve. Fiscal del Tribunal de Casación Penal Pcia. de Bs As.



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