



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

C118.234 “ O. L.M.
s/ medidas preliminares ”

Suprema Corte:

La Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata confirmó la sentencia de grado que resolvió declarar a la menor M.O.L. en estado de abandono y situación de adoptabilidad (fs.392/410 y vta.)

Contra dicho resolutorio se alzan la progenitora y la abuela de la niña a través de sendos Recursos Extraordinarios de Inaplicabilidad de Ley obrantes a fs. 432/442 y vta. y 418/29 y vta. respectivamente, que a continuación paso a examinar.

II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 418/29.

Denuncia la quejosa errónea aplicación de los artículos 3.1, 8.1 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 317 inc. d del Código Civil, y violación de los artículos 162 inc.6, 164, 166, 36 inc 3 y 384 CPCC, 18 de la Constitución Nacional; 11 y 15 de la Constitución Provincial, 8 inc. a, 17,19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts.1, 2, 3 y 4 ley 13298, arts. 1, 2, 3, 11, 29, 35 y 37 de la ley 2606. Asimismo alega violación de la autoridad de cosa juzgada, del debido proceso y del derecho de defensa en juicio y del derecho de la niña a vivir y desarrollarse en su “ámbito familiar” en virtud de haberse realizado una absurda valoración de las circunstancias de la causa, deviniendo en consecuencia la sentencia arbitraria y contraria a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Provincial –arts. 11 y 15 – como así también el art. 18 de la Constitución Nacional, no resultando en consecuencia un acto judicial válido (fs. 418 y vta.)

En particular alega violación de la autoridad de cosa juzgada, del derecho constitucional de defensa en juicio, del derecho de la niña M. a crecer y desarrollarse primordialmente en el seno de su familia de origen y denuncia absurda valoración de la prueba rendida en autos.

Puntualmente señala que el fallo contradice el principio de autoridad de cosa juzgada al soslayar la propia sentencia de la alzada firme y consentida del 9 de abril de 2013 y confirmar la sentencia apelada de fs. 262/9 y vta. que declara a M. jurídicamente en estado de adoptabilidad. En efecto sostiene que “Sentado ello, asoman flagrantes los vicios que denuncia el epígrafe, la violación de los artículos 163 inc.6, 164, 166, 36 inc.3 del CPCC. A no dudarlo, lo decidido ha violado la autoridad de cosa juzgada, en tanto la alzada, excediendo el marco de su anterior sentencia, e incurriendo en absurdo, resuelve el caso dándole la espalda las cuestiones que quedaron firmes, precisamente por la decisión previa dictada por la misma (...) Dicho de otro modo más abarcador aún, según el pronunciamiento firme del día 9 de abril de 2013, ésta parte debería proseguir con la pretensión de guarda de mi nieta –trunca al actual– a los fines de lograr demostrar que efectivamente puedo cuidar de M., darle todo mi amor de abuela, mantenerla junto a su hermana M. -quien se encuentra bajo mi cuidado desde hace años-y brindarle el entorno familiar que necesita. Empero la Cámara, al momento actual, volviendo sobre sus propias decisiones firmes y abismándose en el absurdo – previo desestimar los agravios examinados- dispone confirmar la sentencia de grado de fs. 262/9, que declara a M. en estado de abandono y consecuente estado de adoptabilidad. (...) A no dudarlo entonces, de adquirir firmeza el abandono y consecuente estado de adoptabilidad de mi nieta M. que hoy cuestiono con énfasis se me estaría VEDADO NUEVAMENTE la posibilidad de hacerme cargo de la niña por segunda vez se me restringiría mi real derecho de solicitar y tramitar su guarda, incurriéndose en absurdo”(fs. 424 vta y 425).

En esta misma línea sostiene que al encontrarse vedada de tramitar la mentada solicitud de guarda de M., se ha violado su derecho de



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

defensa en juicio al impedirse la necesaria y razonable intervención en el proceso (fs. 425 y vta.)

Alega además violación del principio convencional, constitucional y legal que establece que debe priorizarse el desarrollo y crecimiento de los niños en el ámbito de su familias de origen, debiendo implementarse medidas para fortalecer y preservar estos vínculos. En efecto, sostiene que al decretarse el estado de abandono "...se ha convalidado la actuación administrativa y judicial respecto de la niña que no ha implementado en su totalidad, los principios tantas veces enunciados por el nuevo sistema de promoción y protección integral de la niñez, en efecto no se han removido los obstáculos necesarios en pos de garantizar a M. alcanzar su interés superior en el seno de su ámbito familiar, desechando a los progenitores y a otros parientes, no se atendió formal solicitud de guarda efectuada por ésta abuela...que en caso de prosperar preservaría las relaciones familiares de la pequeña. No ha tenido suficientemente en cuenta la Alzada que me encuentro viviendo junto a M. -hermana de M.- toda vez que ejerzo su guarda durante años, por lo que, de confirmarse el decreto de estado de adoptabilidad de M.no sólo ello afecta a esta abuela, sino también a M.y su hermana M., privándosela de la posibilidad de vincularse por ser hermanas de sangre conforme directrices de la Convención sobre los Derechos del Niño receptada por las leyes 13298, 13634 y decreto reglamentario" (fs. 427).

Por último denuncia absurda valoración de la prueba. Sobre este punto insiste, en primer lugar, en considerar que el abandono implicó un apartamiento de las constancias objetivas de la causa, en particular de la propia sentencia firme de la alzada de fecha 9 de abril de 2013 que revocó el rechazo *in limine* de la guarda interpuesta por esta parte y desechó, en consecuencia, a la abuela como opción viable sin haber podido evaluar previamente tal viabilidad y conveniencia en el marco de la formal solicitud de guarda (fs. 426 vta. y 427), omitiendo considerar a las claras el principio que determina el carácter excepcional de la separación de los niños de su familia de origen reconocido en todos los

instrumentos de derechos humanos de la niñez, y resultando unánimamente aceptado en doctrina y jurisprudencia. En otras palabras sostiene que “...es evidente que la alzada no ha logrado corroborar el abandono de la pequeña toda vez que al impedírseme por segunda vez en el tiempo –la primera vez lo hizo el juez de grado– el tramitar la guarda de la misma, no se ha comprobado que esta abuela fuera inhábil para ocuparse de M...” (fs. 427 vta.)

Por otra parte sostiene que “..se ha arribado a la conclusión que presento un débil entramado subjetivo para presentarme como sostén de mi hija...pero nada se dice respecto de mi nieta causante de autos...lo cierto es que se me endilga el no haber podido diagramar un vínculo sólido de la hija con su madre...se olvida aquí que ninguna de las instituciones intervinientes en autos lo ha podido lograr enteramente, mal puede endilgárseme tal acontecer en desmedro de mi pretensión de guarda de la niña” (fs. 428).

Asimismo crítica el argumento utilizado por la alzada según el cual el interés manifestado por la abuela en hacerse cargo de la niña no se ve reflejado en el interés en visitarla aun cuando cuenta con la posibilidad de utilizar pasajes oficiales para viajar, toda vez que, por un lado, alega no haber contado jamás con pasajes oficiales para viajar y, por el otro, destaca que se ha omitido considerar la dificultad que implica en sus responsabilidades laborales cuanto familiares –en particular en virtud de encontrarse a cargo del cuidado de su nieta M.– la circunstancia de verse obligada a destinar de dos días para venir a La Plata a visitar M., ello sin perjuicio de dejar a salvo su deseo e intención de poder hacerlo. En otras palabras, sostiene que si bien no ha podido visitarla con la frecuencia que hubiera querido, lo hizo todas las veces que pudo organizarse y entiende que la alzada omitió considerar las circunstancias familiares, laborales, económicas y de distancia que condicionaron las posibilidades reales de la Sra. B. para visitar a su nieta, además de sostener que yerra la Cámara al expresar que contaba con pasajes oficiales (fs. 428)

Sostiene asimismo que incurre en absurdo la



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

Cámara al sostener que ni los padres, ni la abuela ni los tíos han procurado una solución definitiva para externarla. Alega que, en realidad, la Sra. B. ha procurado una solución y nadie la ha escuchado (fs. 428 vta).

III. Del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 432/442 y vta.

Denuncia la recurrente que la sentencia impugnada ha aplicado erróneamente los artículos 3, 5, 7, 9, 18, 20 y ccs. de la CIDN, los postulados de las leyes 26061, 13298 y 13634; ha inaplicado a las claras disposiciones de la Constitución Nacional, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26678) y de la Ley Nacional de Salud Mental, 26657, así también se ha apartado de los postulados de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad a las que adhirió la CSJN a través del Ac. CSJ 5/09 (fs. 432 y 435). Denuncia asimismo absurda valoración de la prueba.

En primer lugar sostiene que la sentencia parece haber omitido considerar la discapacidad que padece la quejosa en virtud de la cual ha sido judicialmente inhabilitada (fs. 432 y vta.).

Asimismo agravia a la quejosa la conclusión a la que arriba la alzada según la cual ha quedado demostrado que en la instancia de grado se ha intentado coordinar la intervención de los organismos para ayudar a los progenitores en la crianza de la niña y que sin perjuicio de ello no se evidenció compromiso de esa parte, cuando por el contrario sostiene no ha existido un trabajo coordinado entre los diversos organismos sino un despliegue de éstos informando *a quo* sobre mi situación, “...una suerte de monitoreo permanente donde surgía patente la ausencia de coordinación entre ellos, la ausencia de propuestas concretas de las que esta parte pudiera participar. Donde pareciera no advertirse mi especial condición, que requería de un plus de auxilio estatal” (fs 435 vta).

Agrega que el decisorio evidencia un claro

apartamiento de los dispositivos internacionales de protección -en particular el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, al admitir que las autoridades estatales omitan adoptar acciones positivas para fortalecer el vínculo con su madre. En efecto, señala que “las acciones positivas adoptadas por los organismos de protección fueron alejar a M. de su madre, internándola a cientos de kilómetros de distancia para luego proveerle de pasajes oficiales para poder visitarla, ello por iniciativa de la Sra. Jueza de Primera Instancia. Luego vendrán los informes de regularidad de las mismas (..), los informes ambientales (...) -v.fs.168/171- y los informes del Hospital de Pergamino dando cuenta de mi concurrencia – v. fs. 175-. las circunstancias descritas en los informes socioambientales y médicos ameritaban la inaplazable adopción por parte de los organismos de aplicación, de una concreta medida que evitara que transcurriera el tiempo en desmedro de la conexión madre -hija y culminara en la configuración del estado de abandono de la niña a raíz de la especial capacidad de su progenitora y del entorno familiar de la misma” (fs. 437). Sobre este punto se pregunta cuáles han sido los apoyos institucionales diseñados y propuestos a esta parte desde que ya al inicio se advertía la necesidad de contar con el apoyo de terceros para ejercer la crianza de mi niña – v. fs. 71/2-” (fs 437).

Aduna lo expuesto que las obligaciones del Estado en beneficio de quienes padecen una discapacidad no se reducen a obligaciones de tolerancia sino que exigen medidas positivas de conformidad con el principio de igualdad.

Asimismo señala que no se han respetado las Reglas de Brasilia de aplicación obligatoria para lo operadores del sistema judicial en virtud de la manda del Máximo Tribunal Nacional. En particular señala que no se ha respetado la regla relativa a la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad (fs.437 y vta.).

En sustento del agravio que plantea cita la sentencia de esa Corte de fecha 30 de mayo del año 2000, identificada bajo el



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

nro.76548.

Por otra parte señala que se ha violado el derecho de M. a crecer con su madre y su entorno familiar, sus abuelos y hermanos y consecuentemente su “superior interés” entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral de un menor dado de conformidad con una circunstancia histórica determinada (SCBA, Ac.66519, sent. del 26-10-1999) (fs.438 y vta.).

En definitiva se agravia por considerar que no se han agotado las instancias administrativas intentando fortalecer el binomio madre -hija (fs. 439).

El paradigma del sistema de promoción y protección es el fortalecimiento familiar como grupo de contención natural. Al respecto el artículo 19 inc c) de la ley 13298 establece en cabeza de los órganos administrativos el deber de propiciar y ejecutar alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a cargo su cuidado o contención. Asimismo destaca las pautas de la Convención que reproduce el sistema normativo e institucional vigente además de priorizar el núcleo familiar de origen, lo hace desde un punto de vista de su aptitud personal no económica ni cultural (fs. 439 vta y 440).

En otras palabras alega que “ ..es por ello que el pedido de abandono formulado por la Sra. representante promiscua de los niños, en un contexto que denota absoluta ausencia de la actividad que el presente caso demandaba por parte de los Servicios Locales y Zonal de Promoción y Protección de derechos resulta a todas luces **prematureo** y por ello requiero de ese Superior Tribunal reconsidere lo resuelto, devolviendo los actuados a la instancia de origen para que se agoten los recursos que el caso demanda y se propongan concretos programas y servicios a disposición de la niña y su grupo familiar. Insisto SS en que no se han trazado estrategias concretas previas a la desvinculación de mi hija por parte de los órganos competentes” (fs.340 y vta.).

En virtud de ello concluye que “ en este escenario normativo, no cabe duda que la sentencia recurrida ha incurrido en absurda valoración del plexo probatorio pues como dije los informes sólo se han limitado a informar y actualizar mis circunstancias de vida, más ningún programa o medida han sido puestas a disposición de esta parte para sortear las dificultades de índole social, económicas y especialmente de salud que me aquejaban” (fs 341).

Por último la quejosa solicita a VE que en virtud de haberse ordenado el cumplimiento inmediato de la sentencia en crisis se autorice el mantenimiento del contacto de la progenitora con su hija en virtud de la existencia de un fluído y estrecho vínculo durante el transcurso de este proceso (fs. 341 y vta.).

IV. Opino que ambos recursos deben 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 particular, considero que la impugnación planteada por ambas recurrentes respecto de la conclusión según la cual se encuentra acreditado en autos que se agotaron las instancias tendientes a lograr que M. pueda crecer y desarrollarse en el ámbito de su familia de origen merece ser acogida. Veamos.

Resulta innegable el dato -dramático por cierto- de que la niña M. ha permanecido desde sus primeros meses de vida y durante dos años institucionalizada en el Hospital Noel Sbarra de nuestra Ciudad (fs. 54/5, 61/2, 450 y ccs). Más aun si se considera el oficio del Hospital informando que la niña se encontraba en condiciones del egreso hospitalario a tan solo un mes de su ingreso a



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

la institución (fs. Fax del 8 de junio de 2011 agregado entre fs. 53 y 55. Ver también fs.125, 138, 173 y 307).

Sin embargo tal irrefutable circunstancia no supone admitir sin más que han fracasado las estrategias con el objeto de fortalecer a la familia de M. sino que tal extremo debe ser probado. Es en este punto que me permito discrepar con el minucioso análisis desarrollado por la alzada.

En efecto, luego de un completo desarrollo de los antecedentes de la causa, la alzada concluye que no se encuentran dadas las condiciones para que M. regrese con su familia de origen. Para así decidir puntualiza las razones por las que concluye que ni la Sra. L., ni el Sr. O. ni la Sra B.se encuentran en condiciones de responsabilizarse de M., remitiéndose para ello esencialmente a los dichos de la Lic B. y la Dra. L. – integrante del cuerpo técnico del Juzgado y del servicio de protección de Monte respectivamente – en el marco de la audiencia convocada por la propia alzada y celebrada en fecha 12 de marzo de 2013 (fs. 335/38 y fs. 403/406).

En definitiva, la Cámara sostiene que de las actuaciones producidas y de las pruebas colectadas se advierte que cada uno de los organismos ha procurado actuar con la mayor de las responsabilidades intentando ayudar a E. y a su hija a mantener una vida juntas (fs. 406 vta).

Sin embargo, en mi opinión y como adelanté, la intensa actividad desplegada por la Sra. magistrada de grado y por la Sra. representante del Ministerio Pupilar, cuanto los cuantiosos informes elaborados por los integrantes del equipo técnico, del servicio local y del Hospital Sbarra no permiten concluir con la suficiencia exigida por los estándares de excepcionalidad aplicables a la materia la necesidad de separar a M. definitivamente de su familia de origen. Sobre este punto radica, en mi modesta opinión, el quiebre del razonamiento impugnado.

En efecto, del análisis de las constancias

agregadas – y señaladas por la alzada en la sentencia cuestionada- no se advierte la existencia de estrategias desarrolladas en el ámbito administrativo con la Sra. L. a partir de la adopción de la medida de protección excepcional de M.. Más concretamente, el trabajo que fuera informado por el servicio administrativo de protección de Monte –y que fuera destacado por la alzada a fs.393/397 y ccs- se remite a circunstancias anteriores a la decisión de separar a M. de su madre como medida de protección, o sea, orientadas a facilitar las condiciones para el trabajo con la familia de origen más no destinadas al trabajo concreto con ésta en pos del fortalecimiento de los roles parentales y de cuidado (fs. 393/5 que remiten a fs. 1/4, 28/29, 37/42).

A partir de la judicialización de este conflicto – a través de la guarda institucional de M. (fs. 75/6)- la totalidad de los informes remitidos por parte de los servicios administrativos se refieren a estrategias implementadas en relación con el Sr. O. (fs. 105/6, 115/20 y ss.). En efecto, respecto de la Sra. L. únicamente obra un informe que contiene una evaluación psiquiátrica del Hospital de Monte (fs.53) y luego constancias que solo dan cuenta de la dificultad del servicio local para establecer contacto con la Sra L. (fs 37/42, 105/6, 119/20). La única medida adoptada por el servicio de Monte respecto de la Sra. L. que surge de los elementos de juicio agregados –además de los llamados telefónicos que surgen de las constancias obrantes a fs 105/6 y 119/20– fue la separación de M. de su madre a través de la utilización de la fuerza pública desvirtuando, además, las condiciones necesarias para llevar adelante una estrategia de fortalecimiento del grupo familiar. Puntualmente el acta obrante a fs. 61 y vta. da cuenta de que “...utilizando la fuerza mínima e indispensable se procede a quitar la criatura a su madre, quien opone gran resistencia a ello, arrojando golpe de puño y mordidas hacia el personal policial, por lo que a los fines de resguardar su integridad física y la del personal interviniente es que se procede a reducirla y esposarla como así también, ante el estado nervioso en que se encontraba, requerir la presencia de ambulancia y médico del hospital local y trasladarla al nosocomio local...”.



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

Pues sin perjuicio de advertir la adopción de medidas por parte del órgano judicial tendientes a encaminar la actividad del órgano administrativo destinada a alcanzar la finalidad que la ley persigue a través de la adopción de medidas excepcionales de protección (arts.40, 41 y ccs. ley26061, y 19,34,35 y ccs. ley 13298) -como la determinación de un plazo para la guarda institucional de tres meses con el objeto de que se adopten estrategias superadoras de las imposibilidades actuales (fs.75/6), el requerimiento a los servicios respecto del avance en las estrategias desplegadas (fs. 82, 90, 111, 122, 188 y ccs.), la provisión de pasajes oficiales para que la Sra. L. pueda viajar desde Pergamino a visitar su hija a esta Ciudad (fs.77)-, no surge acreditado en autos el cumplimiento de éstas por parte de los servicios administrativos de protección respecto de la progenitora de la niña.

Esta circunstancia ha sido puesta de relieve por la Sra. Asesora al señalar que “...se celebró una audiencia con la progenitora, personal del servicio local de San Miguel del Monte y un representante de este Ministerio: después de la cual *VS resuelve tomar distintas medidas que conlleven a dilucidar si M. puede volver a estar con su grupo familiar, las cuales no fueron cumplidas, ni instrumentadas*” (fs. 121. destacado propio)

En razón de lo hasta aquí expuesto entiendo que la actividad desplegada en autos no alcanza a evidenciar la efectiva adopción de medida de fortalecimiento alguna destinada al grupo familiar integrado por la madre y abuela de la niña por parte del servicio administrativo de protección a pesar de que su realización resultaba ineludible.

Con posterioridad a ello cabe también destacar que el propio órgano jurisdiccional asumió la tarea de agotar las instancias para que M. pueda egresar con su familia de origen. Sin embargo tal actividad se ciñó a trabajar la posibilidad de egreso con el Sr O., omitiendo efectuar un abordaje similar con la Sra. L. (fs. 124, 132/3, 137, 163 y vta., 182/4, 206 y 227).

Es decir, la actividad desplegada por el órgano

jurisdiccional en pos del egreso de M. bajo el cuidado de su padre - acompañado por sus tíos- no fue orientada respecto de la progenitora -quien a su vez se encontraba acompañada por su madre, la Sra B.- sin que surjan los motivos de tal omisión.

Pues adviértase incluso que tal actividad alcanzó a contar con un dictamen de la Sra. Asesora favorable al egreso de M. con su padre, apoyado por sus tíos y *estableciéndose un régimen de contacto con la Sra L.* (fs. 245.destacado propio). Sin embargo la falta de acreditación del vínculo de los tíos con el Sr O.r en la forma y plazos establecidos impidió la efectivización de tal medida. (fs 236 y ccs.) .

Sobre ese punto estimo preciso advertir que se ha declarado a M. en estado de adoptabilidad (fs. 262/9 y vta.) sobre la base de los mismos elementos de juicio que –con excepción del informe psicológico que luce agregado a fs. 253– sirvieron de apoyo para considerar el egreso de la niña M. junto a su progenitor acompañado por sus tíos *con régimen de comunicación con la Sra. L.* (fs. 227, 236, 245 y ccs.). Dicho de otro modo, y en lo que a los remedios aquí planteados concierne, ha quedado vedado el razonamiento llevado adelante por la Sra. magistrada para descartar implícitamente la conveniencia de favorecer un régimen de comunicación entre M. y su madre al resolver el estado de abandono que fuera posteriormente confirmado por el decisorio que aquí se impugna.

Al respecto, de un sucinto repaso de la prueba acreditada en el expediente, cabe señalar que ésta se refiere esencialmente a las evaluaciones psicológicas/psiquiátricas realizadas por el cuerpo técnico que aconsejan el ejercicio del rol materno con acompañamiento (fs. 71/2) y otras que desaconsejan tal posibilidad (fs. 204, 212/213, 253), además de un informe psiquiátrico con conclusiones positivas respecto del estado de la sra. L. elaborado por el Hospital de Monte (fs.53), y un informe respecto de ambos progenitores elaborada por profesionales del Hospital Sbarra con resultados que desalientan la posibilidad de ambos progenitores de ejercer sus roles parentales (fs 207). Desde el punto de vista de sus condiciones ambientales, el único informe agregado a la causa



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

da cuenta de las buenas condiciones en las que se encuentra la Sra L. para recibir a su niña M. al hogar (fs.188/93).

Esta circunstancia, se agrava según mi entender, si se considera además que la Sra. L. y su madre, la Sra B.–ambas recurrentes ante esta instancia—, se han presentado formalmente en el expediente con debido asesoramiento letrado a partir de fs. 144/7 y 8/14 del expediente acumulado “B. c/L. s/ guarda de persona” respectivamente, sin haber logrado alcanzar una respuesta sustantiva a sus planteos de fondo mayormente en virtud del rechazo de las medidas de prueba requeridas por la Sra L.(fs. 246 y vta) y del rechazo de la legitimación de la Sra B., conforme lo detallaré a continuación.

Pues adviértase que en el caso de la Sra L. se han acompañado pruebas que acreditan la concurrencia a la terapia (fs.175, 334 y ccs.), el vínculo con su familia y sus otros dos hijos, la percepción de una pensión de ANSES (282) y se han requerido medidas de prueba conducentes a demostrar el sustento de su pretensión, las que han sido en su totalidad rechazadas por razones formales (fs.237, 246, 252 y ccs.).

Aún más la Sra. L. ha formulado propuestas de egresar a M. conjuntamente con su madre, Sra B., regresar a Pergamino –su ciudad natal, donde habitan actualmente sus otros dos hijos, M. con la Sra B. y A., con su padre, Señor M. B. – con el compromiso de acreditar periódicamente en el expediente la concurrencia a terapia por parte de la Sra. E. L. (fs.252), sin haber recibido respuesta alguna por parte del órgano jurisdiccional (fs. 252, 257, 258 y259, 262/9 y vta., y ccs.).

Asimismo, en relación con la Sra B., considero preciso añadir a la situación señalada la circunstancia de haberse rechazado en la instancia de grado su legitimación para presentarse en el expediente. Pues, si bien tal medida fue posteriormente revocada por la alzada, debe considerarse que el remedio interpuesto a tal efecto fue concedido con efecto devolutivo, quedando en consecuencia la Sra B. sin posibilidad de ejercer sus derechos en el proceso sino

hasta hasta la oportunidad en que la Cámara revocó la decisión, ordenó la acumulación de los procesos y procedió a ordenar la notificación de la sentencia de grado que decretó en estado de abandono y adoptabilidad de M. (fs.262/9).

A las circunstancias fácticas señaladas considero preciso adunar el hecho relativo al mantenimiento del contacto *ininterrumpido* entre la madre y la niña durante todo el tiempo de la internación de M. y que la pequeña M. cuenta con dos hermanos, M. y A., que permanecen junto a su familia de origen en esa ciudad.

En definitiva considero que la prueba incompleta o insuficiente respecto de las estrategias desplegadas con miras a fortalecer a la familia de origen conformada por ambas recurrentes ante esta instancia para que pueda asumir la función de crianza y cuidado de su hija evidencian el vicio alegado y socavan, en mi opinión, la legitimidad de la medida adoptada, toda vez que la separación definitiva del niño de su familia es una medida excepcional que requiere para su legitimación la prueba del fracaso de las instancias de trabajo con la familia de origen.

En este sentido ha dicho la CIDH que “...en particular relación con el derecho a la protección de la familia y de la niñez, destaca la necesidad de que se respeten los mandatos de *legalidad* y *excepcionalidad* de la medida de separación del niño de su familia, por resultar ésta una una de las interferencias estatales más graves que el estado puede causar (...) y que no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”(CIDH, “Fornerón”, sentencia del 27 de abril de 2012)

En suma, en virtud de las circunstancias fácticas señaladas es que discrepo con la conclusión sostenida por la alzada en oportunidad de confirmar el fallo en virtud de considerar acreditado en estos autos la efectiva labor orientada a agotar medidas y estrategias con la familia de origen, en particular respecto de las quejas –la Sra L. y su madre– a fin de dar cumplimiento



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

con el derecho de la niña M. a crecer y desarrollarse – primordialmente– junto a su familia de origen.

Por lo hasta aquí expuesto considero innecesario expedirme sobre el resto de los agravios planteados y proponer a VE que se haga lugar a los recursos traídos.

Sin perjuicio de ello, considero preciso proponer a VE que se mantenga la guarda de la niña M. con la familia con la que se encuentra con carácter cautelar (fs. 450) hasta tanto se resuelva en definitiva la cuestión, debiendo garantizarse durante ese tiempo el contacto de la niña con su progenitora, abuela y hermanos (CIDH, “L.M. vs Paraguay. Medidas Provisionales”, Resolución del 1 de julio de 2011 y artículo 232 CPCC).

Tal es mi dictamen

La Plata, 12 febrero de 2014.

Fdo. Carlos Arturo Altuve. Fiscal del Tribunal de Casación Penal Pcia. de Bs As.
Resol 5/14.