



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"Ac. 93.405"

Suprema Corte de Justicia:

I.-La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Necochea, confirmó el pronunciamiento del Tribunal de Menores n° 1 departamental que declaró la exposición a situaciones de riesgo físico y psíquico y el estado de abandono de los menores...

... y ordenó se extraiga del Registro de Aspirantes a guarda personas que reúnan las condiciones a tal fin, manteniendo el alojamiento de aquéllos en el Hogar de Tránsito (ver fs. 197/ 203 vta.).

II.-Contra tal forma de decidir la progenitora de los causantes, Sra. ..., con el patrocinio letrado de la Defensa Oficial, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que afirma la absurda apreciación del material probatorio y violación al art. 384 del Código de Rito (ver fs. 205/210 vta.)

Sostiene que para arribar a la decisión que impugna, la Alzada no tuvo en cuenta al momento de sentenciar probanzas existentes en el expediente tales como: el informe de fs. 19 vta. de la perito Buselli; las declaraciones de sus hijos, los

USO OFICIAL - MINISTERIO PUBLICO

informes médicos y lo comunicado por la Dra. Isabel López, obrantes a fs. 36 y ss, 38/41 y 79, respectivamente, de causa 3126; el testimonio de la Sra. Acien de fs. 122 y lo expuesto por los menores a fs. 193/196 en oportunidad de la audiencia del art. 50 de la Ley 10.067.

Con cita de la primera parte del art. 9.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño aduce que el decisorio atacado confronta con lo allí prescripto.

Y, por último, sostiene que la situación de abandono que surge del art. 307 inc. 3 del CC., que sanciona con la pérdida de la patria potestad, se encuentra lejos de las circunstancias fácticas que originaron el proceso.

III.-Adelanto, que en mi opinión, la sentencia en crisis debe ser revocada.

En efecto. El interés superior del niño (arts. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, 11 de la provincial, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) debe ser apreciado en todos los tramos del proceso, aún en la instancia extraordinaria; razones de celeridad procesal y a fin de evitar todo perjuicio a los menores causantes por el transcurso del tiempo, aconsejan, además, la adopción de tal temperamento (SCBA, Ac. 85.858 del 12-II-03).

Asimismo, es principio inveterado en la jurisprudencia de nuestro superior



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Tribunal Nacional, que las sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dicten, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (conf. Fallos SCJN, 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; A 418.XLI; REX; 13-3-2007).

Y, recientemente se desprende de sentencia dictada por esa Suprema Corte Provincial, que el Magistrado debe analizar, -en el caso concreto el impedimento-, "...a la luz de las circunstancias sobrevinientes..." que "...no puede desconocer al emitir su pronunciamiento...". Ello con sustento en el art. 163 inc. 6 "in fine" del CPCC. (SCBA. Ac. 93.525, sent. del 4/7/2007, del voto del Dr. Hitters).

"Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" ("Los Dchos. del Niño en la Flia", Cecilia Grosman, pag.75).

En tal marco, centrado en el interés jurídico que se debe proteger, cual es el de los menores causantes, y en el entendimiento que resulta indispensable la mira desde las circunstancias existenciales del caso, tratando, en lo posible, de aclararlas e impidiendo de ese modo una declamación de derechos en abstracto, pongo en conocimiento de VV.EE. lo que surge de las constancias a las que ha accedido este Ministerio Público a través de la remisión

efectuado por el Sr. Asesor de Incapaces del Departamento Judicial Necochea.

Comienzo por señalar que la incorporación de los hechos novedosos marca -a mi ver- el plafón de la solución a adoptar, poniendo de resalto que en base a lo que se desprende de ellos es mi convicción que el pronunciamiento del "ad quem" debe ser modificado, pues no puedo soslayar la situación que surge de los mismos, en tanto lo expuesto por el Representante del Ministerio Pupilar es bastante elocuente para sustentar mi parecer.

Ello así, se patentiza en las constancias arrojadas por las actuales circunstancias personales y familiares de todos los involucrados, con especial referencia a los menores, las características que rodean la vinculación de los causantes con su progenitora, el interés de aquellos por estar con ésta y de la madre por recuperarlos y, del natural y atendible deseo de mantener los vínculos maternos y fraternales intactos.

En estas condiciones, surge en particular de la documental que aduno que los menores -alojados en el hogar "Mi Hogar" departamental- mantuvieron contacto con su progenitora a través de sus visitas y desde el 23/4/07 son ellos mismos los que voluntariamente y trasladándose por sus propios medios concurren a visitarla en su domicilio los fines de semana y los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

días lunes y miércoles, encontrándose "...conformes con este régimen de visitas..." .

En cuanto al otro menor, , se encuentra viviendo en el hogar "Las Ardillitas" de Necochea y según refiere la encargada del lugar fue visitado por su madre. No se le permitió concurrir con sus hermanos dada la modalidad implementada y la corta edad de éste, pero "...está muy triste por no tener contacto con su mamá..." a lo que agrega que "...se lo ve muy triste... y con ganas de estar con su madre..."

Asimismo la progenitora en sede de la Asesoría de Incapaces se manifestó en igual sentido en relación a la modalidad y continuidad de las visitas y respecto de refirió que "...cuando cobra el plan trabajar lo ve en el Hogar..." y dijo ser su intención "...tener a sus tres hijos con ella..." que "...donde vive actualmente tiene comodidades, que con la ayuda de una beca podría ampliar la casa y vivir junto a los tres hijos. Que siempre ha peleado por sus hijos para que esten con ella..." .

No puedo pasar por alto un dato relevante que se desprende de las constancias de autos, cual es la actitud adoptada por la progenitora desde un principio de no cortar la comunicación ni los vínculos afectivos con los niños, reflejado en los hechos y traducido en un reclamo constante; postura que no puede aconsejar separar a éstos de su progenitora

modificando su actual situación fáctica, pues, lo contrario importaría la pérdida de su propia historia y de su identidad personal(art. 8 de la CIDN).

Entiendo, que tampoco debe descalificarse a esta particular madre por lo sucedido, que determinó la intervención judicial, ni por su actual situación, sino de lo que se trata es de privilegiar desde la óptica de los niños el mantenimiento de situaciones de equilibrio que no emergen como dañosas, que se han ido dando naturalmente, que surgen como ciertas al ser constatadas por su propio representante promiscuo, protegiendo su interés actual y evitando desencadenar situaciones o consecuencias que resultan inciertas.

Es que frente a los obstáculos de un medio con dificultades económicas y culturales evidentes, los menores mantuvieron un satisfactorio vínculo con su madre y por ello es ajustado a derecho que permanezcan con ella, no solo por no advertirse en la actualidad desamparo afectivo, absoluta indiferencia o despreocupación, ni actitud desaprensiva de parte de la progenitora para con aquellos (art. 307 del CC), sino también por existir a su respecto amparo constitucional.

Ello así, en tanto los derechos de los aquí causantes a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

cuidados por su progenitora, a no ser separados de ella contra su voluntad, y, correlativamente el derecho de la madre a no ser despojada de sus hijos, a educarlos, y a tenerlos consigo, en definitiva, a no ser separados de su familia, está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido (arts. 8 y 9 de la CIDN, 17, 19 del Pacto de San José de Costa Rica; 8, parágrafo 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 36 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.).

También merece poner de resalto que ha sostenido el Tribunal Superior de la Nación que "... debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación." (SCJN, 328:2870)

El derecho vigente y en especial la Convención sobre los Derechos del Niño priorizan a la familia como el medio más favorable para el desarrollo de los niños.

USO OFICIAL - MINISTERIO PUBLICO

Así, plexo normativo y criterios orientadores, que en el caso particular de autos deben coadyuvar a una cuidadosa consideración de los hechos descriptos, deben ser conjugados con la norma que emana del art. 3.1 de la CIDN redundando -en definitiva- en beneficio de todos los involucrados.

Pues es importante procurar la preservación de la identidad en formación de los menores en todos sus aspectos y desde esa óptica la convivencia con el núcleo familiar primario resulta fundamental para el desarrollo de sus personalidades y psiquismo, a ello agrego que resultan ser los propios menores los que quieren mantener el vínculo con su madre según se desprende de las manifestaciones que me he permitido transcribir "ut-supra" (art. 12 CDN).

Y no se trata de defender a ultranza los "lazos de sangre", sino y muy por el contrario de un análisis en el que prevalece por sobre todo la conveniencia y el derecho de los más vulnerables y necesitados de protección a mantener los vínculos interfamiliares generados, que no se han cortado y que se encuentran enraizados en los afectos de estos hijos con su madre que descartan las circunstancias fácticas contempladas del art. 307 del CC y se enlazan íntimamente - en el caso particular- con el derecho consagrado por los arts. 8.1 y 9 de la CDN..



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Existe un vínculo materno-filial constituido que no emerge como que fuera a desaparecer por voluntad de los involucrados, todos son contestes en querer estar juntos, aunque claro está, y a fin de minimizar posibles y eventuales riesgos opino que deberá llevarse a cabo el acompañamiento profesional y estadual correspondiente, mecanismo éste que desde el aspecto económico ha sido puesto en marcha mediante el pedido de beca solicitado por el Sr. Asesor de Incapaces, funcionario que también deberá acompasar las acciones que se lleven a cabo a esos efectos en su carácter de representante promiscuo de los menores (arts. 59, 494 del CC y 23 Ley 12.061).

"La Convención sobre los Derechos del Niño no solamente reconoce el derecho del niño a vivir y a ser cuidados por sus padres, y a no ser separados de éstos salvo caso de excepción (arts. 5º, 7.1, 9.1, CDN); sino que además el mismo cuerpo normativo impone el deber del Estado de prestar a los padres la asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18.2 CDN) y si bien las condiciones de vida que son necesarias para su desarrollo son responsabilidad primordial de sus padres (art. 27.2 CDN) junto a esta última se encuentra la responsabilidad del Estado de ayudar a esos padres a dar efectividad a esos derechos (arg. parr 1º y 3º, art. 27 CDN)". Todo ello importa la

USO OFICIAL - MINISTERIO PUBLICO

necesidad de adoptar medidas positivas (Dr. Gustavo Moreno; Rev. de Der. De Flia. 2005-III, pag. 125).

Desde ese prisma la Ley nacional 26.061 resulta un aporte relevante en el cambio de paradigma en la legislación interna, al sistematizar un conjunto de derechos y garantías mínimos e interconectados que se traducen en el sistema de protección y sus medidas consecuentes, poniendo la atención sobre dos ejes centrales: Familia y Estado.

Así, su art. 7° se concentra en la responsabilidad familiar mediante la reiteración de principios generales vigentes en el derecho argentino, con más, el deber del Estado de colaborar con los padres para que ellos adecuadamente puedan cumplir con el rol esencial y prioritario que les cabe respecto de sus hijos, ordenando, asimismo, que las políticas públicas fortalezcan el rol de la familia y la comunidad en la atención de quienes no gozan de la capacidad plena por razón de la edad (arts. 4°, 5°, 6° y 7°, Ley 26.061).

Nuestra provincia ha acompañado mediante importante reforma legislativa el cambio de paradigma que en materia de niñez se ha ido dando, instaurando un nuevo sistema de Protección Integral de la Minoridad cuyo espíritu tiene por finalidad -entre otras cosas- evitar la desvinculación de los menores con su grupo familiar en su carácter de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

ámbito social preferente de desarrollo (art. 3 de ley 13.298).

Es que el derecho a que se fortalezca el vínculo familiar es contemplado desde dos directrices: a) la falta de recursos materiales no constituye causa de separación de los niños y jóvenes de su grupo familiar; b) el compromiso del estado debe incluir a la familia en programas de asistencia, promoción e integración social, mediante la realización de políticas públicas a tales fines (arts. 3, 7, 9 Ley 13.298).

Así, a la luz de la ley provincial -Ley 13.298- que autoriza como última ratio la separación del niño de su familia y en especial atención a los novedosos elementos aquí incorporados, entiendo corresponde vuelva el expediente a la instancia de origen.

Pues, el giro que introducen las prescripciones de la novel normativa, obligan a replantearse los mecanismos que garanticen la exigibilidad de los derechos y garantías de los menores que puedan encontrarse vulnerados y que se encuentran reconocidos no solo por el derecho positivo local, sino también por el llamado bloque federal de constitucionalidad.

Por último, y a modo de corolario, no puedo soslayar lo sostenido por esa Corte en el voto que hizo mayoría en causa 78.726 del 19-2-

02, en el que VV.EE. opinaron que "interés del menor es 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, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto. Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, lo que hoy resulta conveniente, mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente" (conf. además voto del Dr. Pettigiani en SCBA, Ac. 66.519 del 26-X-99 y 71.303 del 12-IV-00).

Por todo lo expuesto, soy de opinión, -como ya lo adelantara-, que el fallo recurrido debe ser revocado y los autos deben volver a la instancia de origen a fin de trabajar desde el marco normativo mencionado, poniendo en marcha los mecanismos de la nueva institucionalidad creada por la ley 13.298.

Y, en ese contexto, corresponde articular la intervención de todos los operadores del Sistema de Promoción y Protección de Derechos, que también integran los órganos judiciales, con el objeto de coordinar acciones, recursos y estrategias, especialmente del Servicio de Protección de Derechos dependiente de la Subsecretaría de Minoridad del Ministerio de Desarrollo Humano de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Provincia de Bs. As., a efectos de adoptar hasta el máximo de las posibilidades, los medios tendientes a dar efectividad al derecho de los niños a preservar sus relaciones familiares -arts. 4, 8 y cc CIDN; art. 3,7,14 Ley 13.298; art. 7 y cc Ley 26.061-.

Tales es mi dictamen.

La Plata, *Julio 18 de 2007*

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia