



238001420014906265



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

M. L. M. S/ ABRIGO -

CAUSA N°: 5649/1

RSD: 59/19

Folio: 473

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 23 días del mes de Abril de dos mil diecinueve reunidos en la sala de Acuerdos, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza para dictar pronunciamiento en los autos caratulados "M. L. M. s/ Abrigo" Causa N°: 5649/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente – art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires - resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **POSCA - TARABORRELLI - PEREZ CATELLA**, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTION

¿Es justada la resolución apelada?

VOTACIÓN

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMON DOMINGO POSCA, dijo:

I.- Los antecedentes del caso.

A fs. 283/288vta la Sra. Juez de grado resuelve declarar el estado de abandono y adoptabilidad de los niños L. M., M. A. .E., M. K. J. M. y E. L. M. por parte de sus progenitores M. M. y E. M..

Siendo agregada copia de dicha resolución en lo autos caratulados "A. E. M. s/ Abrigo", "K. J. M. s/ Abrigo" y "E. L. M. s/ Abrigo", la misma



resulta apelada por la Sra. M. y por el Sr. J. D. H. (madre y hermano mayor de los niños respectivamente).

Presentados los memoriales correspondientes, en lo medular los apelantes señalan que no se ha valorado suficientemente la posibilidad de que los niños queden al cuidado de sus hermanos, principalmente J. H. quienes - según entiende la señora M. - se manifestaron propicios a hacerse cargo de sus pequeños hermanos. Indican que no se ha desarrollado tarea de investigación alguna acerca de las posibilidades económicas, sociales o afectivas de los hermanos H., no se ha hecho un relevamiento vecinal y ambiental en su domicilio ni se hizo un exhaustivo examen psicológico para verificar las condiciones morales para hacerse cargo de los pequeños. J. H. señala que los niños siempre contaron con una familia dispuesta a cuidarlos poniéndose a disposición de la sentenciante de grado para hacerse cargo con responsabilidad del cuidado de éstos, no teniéndose en cuenta ni evaluado con profundidad esta posibilidad.

Por su parte, la Sra. Asesora de Incapaces Deptal Dra. Marta Miriam Aguilera, al contestar la vista conferida, considera a través de la presentación electrónica de fecha 14/11/2018 de las 10:03:31 am que "...se encuentra configurada la situación excepcional de separación de los niños de su familia de origen..." por lo que propone que por el momento deberá mantenerse la situación actual de los niños conforme lo resuelto por el Juez de grado manteniendo su estado de adoptabilidad.

II.- La solución del caso:

Esta alzada ha venido destacando en la mayoría de sus precedentes, lo señalado oportunamente en los autos caratulados "A. G. M. S/ ABRIGO", Causa N° 2756/1, RSD N° 75, Resolución del 3 de mayo de 2016 - voto del suscripto) cuando se dijo que "El efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados



de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino aparecen como pilares de protección frente a la situación de un niño y su relación con el entorno familiar”.

Las políticas de Promoción y Protección integral de los Derechos de todos los niños, son el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público dictadas por los órganos competentes, a fin de guiar las acciones dirigidas a asegurar los derechos y garantías de los sujetos protegidos.

En dicho antecedente también se destacó que “el derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana. El desarrollo del derecho a la vida familiar es incipiente en la jurisprudencia regional interamericana; de cualquier modo, la CIDH ha establecido de manera expresa que "el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma". (Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción. Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa. Publicado en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20 - LA LEY2011-F, 225. Fallo comentado: Cámara de



Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces nº 2 s/estado de preadoptabilidad (C.L., C. E.)Cita Online: AR/DOC/4838/2011”.

Que “La Resolución Nº 171 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Pcia. de Buenos Aires a establecido en su Anexo II que con la incorporación constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado Nacional se obligó a transformar su derecho interno en esa línea doctrinaria. Así la ley provincial 13298 y su decreto reglamentario 300/05, ponen a la Provincia de Buenos Aires en sintonía con la democratización del sistema. A ello se suma la ley nacional 26061 y su reglamentación, que a modo de guía desarrolla lineamientos básicos para que las provincias adhieran al Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño. La actual sanción de la ley 13634 complementa el andamiaje legal, y permite hacer operativo el sistema. El Ministerio de Desarrollo Humano en su calidad de autoridad de aplicación del Sistema -art 1 decreto 300/05-, a través de sus áreas de incumbencia específica se ha dado a la tarea sistemática de construir en todos los ámbitos los nuevos esquemas de trabajo e intervención...” (<http://www.gob.gba.gov.ar/legislación/legislación/r-md-07-171.html>)”.

“En la Provincia de Buenos Aires, la ley 13298 de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños fue sancionada el 29/12/2004, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 27/1/2005, promulgada por el decreto 66/2005, y reglamentada por el decreto 300/2005, publicado en el Boletín Oficial del 23/3/2005. En el año 2005 el Estado Nacional sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral y Decreto Nº 1.293/05 que derogó la Ley 10.903. Tal acontecimiento implicó la apertura de un nuevo paradigma situando a los niños como sujetos de derecho en un marco de respeto a su dignidad y libertad”.

“El artículo 1 de la ley provincial 13298, establece que “La presente ley tiene por objeto la promoción y protección de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás



Leyes que en su consecuencia se dicten”. (en concordancia, ver art. 1 ley 26.061)”.

“Que asimismo la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 36 inc. 2º dispone en cuanto a los derechos de la Niñez que: “Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos”.

“Que en lo que respecta a la ley de “Promoción y Protección integral de los Derechos de los Niños de la Provincia de Buenos Aires” – ley 13298 y sus modificatorias-, la misma regula que: “Quedan comprendidas en esta Ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los 18 años de edad, conforme lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las niñas, las adolescentes y los adolescentes”.(art. 2); Que “La política respecto de todos los niños tendrá como objetivo principal su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social” (art. 3); Que “Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad. Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar: la condición específica de los niños como sujetos de derecho, la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico, la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y sus deberes, la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, y las exigencias de una sociedad justa y democrática. En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.” (art.4); Continúa diciendo que “La garantía de prioridad a cargo del Estado comprende: Protección y auxilio a la familia y comunidad de origen en el



ejercicio de los deberes y derechos con relación a los niños. Asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la promoción y protección de la niñez. Preferencia en la formulación y ejecución de las políticas sociales públicas. Preferencia de atención en los servicios esenciales. Promoción de la formación de redes sociales que contribuyan a optimizar los recursos existentes. Prevalencia en la exigibilidad de su protección jurídica, cuando sus derechos colisionen con intereses de los mayores de edad, o de las personas públicas o privadas”. (art. 7); Que “La ausencia o carencia de recursos materiales del padre, madre, tutor o guardador, sea circunstancial, transitoria o permanente, no constituye causa para la exclusión del niño de su grupo familiar, o su institucionalización. (art. 9); Que “Se consideran principios interpretativos de la presente Ley, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112” (art. 10); Que “Los derechos y garantías de todos los niños consagrados en esta Ley son de carácter enunciativo. Se les reconocen, por lo tanto, todos los derechos y garantías inherentes a la persona humana, aun cuando no se establezcan expresamente en esta Ley (art. 11); Los derechos y garantías de todos los niños reconocidos y consagrados en esta Ley, son inherentes a la persona humana, en consecuencia son: De orden público; Irrenunciables; Interdependientes entre sí; Indivisibles. (art. 12); Que “Los derechos y garantías de todos los niños, reconocidos y consagrados en esta Ley, sólo podrán ser limitados o restringidos mediante Ley, de forma compatible con su naturaleza, los principios de una sociedad democrática, y para la protección de los derechos de las demás personas” (art. 13); Que “Las medidas de protección son aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de



uno o varios niños, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos. La amenaza o violación a que se refiere este artículo, puede provenir de la acción u omisión de personas físicas o jurídicas”. (art. 32), que “Las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías, y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza”. (art. 33 según ley 13634); “Que se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”. (art. 34), como así también en lo que refiere a la medida de abrigo, dispone que: “La medida de abrigo es una medida de protección excepcional de derechos, que tiene como objeto brindar al niño, niña o adolescente un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en éste se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendientes a preservarlos o restituirlos. La aplicación de la medida de abrigo, que siempre se hará en resguardo del interés superior del niño, es de carácter subsidiario respecto de otras medidas de protección de derechos, salvo peligro en la demora. La familia ampliada u otros miembros de la comunidad vinculados con el niño, niña o adolescente, serán considerados prioritarios al momento de establecer el ámbito alternativo de convivencia (...) Durante la aplicación de la medida, el organismo administrativo trabajará para la revinculación del niño, niña o adolescente con su familia de origen; evaluará la implementación de otras medidas tendientes a remover los obstáculos que impedían la debida protección de los derechos del niño, niña o adolescente; guardará de mantener la unidad entre hermanos; facilitará el contacto con la familia de



origen y buscará la ubicación del mejor lugar para cada niño, niña o adolescente cerca de su domicilio...”(art. 35 bis)...”.

“De la normativa que rige los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, se vislumbra que el concepto “Familia” posee un amplio alcance: del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niños se desprende que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Además de los padres, se entenderá por núcleo familiar a la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección. (art. 3, 3.1 Dec. 300/05). Por otra parte, el art. 7 del Anexo I de la Reglamentación de la Ley 26.061 (ver Dec. 415/2006) se ha establecido: “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.”

“Tales fronteras de este concepto resultan de vital interés a la hora de conciliar la realidad familiar del niño con su Interés Superior (de aquí en adelante ISN), que a su vez resulta la piedra angular de todo proceso que los involucre. La Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños, en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor



beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (ver CSJ “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M.G en la causa G.M.G s/ protección de la persona” Causa n° 73154/05; Fallos 328:2870; 331:2047 y Causa N 157.XLVI “n.N.c/ U.V s/ protección de persona” sentencia del 12/06/12”).

Que “...La declaración judicial de desamparo familiar del niño hace pie en diferentes normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061 –agregando por mi parte a la Ley 13298 de Promoción y Protección de los Derechos del Niño en la Provincia de Buenos Aires-, el Código Civil, La Constitución Provincial. Estos Textos Legales se ocupan especialmente de los derechos de la infancia vulnerados y amenazados. La Convención sobre los derechos del Niño en su artículo 9º abre la puerta a la declaración judicial de desamparado familiar, apoyándose en el interés superior del niño cuando reza: “...Los estados partes velarán porque el niño no sea apartado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres (...)”. En el apartado 3º de dicho artículo se dispone que se respetará (...) el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Asimismo el artículo 20 de dicho plexo legal refiriéndose a los niños cuyo interés superior exija que no permanezcan en su medio familiar establece que “...tendrá derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. Por su parte, la nueva Ley Nacional –ley 26061- en su normativa también alude a la declaración judicial de desamparo familiar y de adoptabilidad de un niño. Así en su art. 11 al referirse del derecho a la identidad establece una excepción al derecho del niño de conocer a sus padres biológicos, a crecer y desarrollarse en su



familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres (...) salvo que dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley (...) solo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.(CARRANZA, Jorge Luis “Desamparo Familiar y Adoptabilidad” , Ed. Alveroni. Págs.18/20.)”.

“Asimismo, el decreto reglamentario 300/05 de la ley 13.298 reglamenta que: “Los motivos graves que por sí mismo autorizan la separación del niño de su grupo familiar, están dados por la letra y espíritu de los artículos 9° y 19 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño. En forma simultánea a la disposición de esta medida, se deberá trabajar con la familia del niño a fin de procurarle la orientación y condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron la medida dispuesta y facilitar - siempre que sea posible- el retorno del niño a su seno familiar. En el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación del niño con su familia”. (art. 35.2)”.

“Por su parte, “... la doctrina nacional se ha esforzado en arribar un a concepto de desamparo familiar. Así se ha sostenido que: “Se entiende por abandono el desprendimiento de los deberes del padre o de la madre sin llegar al extremo de la exposición o sea la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley y no simplemente el cumplimiento más o menos irregular de los deberes resultantes de la patria potestad”, “la determinación de la causa de abandono es un fenómeno no lineal de naturaleza compleja. Es un concepto impreciso que abarca diversos y diferentes estadios en los que dicha causa puede encontrarse, entre los que se hallan comprendidas todas aquellas aflicciones que inciden sobre la personalidad del menor desviándole o perturbándole en su desarrollo integral. Como bien se ha sostenido, “El abandono es una situación antijurídica que el menor padece y lo es porque conculca derechos que le



corresponden por naturaleza y de los que el Estado se hace eco en su legislación”.

“En consecuencia, resulta esencial la intervención del cuerpo de profesionales, “tal como lo señala Kielmanovich, la cooperación interdisciplinaria es uno de los principios y características en los procesos de familia, dotando al juez de los elementos necesarios para resolver con mayor justicia el caso, dado que los conflictos de familia se encuentran atravesados por diversas aristas que involucran diferentes disciplinas. La jurisprudencia ha manifestado que: "... Preambulo a expedirse sobre el estado de preadoptabilidad, debe requerirse la investigación de la real situación de abandono del menor. Como estas situaciones revelan perfiles peculiares, es necesario analizar prudentemente cada caso particular, dando prioridad al interés del menor y a uno de los principales derechos del niño, que es el de su identidad, preservando en cuanto fuera posible el entorno familiar...".(YUBA, Gabriela “El estado de abandono y declaración de preadoptabilidad”. DFyP 2011 (abril), 01/04/2011, 77 AR/DOC/542/2011). Vale decir, “juega en la determinación del abandono y desamparo moral o material, una valoración de distintos elementos, coronados con la mirada orientada hacia la protección del interés superior del niño (criterio rector que debe presidir toda cuestión que los atañe) y desde un enfoque de derechos humanos. Así entonces, se tendrán en cuenta las pruebas producidas, como las audiencias mantenidas con las partes, en virtud del principio de inmediación, la realización plena del derecho a ser oído y a emitir la opinión de los NNA, sujetos de derecho, junto con el aporte de la interdisciplina. En los últimos años, la complejidad de las relaciones familiares y de problemáticas vinculadas con la infancia, adolescencia y familias, impone que desde el ámbito de la Justicia, se tomen en consideración distintas disciplinas para su tratamiento. Pensar que solamente desde el Derecho, las Ciencias Jurídicas se puede enfocar el tratamiento de estas cuestiones, es tener una visión parcial del mismo. "...El Derecho ha admitido, aunque la mayor parte del camino reste por andar, que es menester una



complementación con otros saberes para aprehender en su totalidad al ser humano..." .En ese contexto, se diseña el juez de los nuevos tiempos, no como espectador puro, neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado al expediente y al servicio de principios abstractos y en contacto sutil con el mundo de las esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial, "... sino el juez protagonista que dialoga con las partes y que tiene frente a él a los autores del drama y los acompaña, que reconoce... que la construcción de su sistema de comprensión debe ser interdisciplinario para poder atender al contexto de la persona y a sus especialísimas circunstancias –a las que ha de acceder a partir del trabajo en equipo-, que le permitirá organizar una estrategia útil, entendida como una solución actual y previsorá...". Todo este conjunto de actividades y herramientas citadas, son fundamentales a la hora de identificar la existencia de los recaudos que constituyen la plataforma fáctica y jurídica del abandono y desamparo moral o material. Ello, reiteramos, bajo el criterio rector del interés superior del niño." (MEDINA Graciela, y YUBA, Gabriela. "El estado de abandono y la declaración judicial de preadoptabilidad desde el enfoque de derechos de la infancia y adolescencia"). "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 desentendiéndose del mejor interés del hijo". (KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA HERRERA, Marisa "Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción". Publicado en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20 - LA LEY 2011-F, 225. Fallo comentado: Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/estado de preadoptabilidad (C.L., C. E.) Cita Online: AR/DOC/4838/2011)".

Dicho ello, surge de las constancias de todos los obrados venidos ante esta Alzada, la denuncia formulada ante sede penal por parte de la Directora del Colegio en el cual concurrían los niños quien hace saber que



éstos dicen haber recibido golpes y violencia en su casa por parte de su madre (ver fs. 4 en los presentes obrados, fs. 5 en lo autos M. A. s/ Abrigo; fs. 4 en los autos M.K. s/ Abrigo y fs. 6 en los autos M. E. s/ Abrigo). Tomadas las medidas de abrigo respecto de Lourdes (fs. 7 en los presentes; fs. 6/10 en los autos M.A. s/ Abrigo; fs. 7/13 en los autos M. K s/ Abrigo y 7/12 en los autos M. E. s/ Abrigo) y citados los padres por la denuncia existente, éstos no se presentan ante el Servicio Local.

De tales constancias surge que E. (hermano menor de A.) aparece con una marca en el ojo -dice - producto de su progenitora. Los tres niños (A., E. y L.) manifiestan haber recibido maltrato. A. manifiesta no querer vivir con su familia, haciendo saber que pudo haber existido un supuesto abuso por parte del Sr. H. (padre de J. H.), contra E. y M.

Dictada la medida de prohibición de acercamiento de los padres respecto de los niños (ver fs. 40 en los presentes obrados; fs 83 en los autos M. A. s/ Abrigo; fs. 101/102 en los autos M. K. s/ Abrigo; fs. 83/84 en los autos M. E. s/ Abrigo), y evaluados los informes de fs. 26, 32, 38, 80, 126, 148, 203, 211, 213, 226/227, 277, 281 en los autos M. L. s/ Abrigo; fs. 90/92, 95/96, 114/121, 135/138, 140, 143/148 en lo autos M. A. s/ Abrigo; fs. 89/90, 95/96, 129/130 en los autos M. K. s/ Abrigo y fs. 90/92, 97/104/, 113/116, 132/133vta en los autos M. E. s/ Abrigo que en honor a la brevedad me remito y el informe del Servicio Local de fecha 4/7/17, dan cuenta de la imposibilidad de reinserción, demostrando un contexto familiar que prima facie daría sustento a la resolución finalmente dictada.

Sin embargo no puede dejarse pasar por alto algunos detalles que ameritan ser destacados. Los informes y evaluaciones producidos respecto de los hermanos H. han sido de un tenor demasiado escaso como para tener un conocimiento acabado de la real situación que gravita alrededor de éstos. Asimismo señales como aparecen en el informe del Servicio Local de fecha 6/11/2017 en cuanto al deseo de J. H. de vincularse con los menores dentro de su temprana edad, la entrevista de fs. 277 y el informe de fs. 281 denotaron indicadores antes del dictado de la resolución puesta en crisis que



inferían evolución diferente en el caso a la que venía dándose hasta ese momento.

En la entrevista tenida con J.H. (hermano mayor de los niños encartados en autos), este manifiesta no vivir con su padre el Sr. V.H., habiéndose distanciado de éste cuando se entera de la denuncia por presunto abuso respecto de L. M. y E. Expresa que estaría dispuesto a cuidar de sus hermanos, solicitando que su vínculo con éstos sea en lo inmediato más fluido sin que exista la necesidad de pedir permiso cada vez que quiere hacerlo. En cuanto a los niños, éstos manifiestan no querer ser adoptados queriendo ir con su hermano J.

De todo lo precedentemente destacado, se observa que la labor desarrollada por los organismos competentes destinada a poder lograr la posibilidad de retorno de los niños a la familia biológica o de origen no ha sido lo suficientemente amplia. No se han valorado de manera exhaustiva todos los elementos con que se contaban antes del dictado de la resolución que definía una situación de suma importancia como es la de abandono y estado de adoptabilidad de un niño, omitiendo abordar de manera suficiente la problemática familiar como tener por agotadas todas las estrategias que el Servicio Local de Protección a la Niñez ha debido valorar en el caso.

La irresponsabilidad de los progenitores en cuanto a su conducta para con los niños no debe ser extendida al resto de la familia, si ello no resulta acreditado.

Esta sala tiene dicho en los autos caratulados "A. NN s/ abrigo" (RSD N° 80/09) que los niños indefensos y abandonados constituyen una categoría, clase o grupo de personas y comprendidos en el concepto de derechos de incidencia colectiva, carácter que amplía notablemente el ámbito de la legitimación para requerir medidas de protección.

El estado de abandono no resulta un precepto estático, puesto que para su declaración, merece la debida valoración del caso concreto, puesto que una situación que puede parecer similar en un caso, resulta completamente diferente bajo otro contexto.



La idea de abandono tiene una íntima relación con el hecho acaecido, resultando de suma importancia la valoración de todo un contexto que gravita en el caso, a fin de establecer si tal circunstancia aparece o no consolidada.

En el caso, las constancias de autos han exteriorizado la situación de vulnerabilidad que se encontraban los niños al cuidado de sus progenitores, siendo la denuncia de la Directora del colegio la que da cuenta lo expresado por los propios niños en cuanto a los golpes y hechos de violencia realizados por su madre. Ello ha conformado el hecho disparador que produce la intervención del Servicio Local y su consecuente medida de abrigo tomada.

Sin embargo, esta Sala también tiene dicho que “Lo concreto es que el interés superior de niño no debe ser observado en abstracto sino que su aplicación concreta, como posibilidad de su urgencia, debe estar suficientemente explicado dentro del contexto de la causa. (principio que emana de lo resuelto en “B. M. C. s/ Protección de Persona”, Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006 y que han sido expresados en “D. V. c/ S., C. A. s/ Reintegro de Hijo”, Causa N°: 2265/1, RSD: 115/11, Sentencia de 16 Septiembre del 2011, ambos votos del suscripto), sin dejar de tener en cuenta que “...el principio que nos ocupa, consagrado por el artículo 3.1 de la Convención no puede ser usado como muletilla, adaptándolo a las necesidades de múltiples actores, que en lugar de contemplar al menor como sujeto de derecho, partan de la necesidad de adaptar el principio al contenido que pretendan otorgarle”. (NN O J. S/ Medida de Abrigo, Causa 1974/1, RSD: 119/10, Sentencia de 30 de Noviembre del 2010, voto del Dr. Taraborrelli).

De las constancias de autos, surge que ha aparecido un punto de inflexión cuando J., E., M. y F. expresaron su voluntad de responsabilizarse de sus hermanos, lo que con el escaso abordaje que se ha dado respecto de ellos, hace “prematura” la decisión tomada en cuanto al estado de abandono y adoptabilidad de los niños encartados de autos.



Respecto a J. y sus hermanos, todos los informes han denotado un progreso paulatino, que quizás el tiempo pudo haber posibilitado una evolución favorable.

El mantenimiento del vínculo a través de las visitas ha sido desvirtuado por el propio sistema conspirando de una manera incompatible con la realidad adversa que estaba sufriendo la relación entre los hermanos, lo que hubiese merecido una respuesta inmediata de los órganos responsables de ello.

El interés superior del niño no debe permitir tomar a éste como un objeto tanto sea por los copartícipes involucrados como por parte de la jurisdicción la cual debe velar por ese derecho máspreciado que el niño posee.

Los diferentes estadios del proceso debieron ser proyectados previamente y abordados de manera integral ya que ello redundaría en el bien de los niños involucrados.

Las estrategias implementadas debieron ser de naturaleza mutante y dinámica cuando su implementación no logra la finalidad deseada, claro esta dentro de las circunstancias particulares del caso.

Ante una primera frustración debe implementarse otras estrategias para lograr el objetivo buscado, alejadas de todo plazo perentorio, para lograr un verdadero abordaje al caso, ya que si existe dependencia del tiempo va en desmedro de su propio objetivo.

En el caso, los niños han pasado por una experiencia en sus vidas que merecen una atención particular, por ello, en forma inmediata deben ser abordados por profesionales interdisciplinarios.

II. 1. El interés superior del niño

La convención de los Derechos del Niño en su art.31 establece que “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial



y: a) Velarán solo para que la adopción del niño sea autorizada por las autoridades competentes, la que determina con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación a sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera las personas interesadas hayan dado con consentimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.

Tal como amerita el principio fundamental que gobierna en esta materia, resulta imperioso establecer cual es ciertamente “el interés superior del niño”, es decir su verdadera esencia como para evitar su errónea utilización en miras de un proceso que se encuentra muy distante con la finalidad que se ha tenido al reconocerlo.

Tal es así que, dicho principio rector configura una regla de oro de la que no puede apartarse ninguna normativa que involucre los derechos de un menor, que reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño posee hoy en día rango constitucional. Dice el art.3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño...”.

El interés superior del niño es el precepto fundamental que debe guiar la solución de todo caso en que se pone en juego los derechos del niño, con el único objetivo que es el restablecimiento de aquellos que han sido vulnerados, con el menor costo posible y haciendo que finalmente la protección se materialice. No debe olvidarse que un proceso como el presente, con sus características netamente asistenciales, solo debe reconocer ese único camino (arts. 18, 75 inc. 22 y ccdtes del la Constitución Nacional, 15 y ccdtes de la Constitución Provincial, 3, 5, 6.2, 8, 9, 10.1, 21 inc.a) y ccdtes de la Convención; 8.1, 19, 25 y ccdtes de la Convención



Americana sobre los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica).

Ahora bien, el interés superior del niño resulta un concepto fluctuante que se interpone ante las diferentes circunstancias fácticas que intentan vulnerarlo. Su valoración, aunque bajo el mismo rumbo, debe resultar cambiante y con una estructura que se adapte y varíe de acuerdo al caso concreto. Es por ello que, los sentenciantes deben expresar aquello que ha sido tenido en cuenta a la hora de invocar el interés superior del niño ya que al resultar un concepto extremadamente amplio, éste puede merecer de cada interprete una arista particular que lo hace válido para un determinado caso mientras que no para otro.

El “interés superior del niño” no constituye un concepto definido, a mi modo de ver tiene un contenido programático que requiere profundizar la situación del infante, despejándose con ello cualquier abuso que pueda hacerse del principio, puesto generalmente como un simple enunciado para justificar una solución que no se ha fundado suficientemente. Ya dije que el superior interés del niño es una predicción acerca de su bienestar. En doctrina se ha citado a Cillero BRUÑOL, Autor influyente sobre el tema, rescatando que “desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas... y es posible afirmar que el “interés superior del niño” es la plena satisfacción de sus derechos”. (BALIERO de BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos y HERRERA, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño”, La Ley 2001-F, 1101, con cita, entre otros autores, de CILLERO BRUÑON, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en “Justicia y Derechos del Niño”. Número 1, UNICEF, año 1999, p. 53 y siguientes).

Los derechos del niño tienen como principio fundamental la integración de la familia, la cual le brindará afecto y sustento para su mejor formación integral. El interés del niño debe prevalecer. Lo natural sería que



éste se edifique en el seno de su familia biológica, pero cuando ello no es posible, debe asegurarse mediante aquellos que pueden y están dispuestos, sin “peros” ni condiciones, a brindar amor y afecto, seguramente incuantificables”. (“NN o A., NN o M. S/ MEDIDA DE ABRIGO” exp:1694/1, Sentencia del 9 de Diciembre del 2009, voto de este suscripto”). (“NN O A. G. M. S/ ABRIGO”, CAUSA N°: 2103/1, RSD N°: 64/11, Sentencia del 30 de Junio de 2011, voto del suscripto)

La ley 13634 establece en su Capítulo IV que “Las medidas de protección son aquellas que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos cuando se produce, en perjuicio de uno o varios niños, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos. La amenaza o violación a que se refiere este artículo, puede provenir de la acción u omisión de personas físicas o jurídicas”. (ver art. 32 de la ley 13298 (texto actualizado con las modificaciones introducidas por la ley 13634).

El efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino no pueden ser truncados cuando existen pruebas suficientes capaces de exteriorizar la real situación en que se encontraban los menores y su relación con el entorno familiar.

Las políticas de promoción y protección integral de derechos de todos los niños, son el conjunto de orientaciones y directrices de carácter público dictadas por los órganos competentes, a fin de guiar las acciones dirigidas a asegurar los derechos y garantías de los niños.

La voluntad de los niños expresada (ver fs. 281) debió haber sido valorada en un contexto determinado, no en forma aislada, debiendo ser acompañada con la labor de los operadores adecuados, pues lo allí expresado puede estar cargado de conceptos, con uso de un vocabulario que quizás limitado en algunos casos, debe ser adecuadamente interpretado.



“Las niñas y los niños son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19. Esta disposición irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad, en virtud de su condición como tal. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Las niñas y los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, la Convención dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o los niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos. Las medidas de protección que deben adoptarse en virtud del artículo 19 de la Convención deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. (Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 121; Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 117, y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66; Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 66; Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56; Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, supra, párr. 106, y Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 66; Cfr. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr.



143, y Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 66. Véase también, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Doc. ONU CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17; Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 66; Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay, supra, párr. 121, y Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador, supra, párr. 117).

“Por otra parte, específicamente con respecto a la vida familiar, las niñas y los niños tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia. En este sentido, las niñas y los niños deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. (Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párrs. 67 y 71; Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párrs. 72, 75 y 77; Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 47, y Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 226).

“En toda situación que involucre a niñas y niños se deben aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: i) la no discriminación; ii) el interés superior del niño; iii) el derecho a ser oído y participar, y iv) el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. La Corte reitera que el interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno



aprovechamiento de sus potencialidades. La Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña o el niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y en el bienestar de la niña o niño. Por tanto, no son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. (Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 3, 6 y 12; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 27 de noviembre de 2003, Doc. ONU CRC/GC/2003/5, párr. 12, y Opinión Consultiva OC-21/14, supra, párr. 69. Véase también, peritaje rendido por Carolina Pimentel González ante fedatario público el 16 de mayo de 2017 (expediente de prueba, folio 7244); Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 65, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, supra, párr. 218; Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párrs. 56, y Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, supra, párr. 106).

Conforme el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 109, y Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, supra, párr. 50, se ha dicho que “La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos. Esta familia debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. Esta Corte recuerda que no existe una definición única de familia, así que, la misma no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia



extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. En casos que involucran la custodia de niñas y niños esta Corte ha señalado que a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos. Adicionalmente se ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. En este sentido, la perita Magdalena Palau Fernández, señaló que “si alguien en [la] familia extensa no puede brindarle cuidado, deberá también buscarse en [el] entorno afectivo [del niño], es decir, parientes no consanguíneos con quien el niño tenga un vínculo afectivo”. Solo en el caso de que “todas esas alternativas anteriores fueran consideradas, investigadas suficientemente y descartadas, recién ahí debiera pensarse en una alternativa de cuidado por parte de personas desconocidas o extrañas para el niño”. Una de las interferencias estatales más graves en la familia es la que tiene por resultado su separación o fraccionamiento. Las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, son temporales. Adicionalmente, en casos específicos relacionado con niñas y niños, las decisiones deben mostrar “que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión”. En este sentido, el Comité de Derechos de los Niños ha señalado que: A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la



que se ha tomado. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA - SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) - (www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec).

II. 2. El derecho a ser oído

“La Corte advierte que la obligación de escuchar a los niños y sus padres incluida en la ley coincide con el derecho a ser oído consagrado por la Convención Americana. Al respecto, este Tribunal ha señalado que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho que ostentan todas las personas, incluidos las niñas y los niños, a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos. Específicamente, respecto de niñas y niños, este Tribunal ha indicado que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el derecho a ser oído, con el objeto de que la intervención de la niña o niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. En efecto, existe una relación directa entre el derecho a ser oído y el interés superior del niño. No es posible una aplicación correcta del interés superior del niño sin respetar su derecho a ser oído, el cual abarca el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la importancia de que las niñas y los niños sean escuchados en los procesos donde se adopten decisiones de apartarlos de su familia porque son víctimas de abusos o negligencia en su hogar, como se alegó presuntamente ocurría en este caso por lo cual se llevó a cabo el proceso de declaración de abandono. La Corte reitera que las niñas y niños ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra párr. 1). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito



administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. El derecho a ser oído además presupone que la niña o niño sea informado adecuadamente sobre sus derechos, las razones y consecuencias del proceso que se está llevando a cabo, así como que esta información sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez. En este sentido, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser oídos directamente o por medio de un representante, si así lo desean. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA - SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) - (www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec)).

Importa destacar que la excelentísima Corte Suprema de Justicia ha decidido reiteradamente que debe tenerse en cuenta al interpretar las leyes la finalidad perseguida por las normas, indagando lo que dicen jurídicamente por encima de lo que parecen decir literalmente. Es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 297:142 y sus citas de Fallos 207:140; 255:192 y 360; 262:41, 470 y 477; 281: 146). La misión judicial, ha dicho el Alto tribunal, no se agota con la sola consideración indeliberada de la ley porque, sin mengua de ella, es ineludible función de los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso, tarea a que la Corte se ha referido aludiendo al establecimiento del sentido jurídico de la ley como distinto de su aceptación semántica o vulgar – Fallos 244:129; 241: 227 y otros- y como resultado de una interpretación sistemática y razonable. También porque los



jueces, en cuanto ministros de la ley, son servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas derivadas razonadamente del ordenamiento jurídico vigente – Fallos: 236:550; 243:80 y otros- incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos (doctrina Fallos 249:37 y sus citas). Con remisión al dictamen del señor Procurador General ha expresado en Fallos 303:578: que la interpretación de la ley comprende, además de la armonización de sus preceptos, su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (fallos 271:7); que la interpretación requiere máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se asigne a las normas no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos 274:300 y 276:218) o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 278: 259 y 280:75). La Corte Suprema Nacional ha tenido permanentemente presente que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482). Ver también sus sentencias publicadas en la Ley (LL), de fechas 30-11-62, 110-305; 7-4-67, 129-962; 12-2-76, 1976 B 375; 5-10-76, 1976 D 515; entre otras. (Esta Sala Primera "in re" "V. G. R. c/ M. O. H. s/ Alimentos", Causa N° 3788/1 RSD: 71/15, Folio 410, 11/06/2015)

"... La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño). El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulte de mayor beneficio para el menor, de esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el interés del niño...". Los reclamos que los padres, en ejercicio legítimo de su derecho, no



son suficientes, para enervar la situación de desamparo moral y material a la que han subsumido a sus hijas. La jurisprudencia ha establecido que: "... Procede declarar a los niños en estado de abandono y adoptabilidad, si los padres no presentan una conducta responsable y autónoma que les permita ejercer de un modo efectivo sus roles paterno y materno...". Cobra aquí vigencia, la teoría de las necesidades subjetivas. Al tener el niño la necesidad de que se respete el desarrollo integral de su personalidad, careciendo de la capacidad para exigir de los demás ese respeto, surge la figura de la necesidad subjetiva como forma jurídica tendiente a lograr esa protección integral. Es la necesidad subjetiva, "... un poder recibir cuanto le es imprescindible —al menor— para que el proceso evolutivo de su personalidad se produzca adecuadamente...". "... La necesidad subjetiva es la figura que fundamenta la existencia de un mandato jurídico que directamente capacita a los menores para poder recibir cuanto precisan para que el proceso evolutivo de su personalidad se desenvuelva en forma armónica e integral...". No hay "un interés superior a ser padres", ni un "derecho constitucional a ser padres", sino el "deber", la "función" de ejercer la patria potestad, orientada a la formación y protección integral de los hijos menores (art.264 C. Civil). En tal sentido se expidió la S.C. de Buenos Aires (02/08/2005) en cuanto a que los "... jueces no se podían desentender de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar, siendo primordial a esos efectos la consideración fundamental del interés superior del niño, que debe priorizarse al del adulto, y que la Convención sobre los derechos del niño impone aplicar en los asuntos concernientes a los menores...". Del mismo modo, tenemos que tener en cuenta también, el factor tiempo en la vida de los niños. El mismo es fundamental, vinculado con las decisiones judiciales y el impacto que tiene sobre la vida del niño. Vale decir, no debemos olvidar, el marco de estabilidad que necesitan para que el resto de su infancia, transcurra dentro de los estándares que marca la Convención sobre los derechos del niño. Es fundamental considerar que el transcurso del tiempo real en la infancia, no puede ser desconocido por



quien debe decidir por ellos. Es que: "La función de los Magistrados no consiste en la mera reproducción del texto de la ley, sino en orientarse hacia una interpretación creativa de las normas en juego tendientes a asegurar el valor de la justicia...". La infancia transcurre rápidamente y las decisiones que hoy se deben tomar deben proporcionarles la estabilidad que ellos requieren. Tal como sostiene Adriana M. Waigmaister, la celeridad y la certeza jurídica en la determinación de la situación del menor a adoptar evitará, la existencia de "huérfanos con padres vivos". Justamente, contemplar la estabilidad y factor tiempo en la vida del niño, tienen que ver con su interés superior. (YUBA, Gabriela, "El estado de adoptabilidad y el interés superior del niño". Comentario a un fallo de la CSJN. Publicado en: DFyP 2010 (noviembre), 01/11/2010, 112 Cita Online: AR/DOC/7010/2010).

A mayor abundamiento "los expertos en victimología han ubicado en los primeros años de vida el lugar de mayor vulnerabilidad de los niños. El quid de la cuestión es lograr una pronta solución en cuanto proveer al restablecimiento del ejercicio por el niño de sus derechos esenciales, sin que ello implique al avasallamiento del debido ejercicio de derecho de defensa de sus progenitores. Por lo cual, debe contarse necesariamente al momento de decidir con un material probatorio que dé suficiente sustento a la resolución por la entidad de los derechos familiares que están en juego". (CARRANZA, Jorge Luis "Desamparo Familiar y Adoptabilidad", Ed. Alveroni. Págs.33/34 y nota de fs. 33)

Por ello corresponde al juez: "ejercer un control judicial de oficio sobre los siguientes puntos: a) que se haya probado que se agotaron todas las medidas de protección posibles sin un resultado positivo; b) que la medida adoptada guarda una relación proporcional con el caso concreto, c) que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles y d) que la medida adoptada conlleva más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general". Sin embargo la actuación del juez no podrá limitarse al simple dictado de un auto de "legalidad" de la medida excepcional, sino que deberá cumplir con el mandato que le atribuyen el art. 75, inc. 23 CN



–adoptar “medidas de acción positivas que garanticen el goce y ejercicio de derechos (...) respecto de niños”-, y los citados arts. 18 a 21 CIDN. El juez deberá, entonces, garantizar la efectividad de los derechos del niño, más allá de la simple verificación de que el Poder Ejecutivo ha respetado las prohibiciones que la normativa le impone. Su tarea es constatar que se han tomado las medidas de protección apropiadas a la situación del niño y ajustadas a los derechos fundamentales de la infancia; es decir, que se han agotado las medidas necesarias para que la vida –del niño- revista condiciones dignas” y de no ser así, ordenarlas”.

“Esta visión del juez como operador y ejecutor de la normativa protectora de derechos de la infancia, no solo no se opone con los principios rectores de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sino que es la máxima garantía de su debido respeto y la única herramienta de control de juridicidad de los actos dispuestos por el órgano administrador”. (RAFFO, Pablo E. “Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia”. Infojus. Págs..52/54 vta.)

II. 3. La carencia de recursos materiales no puede ser motivo del dictado de abandono

“La Corte ha sido clara en que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención. De manera similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la pobreza nunca puede ser la única razón para separar a las niñas o niños de sus familias, y resaltó la obligación positiva de los Estados de crear condiciones que permitan el desarrollo del vínculo entre los padres y niñas y niños. Con respecto a la separación de niñas o niños que provengan de familias en situación de pobreza, el Tribunal Europeo ha enfatizado que el mero hecho que la niña o el niño podría ser colocado en un ambiente más



favorable para su crianza o la mera referencia a la situación de los padres no justifica per se una medida obligatoria de separación, ya que la última puede ser abordada con medios menos drásticos que la separación de la familia, tales como la asistencia financiera específica o el asesoramiento social. Por su parte, el Manual de Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que ni el desamparo ni la pobreza per se o el fracaso de mandar a la niña o al niño a la escuela pueden servir como razones de separar a la niña o al niño de sus padres. Más bien, en el caso que esas deficiencias lleven al menoscabo del desarrollo infantil, el Estado deberá emplear sus recursos para que se subsanen esas deficiencias mientras se mantiene el niño o la niña en su familia. Así, la propia Convención sobre los Derechos de los Niños prevé en su artículo 18.2 que “los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha reiteradamente manifestado su preocupación por la separación de niñas y niños de sus familias debido a pobreza y ha recomendado que los Estados “ofrezca[n] el apoyo suficiente a las familias desfavorecidas, en particular servicios de asesoramiento y educación, y que vele por que solo se separe a un niño de sus padres cuando sea necesario, en virtud del interés superior del niño o por motivos jurídicos precisos”. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA - SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) - (www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec)).

II. 4. El cese de la institucionalización excesiva

Oportunamente he destacado lo nocivo que resulta la institucionalización sine die de los menores, debiendo ella tener carácter excepcional y aplicada como último recurso, por el tiempo más breve posible



y debidamente fundada (art. 7 de la ley 13634). Un solo día ya es traumático, por lo que la intervención de la jurisdicción no puede darse descanso; deben implementarse todas las herramientas a fin de preservar el interés superior de los niños que resulten involucrados en una conflictiva como la presente.

Respecto a la institucionalización de un menor se tiene dicho que "cuando el niño se encuentra en una institución del estado o en una ONG los peligros son por todos conocidos y pueden resumirse en una frase: la despersonalización que trae apareja esa situación al no contar con una familia que lo albergue".

Al respecto ésta Sala Primera tiene dicho in re "NN o A., NN o M. s/ Medida de Abrigo" (Causa Nro.: 1694/1), con fecha 09 de diciembre de 2009 RSD: 80/09, Folio Nro.: 592, (voto del suscripto) que: "...La institucionalización, más allá de las excelentes cualidades y calidades que pueda exhibir la institución, lo cierto es que sin dudas dificulta la chance de vinculación de los menores en una relación de afecto con un grupo familiar – sea el biológico o el adoptante sustituto. Es preciso evitar que por cuestiones de desentendimiento y vacilaciones, los niños puedan permanecer internados por mucho tiempo. En los primeros años de vida de una persona, sus sentidos actúan como antenas que receptan, captan y absorben todo cuanto afecto e idea de familia pueda tener cerca, circunstancias que se generan fácilmente cuando el ámbito es el correcto (...) He expresado con anterioridad: "El eventual desinterés de la familia biológica o las dificultades y carencias que ésta presente, sin perjuicio que sus causas deben ser prontamente exploradas, no autoriza a mantener internados sine die a niños que padecen un riesgo potencial que el tiempo ha de incrementar porque las secuelas del abandono estigmatizan. El niño necesita una familia que le brinde amor y protección. Estas necesidades hacen a sus derechos elementales y no se satisfacen con los cuidados y esmeros que se les pueda prodigar en el instituto respectivo".

"Ello motiva si la situación expuesta aún persiste, la necesidad de requerir a la señora jueza a cargo del Tribunal de Menores y con



intervención de la Asesoría de Incapaces, se arbitren las medidas útiles y con la mayor celeridad en los respectivos expedientes, si su estado actual lo exige, de manera tal que en un tiempo razonable se dé posibilidad a los niños mencionados en la presentación referida, de revincularse con su familia biológica y cuando ello no sea factible determinar su inserción en una familia que haya cumplido con los requisitos del Registro de Aspirantes a guardas con fines de adopción (Ac. SCBA Nro. 2707 del 4/6/96), agotando con tal procedimiento los recursos interdisciplinarios e institucionales, de acuerdo a las necesidades que cada caso demande. (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17.1, 18, 20, 21, 24, 25, 28 y 31 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; 75 inc. 22 CN)". ("B. M.. C. s/ Protección de Persona", Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006)."

La necesidad de limitar la institucionalización prolongada, sin resultados a favor el Superior interés de los niños, ha sido advertida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con exhortación a los órganos intervinientes para que procedan a la implementación de las medidas pertinentes de protección de los derechos de los niños y adolescentes. (Causa C. 117.042, resol. del 19-XII-2012: "G., J. E.; S., J. E. Art. 35 inc. H, ley 13.298). (arts. 11 y 36.2, Const. pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3, 19, 39 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño). www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=30934&n=POWER - Dr. Camps. Pdf).

Debe tenerse en cuenta que la prolongada institucionalización se inició cuando los niños contaban con temprana edad, de modo que esa situación está agravada porque fueron institucionalizados en hogares distantes a más de 50 kilómetros de la jurisdicción y separados entre sí, perdiendo mientras tanto la cotidianidad en el trato que resulta elemental para los hermanos.



Las medidas cautelares relacionadas con la institucionalización excesiva en hogares lejanos no resultan compatibles con el actual estado de la realidad familiar. (SCBA, Causa C. 117.646, resol. del 24-IV-2013)

“Surge, de tal modo, palmaria una hipótesis de excesiva institucionalización que es necesario revertir con la mayor urgencia posible dados los graves riesgos que ello implica para el desarrollo integral de los niños de autos en esta fase tan temprana de sus respectivas vidas.” (Ver cita). Las nuevas estrategias no pueden prescindir de la comunicabilidad permanente entre el Tribunal, con intervención personal de la señora jueza a cargo, los niños cuya protección se requiere y sus hermanos peticionantes en el expediente.

II. 5. El derecho de los niños a vivir con la familia biológica

El niño tiene derecho a vivir con su familia biológica. Cuando no es posible la inserción en la familia biológica primaria, al menos debe explorarse la posibilidad de atender otros vínculos familiares, no siempre con el interés exclusivo en la guarda sino más bien con las seguridades en materia de comunicación adecuada con aquellos miembros de la familia que insistan en mantener lazos afectivos con la menor. Los derechos de identidad familiar y de integrar una familia biológica no necesariamente se agotan en residir con la familia de origen sino en no desvincularse definitivamente de ésta. (Esta Sala, mi voto en el expediente “N.N. o I. s/Infracción art. 10 Ley 10.067, causa Nro. 520/1 R.S.D. 06/04, del 1 de abril de 2004, voto del suscripto).

Ello no se ha cumplido en el caso y si bien los niños han sido institucionalizados en protección de éstos en lo inmediato, lo cierto es que debemos dejar muy claro que en contextos como el indicado, alojar a una criatura en un lugar tan distante de aquél donde reside la familia biológica, implica desde el comienzo una inclinada cuesta para remontar los adversos contornos del caso. (...) La condición social, la educación, las pautas



culturales se proyectan desde un abanico que comprende todas las clases sociales y en este sentido los jueces y funcionarios deben adoptar las decisiones sobre la base que refleja el caso concreto; con ello se procura preservar la identidad de los menores en cuya formación integral no puede estar ausente el Estado. Se debe en todo caso agotar los recursos para evitar la disociación familiar, con mayor razón cuando el abandono tiene más elementos sociológicos que jurídicos. (op.cit., p.117). Con ello es posible discriminar el abandono moral del abandono material; el que reconoce causas objetivas, extrafamiliares, del que se produce por causas subjetivas, intrafamiliares y, aun el permanente del que se agota en un solo acto. (op.cit.. págs.117/118); (ver causa Nro. 520/1 R.S.D 06/04, citada). La doctrina ha señalado: “Mientras las causas objetivas, originen condiciones de vida emparentadas con la miseria, el abandono material desplegará sus nefastas consecuencias; a ellas deberán oponerse políticas de acción social destinadas a erradicarlas, o mejor aún, a prevenirlas.

En consecuencia, importa preguntarse ¿Hasta cuándo el Estado debe intervenir con la familia de origen para lograr la reinserción de un menor en su familia biológica? ¿Cuándo debe considerarse que se han agotado –desde la instancia judicial- todas las herramientas disponibles para posibilitar dicha reinserción y dar lugar al proceso de adopción?, para dar respuesta a dichas interrogantes debemos adentrarnos al análisis de las presentes actuaciones, a los fines de vislumbrar si la decisión adoptada por la sentenciante de grado –declaración de abandono y estado de adoptabilidad- resulta ajustada a derecho, ello en virtud a las constancias de autos – vale decir, estrategias realizadas por el cuerpo de profesionales- y la situación particular de los involucrados. (criterio expuesto en autos “O. F. S/ ABRIGO”, CAUSA N°: 3880/1, RSD: 114/15, Sentencia del 15 de julio de 2015 (voto del suscripto).

Importa destacar que la excelentísima Corte Suprema de Justicia ha decidido reiteradamente que debe tenerse en cuenta al interpretar las leyes la finalidad perseguida por las normas, indagando lo que dicen jurídicamente



por encima de lo que parecen decir literalmente. Es regla de interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 297:142 y sus citas de Fallos 207:140; 255:192 y 360; 262:41, 470 y 477; 281: 146). La misión judicial, ha dicho el Alto tribunal, no se agota con la sola consideración indeliberada de la ley porque, sin mengua de ella, es ineludible función de los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso, tarea a que la Corte se ha referido aludiendo al establecimiento del sentido jurídico de la ley como distinto de su aceptación semántica o vulgar – Fallos 244:129; 241: 227 y otros- y como resultado de una interpretación sistemática y razonable. También porque los jueces, en cuanto ministros de la ley, son servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas derivadas razonadamente del ordenamiento jurídico vigente – Fallos: 236:550; 243:80 y otros- incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos (doctrina Fallos 249:37 y sus citas). Con remisión al dictamen del señor Procurador General ha expresado en Fallos 303:578: que la interpretación de la ley comprende, además de la armonización de sus preceptos, su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico vigente (fallos 271:7); que la interpretación requiere máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se asigne a las normas no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos 274:300 y 276:218) o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 278: 259 y 280:75). La Corte Suprema Nacional ha tenido permanentemente presente que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482). Ver también sus



sentencias publicadas en la Ley (LL), de fechas 30-11-62, 110-305; 7-4-67, 129-962; 12-2-76, 1976 B 375; 5-10-76, 1976 D 515; entre otras. (Esta Sala Primera "in re" "V. G. R. c/ M. O. H. s/ Alimentos", Causa N° 3788/1 RSD: 71/15, Folio 410, 11/06/2015)

"El derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana. El desarrollo del derecho a la vida familiar es incipiente en la jurisprudencia regional interamericana; de cualquier modo, la CIDH ha establecido de manera expresa que "el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma". (Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción. Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa. Publicado en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 09/11/2011, 20 - LA LEY2011-F, 225. Fallo comentado: Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/estado de preadoptabilidad (C.L., C. E.) Cita Online: AR/DOC/4838/2011).



La persona humana, con sus avatares y fragilidades, errores, marchas y retrocesos, debe ser vista en audiencia por el tribunal, de modo que su rostro, su mirada, su voz o sus intensas motivaciones no sean exclusivamente las fojas de un expediente. Con mayor razón ese principio de inmediación que voy a llamar para estos casos, principio de cercanía, debió haber sido aplicado estrictamente en el caso. Conocer las circunstancias donde el conflicto se suscita no redime al abordaje que debe ser integral, si están ausentes las personas en el despacho del magistrado. El principio de inmediación es sustancial en el proceso de familia y para ello es necesario cumplir con su constitucionalización ahora predicada también por el Código Civil y Comercial de La Nación.

Este es un proceso de audiencia y de intermediación con diálogo permanente donde el juez interactúa junto a las partes involucradas en el proceso, contando con la contribución de especialistas, al resultar de suma utilidad los aportes de las distintas disciplinas porque el problema también es social.

La problemática familiar no se resuelve con estudios aislados puesto que el abordaje requiere de la intervención interdisciplinaria con profesionales que generen los distintos ámbitos de referencia, para que toda la pueda resolver y asumir situaciones de por si críticas y complejas.

Con relación a la contribución estatal para tornar operativo la convención de los derechos del niño y las legislaciones locales que se han dictado en su consecuencia, resulta imprescindible que el abordaje interdisciplinario y la provisión de recursos materiales constituya un todo inescindible facultándose con esa integralidad la optimización de los recursos estatales y jurisdiccionales que no excluyen la intervención de órganos gubernamentales. Estos propósitos ya han sido contemplados por este Tribunal en el precedente NN o G. B. A. s/ Medida de Abrigo” (Causa nro.: 2514/1, RSD: 250/12, Folio Nro.: 1368) de fecha 21 de diciembre de 2012, voto del Dr. Taraborrelli).



II. 6. La necesidad de definir la situación jurídica de los niños y adolescentes en un tiempo razonable

La demora durante años en la tramitación y dilucidación de una causa donde se ha controvertido la situación de los niños y adolescentes resulta perjudicial para sus derechos de integrar una familia. (SCBA c. 118.216 del 5 – II - 2014 “P., L. Protección y guarda de personas”) – (JUBA B3904604 Fallo completo).

En este aspecto y con estricto acatamiento a las especialísimas circunstancias del caso donde los hermanos expresan con firmeza fuertes vínculos familiares, la falta de consideración y las definiciones en un plazo perentorio a los requerimientos de los apelantes traerían como consecuencia la disgregación de la familia cuyos integrantes tienen muy claro sus expectativas y deseos de volver juntos a la mesa familiar. (arts. 11 y 36.2, Const. Pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3, 19, 39 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La decisión de los hermanos mayores de los niños A., L., E. y K. en continuar con la vinculación con éstos e insistir en el deseo de querer cuidarlos, ha jugado un papel preponderante, puesto que dicho interés resultaba favorable aún con su temprana edad que debía haberse tenido en cuenta. Aún así, dicha postura ha sido ratificada con mayor madurez en la audiencia llevada a cabo ante esta Alzada (fs. 198/198vta en los autos M. A. s/ Abrigo). En ella se han expresado sin titubeos, con intenciones de reunirse con sus hermanitos institucionalizados y responsabilizarse por ellos, debiendo a mi entender, favorecerse dicho proceso de integración a fin de evitar exponerlos a trabajosos viajes a una ciudad distante a más de 70 km de la jurisdicción que va en detrimento de los propósitos que la normativa en la materia pregona para este tipo de casos.

De lo expuesto, resulta innegable la necesidad de comenzar con la revinculación entre los niños encartados en autos y sus hermanos mayores toda vez que este Tribunal ha percibido a través de las audiencias llevadas a



cabo los lazos y vínculos afectivos entre éstos, notándose la entereza y la decisión de aquellos que no han dudado por un instante de hacerse cargo de la situación reclamando desde sus comienzos ser escuchados, por ello la necesidad de acompañamiento profesional en ese sentido.

En el caso, la revinculación que debe darse entre los hermanos debe contar con una inmediatez absoluta, debiendo ésta ser lograda por aquellos intérpretes responsables de ello, con una proyección de trabajo acorde a las circunstancias que van presentándose con su transcurso, por supuesto siempre con salvaguarda – en el caso - del interés superior de los menores involucrados.

No puede establecerse bajo parámetros estrictos la resolución de un caso como el traído a estudio ante esta Alzada, cuando se encuentra en juego intereses tan fundamentales que dejan de lado toda estructura rígida al respecto.

De las constancias de autos puede apreciarse el interés del Sr. J. H. respecto de los niños, acompañados siempre en el mismo sentido por el resto de sus hermanos, expresando su superación no solo de índole laboral sino también en los estudios evidenciando una férrea voluntad de vinculación e integración a la familia en un ambiente de solidaridad y comprensión.

Por su parte L., A., K. y E., han manifestado sus deseos de poder regresar con su hermano Javier. La audiencia llevada a cabo en este organismo ha mostrado la necesidad afectiva de los niños que en la actualidad se encuentran en una situación que los ha desbordado, con una gran angustia sin entender - como ellos expresaron - porque les está pasando ello. Espontáneamente han expresado su deseo de volver a su familia de origen, en especial el niño A. cuya convicción nos ha dado más de una respuesta en este - hasta ahora - azaroso proceso.

La propuesta que intento esbozar resulta simple. No existe constancia alguna en el proceso con suficientes fundamentos o intervención profesional adecuada que haga entender que lo solicitado por el joven J. H. no puede



ser evaluado de forma inmediata, pudiendo a través de informes interdisciplinarios suficientemente amplios dar una acabada idea de la situación del caso, debiendo éstos ser lo suficientemente fundados, para que la Sra. Juez de grado pueda evaluar los efectos de la motivación de las decisiones que constituye una de las garantías comprendidas en el art. 8.1. de la Convención de los Derechos del Niño, Niñas y Adolescentes y asegurar el derecho de un debido proceso (arg. art. 18 de la Constitución Nacional, art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). Los Jueces deben dictar una resolución suficientemente fundada. (art. 3 del Código Civil y Comercial de La Nación).

Dentro del precepto del interés superior de los niños, se encuentra el derecho que tienen éstos de su inserción en su familia de origen, por lo pronto el intento a ello, no siendo realizado en el caso cuando se observa un escaso trabajo respecto de los hermanos mayores, quienes han sido entrevistados escasas veces por un profesional de la salud, sin ser escuchados por la Sra. Magistrado quien debió involucrarse de una manera más personalizada al caso, a fin de lograr una percepción de la situación y no depender solo de aquellos informes, que en el caso han sido escasos en cuanto a su contenido.

No hay que pasar por alto que la situación económica con que cuentan aquellas personas que pueden tener la intención como la de Javier Hoyos va en desmedro a una correcta solución del caso, cuando se intenta sostener una decisión judicial en base a las escasas visitas que reciben los niños alojados en hogares diferentes no solo a una distancia considerada entre estos sino también respecto a donde se encuentran residiendo – en el caso – los hermanos mayores. Parece que la propia estructura del sistema se encarga de afianzar una situación de vulnerabilidad que ha comenzado sin la intervención de éste pero que, por sus defectos, se continua consolidando en perjuicio del interés superior de los niños.

La institucionalización de los niños ya lleva 3 años.



Es preciso entender que cada caso es individual, con su propia naturaleza que lo hace único, no pudiendo caerse en recetas automáticas que resuelven conflictos que pareciendo iguales a otros, en su propia esencia denotan su propio tratamiento y su propio abordaje.

De ello surge la necesidad de la indispensable intervención de profesionales con especialidad en asistencia social y psicología, quienes mediante amplios informes pertinentes, deben velar sobre la actuación personal de todas las personas involucradas en la causa, con particular referencia a los menores y su vinculación con la familia biológica.

Este Tribunal ha escuchado a J. H., a E. H., a M. H. y a F. H. quienes manifestaron con endereza querer hacerse responsables de sus hermanos, han entendido que de resultar necesario, solicitarían perímetros de seguridad respecto de los progenitores como así también de su propio padre el Sr. V. H.

La conducta que ha tenido J. H. a través de la escasa participación que se le ha dado en el proceso pero con sus ansias innegables de recuperar a sus hermanos resulta importante para el rumbo que debe tomar el caso.

Por ello, todos los operadores involucrados en el proceso, la sentenciante, las partes, los representantes de éstas y los auxiliares designados, deben en forma armónica interrelacionarse intentando lograr la verdadera protección del interés superior de los niños encartados en autos, debiendo evitarse realizar una valoración parcial de los hechos bajo un contexto de espacio y tiempo que puedan resultar muy distante de la realidad que hoy se encuentra inmerso el caso.

Salvo informe interdisciplinario que demuestre lo contrario, si las condiciones de externación de los niños de los hogares a fin de convivir con J. H. fuese factible, ésta debería producirse en un corto plazo, con la inmediatez que el caso amerita, con las seguridades del caso, disponiéndose lo conducente para que la etapa de institucionalización que pueda existir hasta el momento de su posible finalización se comporte en



forma más flexible asegurando la mayor comunicabilidad entre los hermanos (entre los menores y éstos con sus hermanos mayores) de modo que aquí los peticionantes puedan materializar sus anhelos de un reencuentro familiar dando plena satisfacción al interés superior del niño y los adolescentes, ya que resulta innegable comenzar y asegurar de manera inmediata con la vinculación entre los hermanos no solo entre los menores los cuales se encuentran en la actualidad separados por la estructura viciosa del sistema sino también entre estos y sus hermanos mayores, hasta tanto se encuentren dadas las condiciones para un egreso definitivo a favor de J. H., previos informes interdisciplinarios que lo respalden.

Es por ello, que por la delicada naturaleza que presenta el caso y teniendo como pilar fundamental el interés superior de los niños involucrados que exige un compromiso ineludible de la jurisdicción en cuanto a su protección física y psíquica, entiendo que resulta pertinente y así lo he de proponer a mis distinguidos colegas de Sala, que se declare prematuro el estado de abandono y de adoptabilidad de los niños L., A., K. y E., debiendo ser en el caso implementadas y agotadas todas aquellas medidas que no fueron realizadas en el momento oportuno, encomendándose en consecuencia a la Sra. Juez de grado el inmediato aseguramiento de la vinculación de los niños con sus hermanos mayores, lo que debe ser facilitado sin escollos ni impedimentos previo informe interdisciplinario que así lo permita los que deberán producirse con la mayor premura que el caso amerita, facilitándose y asegurándose el principio de la autonomía de la voluntad de los hermanos para que los vínculos familiares que espontáneamente se han manifestado en las audiencias celebradas en esta Alzada se afiancen también en hechos concretos y en lo inmediato, con permisos de visitas al hogar sin límites en cuanto a su periodicidad a fin de intentar evitar que persista el bajo grado de vinculación entre ellos, con los respectivos informes del caso, brindándose en dichos encuentros un marco de contención y protección adecuado que no excluya ningún aspecto - estrategias o modalidades que incluya a todos los integrantes de la familia -



que pudiera incidir no solo en el proceso de revinculación sino también en una posible externación a los efectos que el juicio definitivo sobre su factibilidad sea suficientemente fundado. Paralelamente la Sra. Magistrado deberá además arbitrar todas aquellas medidas útiles a fin de hacer conocer a los organismos competentes la necesidad de apoyo psicoterapéutico y socio económico para los niños (art. 2 de la Ley 13298) puesto que ello hace al complemento de lo que aquí se resuelve, evitando que la presente no devenga de cumplimiento abstracto, con afectación de recursos que la jurisdicción y los Organismos especializados en la materia deben implementar, puesto que en casos como el presente aparecen un compromiso ineludible de todos ellos, siempre con la intervención de la Asesoría de Incapaces Deptal interviniente, el abogado del niño designado en autos, el Equipo Interdisciplinario del Juzgado y el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño en el ámbito de su competencia en un trabajo paralelo y simultáneo de todos ellos, ya que tal procedimiento respondería – en el caso concreto – de manera cierta al verdadero “interés superior” de los menores involucrados a fin de valorar una adecuada evolución que el caso va presentando. (Ley 13298, Ley 13634, arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 16, 18, 20, 21 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

III. Las Costas de la Alzada.

En atención a la naturaleza de la cuestión planteada, propicio a mis distinguidos colegas de Sala, disponer que no se impongan costas de Alzada (art. 68 CPCC).

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, **VOTO POR LA NEGATIVA.**



Por análogos fundamentos los Doctores Taraborrelli y Perez Catella también **VOTAN POR LA NEGATIVA.**

Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS y VISTOS: CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia de grado recurrida, y en consecuencia **1°) DECLARAR**, bajo las pautas particulares que el caso presenta, **PREMATURO EL ESTADO DE ABANDONO Y ADOPTABILIDAD** de los niños L., A., K. y E., debiendo ser en el caso agotadas todas aquellas medidas que no fueron realizadas en el momento oportuno, encomendándose en consecuencia a la Sra. Juez de grado el inmediato aseguramiento de la vinculación de los niños con sus hermanos mayores, lo que debe ser facilitado sin escollos ni impedimentos previo informe interdisciplinario que así lo permita los que deberán producirse con la mayor premura que el caso amerita, facilitándose y asegurándose el principio de la autonomía de la voluntad de los hermanos para que los vínculos familiares que espontáneamente se han manifestado en las audiencias celebradas en esta Alzada se afiancen también en hechos concretos y en lo inmediato, con permisos de visitas al hogar sin límites en cuanto a su periodicidad a fin de intentar evitar que persista el bajo grado de vinculación entre ellos, con los respectivos informes del caso, brindándose en dichos encuentros un marco de contención y protección adecuado que no excluya ningún aspecto - estrategias o modalidades que incluya a todos los integrantes de la familia - que pudiera incidir no solo en el proceso de revinculación sino también en una posible externación a los efectos que el juicio definitivo sobre su factibilidad sea suficientemente fundado. Paralelamente la Sra. Magistrado deberá además arbitrar todas aquellas



medidas útiles a fin de hacer conocer a los organismos competentes la necesidad de apoyo psicoterapéutico y socio económico para los niños (art. 2 de la Ley 13298) puesto que ello hace al complemento de lo que aquí se resuelve, evitando que la presente no devenga de cumplimiento abstracto, con afectación de recursos que la jurisdicción y los Organismos especializados en la materia deben implementar, puesto que en casos como el presente aparecen un compromiso ineludible de todos ellos, siempre con la intervención de la Asesoría de Incapaces Deptal interviniente, el abogado del niño designado en autos, el Equipo Interdisciplinario del Juzgado y el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño en el ámbito de su competencia en un trabajo paralelo y simultáneo de todos ellos, ya que tal procedimiento respondería – en el caso concreto – de manera cierta al verdadero “interés superior” de los menores involucrados a fin de valorar una adecuada evolución que el caso va presentando. (Ley 13298, Ley 13634, arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 16, 18, 20, 21 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). **2º) GLOSAR** copia certificada de la presente en los autos caratulados "M. E. L. s/ Abrigo", "M. K. J. s/ Abrigo", "M. A. E. s/ Abrigo". **3º) SIN COSTAS**, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. (art. 68 CPCC). **REGÍSTRESE. DEVUÉLVASE.**