

Dictamen del Procurador General Expte. N.º C 124.643-4 “M. S. s/Abrigo”

FECHA 8 de agosto de 2022

ANTECEDENTES La Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial -Sala I- del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó el pedido de revinculación efectuado por la señora Asesora de Incapaces, doctora Marisa Snaider, en representación de la señora M. J. M. progenitora de la niña S. M. Contra tal forma de decidir se alzó la señora titular de la Asesoría de Incapaces número 2 del referido Departamento Judicial, mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley concedido en virtud de haberse hecho lugar al recurso de queja incoado ante esa Suprema Corte.

CURSO LEGAL PROPUESTO El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, recomienda al Alto Tribunal se disponga en orden a las particularidades del caso y en el marco de sus supremas atribuciones, requerir a la instancia de grado una nueva evaluación interdisciplinaria tendiente a determinar la conveniencia de establecer un régimen de comunicación progresivo y asistido de la progenitora con su hija. Y en caso de resultar procedente se lleve a cabo de forma tal que no interfiera en la organización familiar en la que se encuentra inserta actualmente la niña, resguardando su paz y tranquilidad (arts. 8.1, C.D.N., 11, ley 26.061; 595 inc. “b”, C.C. y C., del voto del Dr. Negri en causa SCBA, C. 120.610, sent. del 15-11-2016) y, con el alcance expuesto, propicio hacer lugar al remedio extraordinario que dejó examinado.

SUMARIOS **Queja. Recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley. Sentencia. Absurdo.** En el presente caso se ha logrado demostrar el vicio de absurdo endilgado. Ello por cuanto la prueba tenida en cuenta por la Alzada al momento de resolver y la valoración que de ella efectuare, no refleja una respuesta adecuada a los derechos en juego. La preservación del vínculo de comunicación de los niños con sus progenitores integra el ámbito de protección garantizado por los derechos de aquellos a la vida familiar, a la identidad y a su integridad personal (arts. 3, 5, 8, 9 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño). **Derechos del niño. Medidas provisionales.** La Corte Interamericana señaló la necesidad de adoptar “*las medidas que sean necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño L.M., permitiéndole mantener*

vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales de aquél (...), sobre la base de considerar que la circunstancia de que la situación de guarda y cuidado del niño LM permanezca indeterminada mientras que las solicitudes que buscan establecer un relacionamiento con su familia biológica continúan sin resolución, configuran una situación de extrema gravedad que podría afectar, de manera irreparable los derechos a la identidad, integridad psíquica y mental y a la familia del propuesto beneficiario. Por ello, mientras se resuelven los procedimientos judiciales tendientes a definir su situación jurídica, la Corte considera pertinente ordenar, como medida provisional para evitar que los derechos del niño L.M. se vean afectados, que el Estado adopte las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para permitirle mantener vínculos con su familia de origen, con el apoyo del personal profesional adecuado que haga un monitoreo de las circunstancias emocionales del niño (Asunto “L.M. vs. Paraguay. Medidas provisionales” Resoluciones de 1 de julio de 2011 y de 27 de abril de 2012 y Resolución del Presidente de la Corte de fecha 23 de enero de 2012).

Interés superior del niño. Derecho de protección a la familia. “el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales” (CIDH, “Fornerón vs. Argentina”, 2012).

Interés del menor. Concepto. Interés tutelado. Protección. Tiene dicho la Corte que “en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al “interés del menor” como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece

como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002)" (SCBA, C.118.503; sent. del 22-6-2016).

Interés superior del menor. El "tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el 'interés superior del menor'. La exigencia de que ese interés sea analizado 'en concreto', como también el situar que el 'conjunto de bienes necesarios' para el menor se integre con los más convenientes en 'una circunstancia histórica determinada', responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores" (SCBA, C.118.503; sent. del 22-6-2016).

Superior interés de la infancia. Concepto. Interdisciplina. Pericia. El Máximo Tribunal de la Nación ha expresado que "el superior interés de la infancia es un concepto abierto. Consecuentemente, en el desenvolvimiento de su ministerio -eminente práctico- los jueces están llamados a asignarle unos contenidos precisos y, al mismo tiempo a dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales. De ello se sigue que la determinación de ese mejor interés, hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultado de su actividad. Y al hacerlo, le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica. También he señalado en otras oportunidades que, si el perito es un intermediario en el conocimiento judicial y si, en los saberes no jurídicos, esa mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las decisiones judiciales. Tanto más, en ámbitos donde la complejidad de los nexos humanos, reclama a menudo el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud, tampoco sin la investigación de los datos de la realidad, que para su comprensión, requieren dichos auxiliares" (del dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos 333:1776).

Interés superior del niño. Interpretación. Una interpretación respetuosa del principio rector del interés superior del niño en esta materia, exige, al menos, la consideración de dos cuestiones esenciales: la evaluación interdisciplinaria y la escucha del niño (arts. 3, 5, 12 y ccs., Convención sobre los Derechos del Niño; CIDH, "Fornerón vs. Argentina" (2012). arts. 595, 609, 706, 709, 710 y ccs., C.C. y C.).

Discapacidad. Protección. Tiene dicho esa Corte, que "En aras de la promoción real y efectiva igualdad de consideración y trato en favor de las personas discapacitadas, corresponde la eliminación de toda forma de discriminación, que en ciertas ocasiones incluso puede llegar

a evidenciarse a partir del propio trato en pretendidas condiciones igualitarias con los demás, cuando quien pretende la tutela judicial se encuentra ya desde el inicio en una palmaria situación de desventajosa carencia y mayor necesidad. En tales casos, los órganos del estado deben adoptar las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad cfr. Arts. 1, 18,31, 33, 75 inc. 22 y 23, Const. Nacional; arts. 15 y 36.5, Constitución provincial' (conf. causa C. 119.722, "L. S. C. Y M. J. L.", sent. de 16-VIII-2017)'... Por ello teniendo en cuenta el antecedente citado, considero que deben existir elementos probatorios concretos y actualizados que formen la convicción del juez en lo que respecta a que el interés de la progenitora no colisione con el de la niña, en cuyo caso debe decidirse por el de ésta (arts. 21, CDN y 707, Cod. Civ. y Com.)"(SCBA, C. 122.925; sent. del 2-10-2020, del voto del Dr. Torres).

**REFERENCIA
NORMATIVA**

Artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; artículos 15, 161 inciso 3, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículos 1.1, 8.1, 17.1,25.1, y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 3, 9, 17, 19, 21 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 1, 3, 5 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; párrafo 76 de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; artículos 607, 608, 609, 621, 706, 707, 709 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; artículos 7, 11, 33, 37, 39, 41 y concordantes de la ley 26.061; artículos 278, 279, 377, 384 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires; la ley 13.298 y sus modificatorias; art. 12 de la CDN; arts. 3, 5, 8, 9 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 595, 621, 706 inc c) y ccs. del Código Civil y Comercial; arts. 1, 18,31, 33, 75 inc. 22 y 23, Const. Nacional; arts. 15 y 36.5, Constitución provincial.