

Dictamen del Procurador General, Expte N° C-122.771, “L.M. s/abrigo”

FECHA | 10 de abril de 2019

ANTECEDENTES Y CURSO LEGAL PROPUESTO | El Procurador, en ocasión de aconsejar la admisión del recurso extraordinario de inadmisibilidad, remarcó que si bien analizar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituía una situación de hecho inabordable, en principio, en la instancia extraordinaria, en el caso, el impugnante había logrado demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia atacada.

SUMARIOS | **Interés superior del niño. Condiciones de vulnerabilidad de la progenitora como fundamento de la adoptabilidad. Improcedencia.** Los fundamentos de la sentencia impugnada no reflejan una derivación razonada de los hechos ni del derecho vigente toda vez que una detenida lectura del fallo en crisis evidencia una errónea aplicación de las pautas legalmente establecidas como límites a la discrecionalidad judicial encaminada a aplicar el principio rector del interés superior de la niña. Ello en tanto el decisorio utilizó las condiciones de vulnerabilidad de la Sra. L. como víctima de violencia de género y familiar, sin red, ni trabajo ni vivienda, como fundamento de la decisión de adoptabilidad.

Principio de excepcionalidad de la medida de separación del niño de su ámbito familiar de origen. La decisión impugnada contradice el principio de excepcionalidad de la medida de separación del niño de su ámbito familiar de origen, la prohibición de la separación de los niños de sus progenitores por razones vinculadas con las carencias de recursos materiales y los mecanismos de intervención establecidos en las leyes de protección contra la violencia familiar.

Familia como medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños. Convención de los Derechos del niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al asumir los argumentos expuestos por la Procuradora Fiscal subrogante en el caso “I.J.M. s/ Protección especial”, publicado en Fallos: 339:795, ha sostenido: “... la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos los miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.”

Interés superior del niño. Protección del niño y de la familia. La Convención de los Derechos del niño impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender como consideración

primordial al interés superior del niño (art. 3.1);...el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y porque mantenga la relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18)...y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25). Con igual jerarquía normativa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene, entre los deberes estatales y los derechos tutelados, la protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardada por ésta y por el Estado (arts. 17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2).

Convivencia del hijo con los padres. Asistencia del núcleo familiar por el poder público y excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen. La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres, de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen (cf. “Forneron e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/04/12, esp. párr. 48, 116, 117 y 123; “Chitay Nech y otros vs. Guatemala”, sentencia del 25/05/10, en esp. párr. 101, 157 y 158; “Gelman vs. Uruguay”, sentencia del 24/02/11; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17/02], esp. párr. 65 a 68, 71 a 78 y 88; y párr. 4 y 5 y de las conclusiones finales del informe) [...].

Fracaso del esquema de protección preventivo y de apoyo. La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal no es sustitutivo de grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. arts. 33, in fine, 40 y 41, incs. b, c y f).