



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

C 121343- "L., A. y otro/a
s/ medidas preliminares (leg. de apelación)"

Suprema Corte:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata con fecha 8 de noviembre de 2016 confirmó la sentencia de primera instancia que a su turno declaró a los niños A. A. y B. B. L. en situación de adoptabilidad (fs.150/5 y 323/38).

Contra tal forma de decidir se alzó el progenitor de los niños, patrocinado por la Unidad de Defensa nro 18 a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 341/53 que a continuación paso a examinar.

II. Del Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

El quejoso centra sus agravios en considerar que la sentencia en crisis vulnera las prescripciones de los artículos 3, 9, 19 y 20 CDN, art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional; 607 a 608 y ccs. del Código Civil y Comercial, 3,4,5,6,7,35 inc. h. -mod. por el artículo 100 ley 13634- y ccs. de la ley 13298 y su decreto reglamentario 300. Asimismo denuncia absurdo en la valoración de la prueba. (fs. 342 y vta.)

En particular, denuncia "que se ha efectuado una absurda valoración de todo el material probatorio rendido en autos y en los procesos entre las mismas partes que corren por cuerda al principal. Especialmente se ha desentendido de las constancias obrantes en autos "R., M. S. y otro s/ homologación de convenio" en trámite por ante el Juzgado de Familia nro. 3 de este mismo departamento" (fs. 342 vta.).

En igual sentido se agravia por considerar que la sentencia incurre en una flagrante contradicción "...toda vez que si bien da por demostrado que mis hijos padecen un estado de abandono tanto material como moral, fruto de una situación que objetivamente los colocó en riesgo, y que la misma fue provocada, más allá de las intenciones, por quien suscribe, nunca si quiera menciono cual ha sido o es en la actualidad esa situación "puntual". Por otra parte resalta la

circunstancia de haber transcurrido desde el inicio de estos obrados más de un año, sin que la aludida problemática familiar haya variado y sin que esta parte haya podido asumir el cuidado de los niños. Sin embargo, contrariamente descarta de plano que esta parte haya ejercido violencia física sobre los niños, o evidenciado un trato negligente. También da por sentado que existe un excelente vínculo de amor entre los niños causantes y esta parte y es por ello que exhorta al juzgado sobre la necesidad de preservarlo. El partir de aquella premisa falsa provoca la orfandad de fundamentación legal de lo decidido” (fs. 345).

Asimismo destaca que “...ha sido la propia alzada quien ha dado por tierra la existencia de los únicos supuestos legales en los que procede la separación de un niño de sus padres –ver especialmente considerando III ref. informe de fs. 71/3, considerando VI, VII– en cuanto descarta la existencia de factores de riesgo durante la intervención del Juzgado de Familia nro. 3, el descarte de las sugerencias vertidas en el informe del Hogar , el análisis del informe de fs. 137/8” (fs. 345).

En suma alega que la vulneración de los derechos en juego — precedentemente citados— “se patentiza con el propio análisis que efectúa la alzada y que le permite descartar de plano todo signo de violencia o negligencia dolosa de quien suscribe, para luego confirmar el decisorio que declara la adoptabilidad. Esto provoca, que a la luz de las probanzas de autos y de la propia apreciación que de ellas efectúa la alzada, la afirmación que da por sentado que se dan en autos los presupuestos previstos por el artículo 607 del Código Civil y Comercial en tanto las medidas tendientes a que los niños permanecieran con su familia de origen no han dado resultados, se torne en una frase meramente dogmática. Porque no han existido dichas medidas y porque nunca existió la tantas veces referenciada en autos “situación de vulnerabilidad”. Entiendo que la decisión cuestionada refleja una manera “muy sencilla” de subsanar los actos lesivos provocados por los operadores del sistema, castigando tanto a esta parte, como a los causantes y a sus tres hermanitos menores –quienes sí conviven conmigo– sin atender la responsabilidad que les cabe a los operadores del Estado por haber promovido una extensa e injustificada desvinculación, a través de un proceso judicial que nunca debió haberse

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

iniciado – v. informe de fs. 249 vta. –“..(fs. 345 vta. /346).

A mayor abundamiento, sostiene que la decisión que se impugna ha omitido considerar adecuadamente la génesis y el contexto en el que se desarrolló la medida de separación de los niños de su familia de origen.

Concretamente señala que el presente conflicto sobre medidas preliminares, se inicia a partir de la medida excepcional de protección de derechos adoptada por el Juzgado de Familia nro.5 --que implicó el alojamiento de los niños en un ámbito institucional--a partir de la medida cautelar requerida por la Sra. Asesora en fecha 13 de noviembre de 2014 en ocasión de constatar múltiples lesiones y quemaduras de larga data en B. y otras recientes en A. L. (fs 3/7 vta).

Sin embargo, “ya en las actuaciones radicadas por denuncia de esta parte, en el marco de la ley 12569 que datan del año 2010 se exponía frente al juzgador, el maltrato del que eran víctimas mis hijos por parte de su madre. Se dio en ese entonces intervención al servicio local de niñez y al Ministerio Público. También se radicó la denuncia penal para que se investigue. La IPP 06-00-032597- 11 fue archivada por decisión de la Sra. Agente Fiscal con fecha 17/11/2011. El proceso protectorio, radicado por ante ese mismo Juzgado de Familia nro. 5, concluyó con el decisorio que lo tuvo por desistido ante la incongruencia de quien suscribe. Huelga aclarar, que esta parte fue al que denunció los episodios de violencia, no concurriendo nunca la progenitora, ni efectuado informe en su domicilio el Juzgado o Servicio local o tomado contacto con los niños víctimas de tales maltratos ... Interín, la situación de riesgo que amenazaba a mis hijos, muy pequeños por entonces se agravaba, por lo que fue puesta en conocimiento de la titular del Juzgado de Familia nro. 3, Dra. Graciela Barcos, ante quien tramitaba el proceso sobre custodia y régimen de contacto. Fue dicha magistrada, quien luego de diversas gestiones que contaron con la participación del Cuerpo Técnico de ese Juzgado, resolvió separar a los niños de su progenitora, otorgarme la tenencia provisoria y suspender todo contacto con su madre. Ello en autos “R. M. y otro s/ homologación de convenio” que corre por cuerda. Ese, y no otro, fue el

motivo por el cual esta parte decidió estratégicamente continuar con la intervención del Juzgado de Familia nro. 3, pues en esta sede la respuesta al reclamo de protección fue inmediata y oportuna” (fs. 346 vta. y 347).

En igual sentido sostiene que “En ese ámbito se investigó el origen de las lesiones que habían sufrido mis hijos, consecuencia del descuido de su madre y que dejaron secuelas en sus cuerpos que aún perduran. Ambos progenitores debimos acudir a diversas entrevistas, inclusive con la perito psiquiatra del órgano. Por el contrario, en el presente proceso de protección, iniciado para que se determine el origen de dichas lesiones y se brinde el tratamiento médico adecuado, nunca se dio cumplimiento con la manda judicial, debiendo ser esta parte, quien en oportunidad de visitar a sus hijos, los retirara del hogar para trasladarlos a sede del juzgado, donde el médico pediatra tomó contacto con los mismos. Ello, claro está, previa iniciativa y diligencia de la Defensoría Oficial que me patrocina. El informe que luce a fs. 75 no deja dudas que los niños fueron trasladados por su padre. Por otra parte en relación a B. da cuenta de las quemaduras sufridas cuando se encontraban bajo custodia de su madre, así también de las cicatrices que el accidente le dejó, aconsejando el profesional la consulta con un cirujano plástico para corregirlas. El estado de salud de ambos era el adecuado. Destaca además el buen trato que mantienen con su padre –fs. 75 vta.– De allí que la alzada descarte que esas heridas visibles en el rostro de mis hijos hayan sido ocasionados por quien suscribe. No era necesario ordenar un nuevo examen de los niños, las constancias del proceso radicado ante el juzgado de familia con el prolijo seguimiento efectuado por su titular y los equipos técnicos que colaboraron hablaron por sí mismas” (fs. 347 y vta.)

Asimismo entiende que la incongruencia señalada se agrava si se considera que “La diligencia ordenada era a las claras el traslado de los niños y su alojamiento en ámbito adecuado, para proceder a su examen médico, en orden a las lesiones visibles que denuncia la Sra. Asesora de Incapaces en su escrito de inicio. El apartamiento de lo ordenado luce patente, pues nunca se trasladó a los niños a un ámbito de salud. Ni siquiera contaron con la atención de médico de la institución de alojamiento (fs. 38). Vencida la medida, y sin que ninguno de los operadores lo



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

advirtiera, fue recién en oportunidad en que esta parte pidiera el reintegro que el magistrado brindó intervención a la Sra. Asesora quien reiteró, lo requerido originariamente, pero cuatro meses y medio más tarde” (fs. 68)

En la misma línea denuncia la desinterpretación de la intervención asumida por el órgano administrativo de niñez. Puntualmente señala, que si bien éste destaca la colaboración activa de esta parte en el proceso, endilga a esta parte responsabilidades que, en rigor, son propias del órgano administrativo que tenía a su cargo a los niños. Entre ellas destaca, el cumplimiento de los controles médicos que se le atribuye a esta parte –cuando, en rigor, éstos fueron encomendados al órgano de protección donde los niños fueron internados–, la interrupción de las visitas en el hogar –sin reparar que ello se debió a una accidente que impidió movilizarse a esta parte por más de un mes–, la inconcurrencia a programas terapéuticos que nunca fueron puestos disposición del recurrente, entre otras (fs. 348 y vta.)

En este sentido concluye que la intervención de los operadores no fue ajustada a los requerimientos concretos de los niños. Al respecto afirmó que “Mi reciente separación, unida al fallecimiento de mi madre y a la decisión de la magistrada de otorgarme la custodia de mis hijos, me impulsaron necesitar horas extras en otro empleo. Jornada laboral que restaba tiempo a la atención de los niños, que no se vio afectada mientras mi madre y mi pareja colaboraran. La drástica ausencia de ambos me sumió en un período de desesperación en el que debí pedir colaboración primero a las autoridades educativas –fs. 31/3, luego al servicio local (fs. 71 vta.) y por último al magistrado actuante. (fs. 55 y 578)– Mi pedimento fue siempre muy claro, requería de la colaboración de las autoridades para poder afrontar la crianza de los pequeños. La asistencia de la “casa del niño” para que los pequeños pudieran permanecer durante mi jornada laboral, era fundamental. Por ello acepte con entusiasmo la propuesta por el servicio local de gestionar las vacantes. Ella fue, sin embargo, otra de las grandes falencias del órgano administrativo, pues a más de cinco meses de su primera actuación, aún no se habían gestionado las vacantes para los niños – v. fs. 74–. La ausencia de resultados en el accionar del

órgano de protección motivó la renovación de la medida con fecha 11 de mayo de 2015, más allá del expreso pedido de reintegro de esta parte – fs. 79–. Un nuevo vencimiento de la medida, sin resultados objetivos informados a S.S. y el agotamiento del plazo de institucionalización de los niños provocan una nueva presentación de esta parte y el consecuente proveído de fs. 102 en el que se convoca, por primera vez a esta parte a sede del Juzgado. Se requiere, para esa fecha, la elaboración de un informe por parte del servicio local de niñez. Coherente con el abordaje de la situación de mis niños, la audiencia se llevó a cabo sin contar ni esta parte, ni el órgano jurisdiccional, ni la Sra. Asesora de Incapaces con el informe requerido – v. fs. 111–.” (fs. 348 y vta.).

Por último se agravia por considerar que tampoco se ha valorado la opinión de los niños B. (7 años de edad) y A. (8 años de edad). Al respecto alega que “Párrafo aparte merece el propio deseo de los causantes. Ellos no se han cansado de reclamar e implorar su regreso a casa . . . Luce a fs. 109 acta labrada en sede de la misma Asesoría, los pequeños con tan solo 4 y 5 años de edad se limitaron a responder ‘el papá va air al juzgado y va a sacarlos del hogar’. Por su parte la alzada señala ‘los niños no tienen una imagen negativa de su progenitor, por el contrario lo reclamen constantemente’ – considerando VII in fine–“(fs. 352 vta.).

En virtud de ello alega que “En este escenario normativo, no cabe duda que lo decidido en relación a mis hijos, resulto prematuro, pues no se contaba a la fecha con una sola evaluación médica, psicológica, no se había realizado informe ambiental en mi domicilio a pesar de haberme puesto a disposición de SS en cada una de mis presentaciones. La confirmación de lo decidido por la alzada a pesar de descartar de plano todo signo de violencia o maltrato y enfatizar el vínculo de amor que se desprende del propio deseo manifestado por mis hijos pone en jaque el sistema de protección de la niñez mencionado. Agrego a lo que vengo señalando que la realidad familiar había variado notablemente, pues mi pareja decidió sortear las diferencias con la progenitora de los niños y regresó para convivir junto a su hija y a los dos hijos de la pareja. Insisto VE en que el interés superior de los niños, que con tanto énfasis menciona el a quo



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

en su sentencia, no puede erigirse en excusa para soslayar las garantías procesales de los niños...descartado el maltrato y acreditado el vínculo de amor y el deseo de los niños resulta inviable la separación de éstos de su familia de origen – ver informes de fs. 112,119, 138/40–” (fs. 349 y vta.).

En tal contexto, el fallo plantea apocalípticamente la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo de mis hijos olvidando que la atribución de consecuencia de tamaña magnitud está vedada, sin antes haber diseñado un sistema de apoyo ajustado al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica (Fornerón, párr. 99) (fs. 352 vta.).

En definitiva sostiene que “mantener los argumentos basales del decisorio, centrados en la consideración sobre la permanencia del niño fuera de su ámbito familia de origen durante un año y medio (fs. 256 y 257 vta.) –asumiendo de modo expreso que ninguna de estas medidas de contención, apoyo y/o supervisión han sido ejercitadas– implica, en última instancia, resignar la función jurisdiccional” (fs 350 vta).

II. En mi opinión, el remedio examinado debe prosperar.

Liminarmente resulta preciso recordar que “la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 50.246, sent. del 17-11-1992; Ac. 44.881, sent. del 5-3-1991; Ac. 39.648, sent. del 9-5-1989- en ‘Acuerdos y Sentencias’, 11-2-1989; Ac. 78.099, sent. del 28-3-2001)” (SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010) de modo que se exige para su revisión la denuncia y demostración del absurdo que, en la especie, considero configurado.

En efecto, resulta sabido que, de conformidad con la doctrina legal de esa Corte, “Para la configuración del absurdo, no es suficiente denunciarlo y exponer una interpretación o valoración propia, sino que hace falta demostrar fehacientemente que el procedimiento lógico-jurídico empleado por el juzgador resultó irrazonable y contradictorio, partiendo siempre de que el error en la apreciación de la prueba debe ser palmario y grave, de modo que lleve a

conclusiones contradictorias, inconciliables con las constancias objetivas de la causa” (SCBA, A70.986, sentencia del 28 de diciembre de 2016, entre muchas otras).

Al respecto ha sostenido AUGUSTO MORELLO que “la configuración del absurdo no es rigurosamente un vicio de actividad, sino el resultado de esa actividad en la sentencia, en el área de la prueba. El sentido de ella es el que a su vez acuerda significación jurídica y define la dirección del fallo. Por la valoración errónea los hechos –admitidos o probados– no son respetados y este defecto repercute frontalmente en la derivada tarea de la aplicación de la ley. El vicio de esa motivación desborda el error de actividad y se encasilla en los de la decisión (juzgamiento)” (MORELLO, AUGUSTO, *Los recursos extraordinarios y la eficacia de proceso*, v. 2, p.559 citado en HITTERS JUAN CARLOS, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2da ed., La Plata, Edit. Platense, 1998, p.464)

Siguiendo tales pautas, adelanto mi opinión según la cual la sentencia impugnada evidencia un quiebre lógico en el razonamiento.

En rigor, la alzada concluye que “...al analizar las referidas actuaciones, desde el inicio de la aludida problemática familiar, se patentiza que (1) *ha transcurrido más de un año y medio sin que el progenitor haya logrado un cambio suficiente para poder ejercer el cuidado de los niños*” Y si bien actualmente el Sr. L. retomó su vínculo de pareja con la Sra. Q., (2) *hoy no obran garantías de que la situación de vulnerabilidad en la que se vieron inmersos los niños no vuelva repetirse* ... Por tanto así bien se puede considerar que en este caso particular, (3) *la familia biológica no ofrece a los niños las garantías más elementales de resguardo contra la situación de vulnerabilidad a la que se hallaron expuestos*, motivo por el cual, resultará adecuado otorgarle a quienes se encuentran institucionalizados un ámbito alternativo de convivencia, en cuyo seno sea posible proporcionarle la debida contención. Cabe entonces concluir, desde esta perspectiva axiológica y normativa, y ponderando a la luz de la sana crítica (art. 384 CPCC) los aludidos informes respecto de la situación psicológica y socio ambiental de los niños causantes y del recurrente, que en autos se presentan los presupuestos previstos por



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

el art. 607 del CCC, ello así, en tanto las medidas tendientes a que los niños permanecieran en su familia de origen, no han dado resultado, pues ha transcurrido con creces una plazo mayor a ciento ochenta días, (4) *sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida de excepción adoptada* (arts. 3,4,6,9,12,19,20 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional, arts. 1/7 ley 26061, arts. 607/609 del Código Civil y Comercial)” (fs.335).

Sin embargo, como adelanté, tales conclusiones no encuentran, en mi opinión, un adecuado respaldo en las probanzas agregadas y valoradas por la propia Cámara departamental en oportunidad de resolver.

Puntualmente al examinar los hechos a luz de los agravios planteados, la Cámara tuvo por acreditado que:

i. La medida se inició por la Sra. Asesora de Incapaces en fecha 14 de noviembre de 2014, en virtud de la escucha e impresión por ella obtenida en el marco de la causa “R., M. y otro sobre homologación de Convenio” en la que observó a los niños en estado de absoluta desprotección física y psíquica. En virtud de ello solicitó con carácter urgente el alojamiento institucional de los niños con carácter transitorio. En la misma oportunidad petitionó la revisión clínica de los niños por parte del perito pediatra, la evaluación psicológica de los mismos y de su grupo familiar, cuanto la intervención del servicio local de promoción y protección de derechos. En fecha 18 de noviembre de 2014 se ordenó la medida de alojamiento institucional de los niños (fs. 327 vta. y 328).

ii. En fecha 11 de marzo de 2015 se presentó el Sr. L. a solicitar el reintegro de sus hijos alegando que la medida se encontraba vencida y que, en rigor, la situación que le dio origen a ésta –el haber observado a los niños con quemaduras y múltiples lesiones– se encontraba evaluada y resuelta en el marco de la causa “R. y otro s/ homologación de convenio” en la que se tuvo por comprobado que los niños sufrían maltrato por parte de su progenitora y, por ello, la jueza interviniente resolvió modificar la ‘tenencia’ a favor del padre.(fs. 77, 88, 108, 108, 109, 115 y ccs en “R. y otro s/ sobre homologación de convenio”)

iii. El 7 de abril de 2015, la Asesora reiteró lo solicitado al

inicio de la causa (que se realice la evaluación médica pediátrica de los niños) y en virtud de encontrarse vencido el plazo de alojamiento institucional dispuesto (fs. 5/7) solicitó que se intime al servicio local a acompañar informe sobre la situación de los niños.

iv. En fecha 22 de abril el servicio local de protección acompañó un informe en el que –si bien se destacó la colaboración del Sr L. con las estrategias implementadas y la existencia de un fuerte vínculo afectivo entre los niños con su padre (“los niños no quería alejarse del progenitor al momento de ser alojados en el hogar) – se concluyó que “no se ha llegado a los logros esperados, en especial en lo relativo a la estrategia desplegada relativa a la salud de los niños consistente en trasladar a los niños al Hospital a fin de efectuar los controles médicos” (fs. 71/3).

v. En fecha 30 de abril la Asesora, con base en las conclusiones del informe de fs. 71/3 del servicio local, peticionó la prórroga de la medida. En fecha 11 de mayo el juzgado extendió la medida cautelar de alojamiento institucional por un plazo de sesenta días más (fs. 77y vta. y 79 y vta.)

vi. En fecha 4 de junio de 2015 se agregó una informe del Hogar en el que consta que se observaron golpes en los niños luego de que éstos pasaron el fin de semana con el padre (fs. 86). Seguidamente (fs. 92), se agregó una presentación efectuada por el progenitor en la que denuncia que en el Hogar no lo autorizaban a retirar a sus hijos esgrimiendo que el motivo podría relacionarse con presuntos golpes que los niños habrían sufrido y por los cuales se lo responsabilizaba. En dicha oportunidad el Sr. L. negó los mismos y solicitó que se reanudara con carácter urgente el régimen de salidas de los niños a su domicilio.

vii. En fecha 28 de julio de 2015 la Asesora puso bajo conocimiento del juzgado un informe de la Dirección General de Niñez y Adolescencia de La Plata de la cual surgía que los niños alojados en el Hogar no estarían siendo correctamente asistidos, por lo que insistió en solicitar la urgente intervención del Equipo Técnico del Juzgado. Asimismo requirió la comparecencia de sus tutelados y de su grupo familiar al juzgado a los fines de que se proceda a una



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

evaluación psicológica de los mismos. También peticionó la fijación de una audiencia junto con los profesionales del equipo técnico, del servicio local y los progenitores de los niños (fs. 96).

viii. En fecha 15 de septiembre de 2015 se celebró la audiencia solicitada junto con el progenitor de los niños, en la que el progenitor reiteró el reintegro de sus hijos y el Ministerio Pupilar solicitó que, una vez que se acompañe el informe del servicio local, se le corriera nueva vista a los fines de expedirse (fs 111).

ix. En fecha 23 de septiembre de 2015 la Asesora solicitó la inmediata reubicación de los niños en virtud de la vulneración de derechos acreditada en el Hogar (fs. 115).

x. En fecha 15 de octubre de 2015 –habiendo transcurrido once meses del inicio de la medida– el órgano administrativo de protección acompañó un informe en el que se concluyó respecto de la necesidad de establecer un cambio de estrategia de restitución de derechos y, en su lugar, encaminar el ingreso de los niños al sistema de adopción (fs.137/8).

xi. En fecha 22 de octubre se dispuso el inmediato traslado de los niños del Hogar a un hogar acorde con su edad y necesidades (fs. 141 y 331).

xii. En fecha 6 de noviembre la Sra. Asesora solicitó– sobre la base de considerar las conclusiones del informe de fs 137/8 en el que se destacó “que el progenitor no aportó datos de otros familiares que pudieran acompañar el caso” y “la ausencia de reacción adecuada en oportunidad en que se le solicitó gestione algún dispositivo terapéutico para el logro de cambios subjetivos en su sol paterno” – que se declare a los niños en situación en adoptabilidad. En fecha 3 de diciembre el juez decretó a los niños en desamparo y estado de adoptabilidad (fs. 145/7 y 150/5). Esta decisión fue adoptada sin contar con el informe que fuera reiteradamente requerido al cuerpo técnico del juzgado (fs. 330).

xiii. Con fecha 22 de diciembre se concede el recurso de apelación interpuesto por el Sr. L. contra la decisión que declaró a los niños

en situación de adoptabilidad. (fs. 165/8)

ix. Con fecha 30 de abril 2016, la alzada dispuso como medida para mejor proveer la realización de un amplio informe psicológico respecto de los niños A. A. y B. B. y respecto de los progenitores de los niños conjuntamente con un informe de interacción familiar, un amplio informe socioambiental respecto de los progenitores y otro en la situación donde se encuentran alojados los niños a realizarse por el cuerpo técnico del Juzgado de grado con carácter muy urgente y en el plazo de 5 días. (fs. 207/8, 246, , 249, 250, 252, 259, 261, 293, 296, 299, 300, 302 y vta., 307 y vta., 309 y ccs.)

En otras palabras, del análisis de la prueba efectuado por la propia Cámara departamental, se advierte que la decisión de separar a los niños de su progenitor – y demás referentes de su familia paterna – no encontró fundamento en ningún acto de violencia ni trato negligente por parte de su progenitor ni ningún otro miembro de su familia de origen.

En rigor, se encuentra acreditado que los hechos de violencia denunciados a lo largo del tramite –en primer término, por la Sra Asesora de Menores y, con posterioridad, por el Hogar en el que se encontraban alojados los niños– no resultan en ningún caso imputables al progenitor ni a ningún miembro de su familia de origen, hallándose demostrado que mientras el primero comprometió la responsabilidad materna (fs. 88, 115 y del “R. M. y otro/a s/ homologación de convenio”), el segundo de los hechos fue atribuido al personal del Hogar donde los niños se encontraban alojados (335 vta. 336 y vta.).

Idéntica conclusión cabe extraer respecto de la propia “imposibilidad” manifestada al inicio del trámite por el progenitor de asumir de manera exclusiva –sin colaboración de las instituciones del Estado– la función parental debido a que sus obligaciones laborales le demandaban más tiempo del que los niños permanecen en la escuela y acababa de sufrir la pérdida de los referentes familiares que prestaban colaboración con las funciones de cuidado de los niños, en virtud de haber fallecido su progenitora y de haberse separado de quien era su conviviente.– (fs. 21 y 328).

Pues, resulta evidente que, de conformidad con la manda



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

convencional, constitucional y legal que gobierna esta clase de conflictos, la circunstancia descripta debe ser interpretada como un incumplimiento de los deberes a cargo de los órganos de protección del Estado encargados de administrar los programas, las medidas y los recursos existentes con el objeto de orientar y apoyar a la familia de origen para que pueda asumir responsablemente las funciones de cuidado (arts 75 inc. 22 y 23 de la CN, 3, 9, 18, 19 y ccs. Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3, 4, 5, 7, 29, 33, 35, 37, 39 y ccs. 26061, art. 19 y ccs. ley 13298 mod. por ley 14537, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado aprobadas por Resolución 64/142/210 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, Observación General número 14 del año 2013 sobre “el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial” niño , CIDH, “LM c. Paraguay s/ medidas provisionales” (2011) y “Fornerón vs. Argentina” (2012)).

De modo que el único fundamento de esta prolongada institucionalización que no ha quedado *prima facie* desvirtuado por la prueba producida, son las manifestaciones vertidas en el informe de fs. 137/8 elaborado por el servicio local de protección –sin prueba alguna que las respalde– respecto de (1) “que se trata de una configuración familiar compuesta por integrantes con problemas de salud mental. Tanto la madre de E. como un hermano padecieron enfermedades mentales, en tanto que E. presenta un déficit desde el punto de vista cognitivo, habiendo terminado sus estudios en una escuela especial”; (2) “las respuestas no fueron lo esperado, especialmente en los controles de salud indicados (en relación con la estrategia consistente en que el Sr se comprometía a llevar a los niños a los controles médicos al Htal. .)”; (3) “no se obtuvo la reacción adecuada para mínimamente gestionar algún dispositivo terapéutico para el logro de cambios subjetivos en el rol paterno. Estos en virtud a la respuesta negativa por parte de éste de no querer ingresar al SAF o PAM, dispositivos intrafamiliares específicos en la cuestión que nos atañe. El Sr. L. solo refirió asistir a un tratamiento individual que hasta el momento no ha demostrado al servicio local”. Con base en estas conclusiones, el servicio local concluyó que las medidas se

encontraban agotadas y que, en consecuencia, resultaba necesario modificar la estrategia “debiendo encaminarse el ingreso de los niños al sistema de adopción (fs.137/8).

Sin embargo, y tal como lo señala el quejoso en sus agravios, dichas “imputaciones” –además de resultar *estigmatizantes* en virtud de carecer de verificación probatoria– suponen una ‘omisión’ concurrente con las obligaciones establecidas a cargo de los órganos del Estado que se encontraban a cargo de la estrategia de revinculación y del cuidado directo de los niños, en especial, si se considera que fue la necesidad de evaluarlos médicamente el fundamento tenido en miras para la adopción inicial de la medida de institucionalización. Sobre este punto, resulta preciso señalar que se encuentra acreditado que ha sido el padre quien ha llevado a los niños al control médico pediátrico llevado a cabo en fecha 24 de abril de 2015 por parte del perito médico integrante del equipo técnico de los Tribunales de Familia y que, en el expte. conexo sobre homologación de convenio, se encuentra acreditada la concurrencia a terapia y el cumplimiento adecuado y periódico del control médico de los niños por parte del progenitor (fs. 75 y vta. fs. 101/7 y ccs. Expte. “R. M. s/ Homologación de Convenio”).

Por último, en relación con el citado informe –único elemento de juicio (además del informe de fs. 71/3) tenido en consideración para decretar a los niños en situación de adoptabilidad– la Alzada concluyó que “De allí y del análisis integral de la situación de autos, se extrae la imperiosa necesidad del Sr. L. de contar con un apoyo a los fines de organizar debidamente su situación familiar y hacerse cargo de las necesidades de sus hijos, sobre lo que el Juzgado de origen nada ha dispuesto, remarcándose que ni siquiera ha ordenado una evaluación psiquiátrica de éste (art.4,5,12,13 e la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)” (fs. 336 vta. y 337)

Los vicios en la argumentación desplegada se agravan, en mi opinión, si se considera la orfandad probatoria que caracterizó al trámite del proceso hasta la decisión de primera instancia. En rigor, más allá de los requerimientos efectuados insistentemente por el Ministerio Pupilar– ver reseña puntos i) iii) viii)– , la decisión de grado fue adoptada contando únicamente con los informes elaborados



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

por el Hogar y por el servicio local de protección sin ningún otro elemento (ni declaraciones, ni informes, ni pericias del cuerpo técnico) que permita *razonablemente* concluir respecto del trato negligente que el magistrado tuvo por acreditado para concluir respecto de la necesidad de declarar a los niños en situación de adoptabilidad.(fs. 207/8, 300, 309, 330).

Al respecto, en oportunidad de examinar la cuestión vinculada con las *omisiones probatorias* como parte integrante de las garantías judiciales en el caso “Fornerón” la Corte Interamericana reprochó que “la ausencia las medidas probatorias necesarias para otorgar la guarda, entre las que destaca la falta de informes psicológicos, sociales o de cualquier otro tipo respecto del progenitor y las deficiencias del informe psicológico efectuado respecto de la niña. En definitiva advierte la decisión de la instancia de grado que legitimó una guarda de hecho fue dictada sin contar con los elementos de convicción necesarios para fundar la procedencia o conveniencia de la guarda.” (Párrafo 105).

En virtud de ello, entiendo que el único de los fundamentos esgrimidos en sustento de la decisión que no ha sido derrotado por los elementos de juicio valorados por el Tribunal, ha sido el incuestionable “transcurso del tiempo”. Efectivamente los niños han transcurrido, a la fecha, más de dos años institucionalizados y privados del derecho a crecer en un ámbito familiar, sin embargo, como señalé precedentemente, una revisión de las pruebas colectadas permiten concluir con suficiencia que ello resulta consecuencia de conductas ajenas a las del progenitor – y los demás referentes de su familia– y, en consecuencia, no resultan justificadas respecto de éste.

Sobre la cuestión vinculada con ‘el paso del tiempo’ el Máximo Tribunal regional afirmó que “...el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña y que esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o

irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño, cualquier decisión en contrario” (Párrafos 16 y 18 de Asunto LM vs Paraguay).

En particular relación con las garantías judiciales en esta clase de procesos, la Corte regional destacó la necesidad de que se respete *la observancia de los requisitos legales* y vedó expresamente la posibilidad de acudir a (1) las *omisiones probatorias*; (2) a *la utilización de estereotipos*, y (3) *al retraso judicial* como fundamento de la decisión. En la misma línea enfatizó el concepto de eficacia de los recursos formalmente disponibles dentro del ordenamiento jurídico, es decir, la necesidad de que el recurso permita asegurar la utilidad de la sentencia”. (Párrafos 52, 107 y ccs. en “Fornerón vs. Argentina”)

En suma, de las diversas circunstancias de vulneración de derechos que rodearon a la institucionalización de los niños A. y B. durante más de un año y medio, surge que prácticamente ninguna de ellas tuvo al Sr L. ni a su familia como responsable. Como señalé ut supra, dichas conclusiones se desprenden de la propia valoración de los elementos de juicio evaluados por la Alzada departamental al momento de decidir. Es por ello que considero que los fundamentos tenidos en miras por el *a quem* para resolver como lo hizo —“ que transcurrido más de ‘un año y medio sin que el progenitor haya logrado un cambio suficiente para poder ejercer el cuidado de los niños”, “ que no obran garantías de que la situación de vulnerabilidad en la que se vieron inmersos los niños no vuelva a repetirse” y que “las medidas tendientes a que los niños permanecieran en la familia de origen no han dado resultado, pues ha transcurrido con creces un plazo mayor a ciento ochenta días sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida de excepción adoptada” (fs. 335)— no se compadecen con las conclusiones arribadas respecto de la valoración de la prueba, quedando reducidas a expresiones dogmáticas que evidencian en mi modesta opinión, el *quiebre lógico* del pronunciamiento impugnado.

Muestra de ello también resultan, a mi entender, las propias conclusiones esgrimidas por la Alzada departamental en oportunidad de fundar el tramo de la decisión que tuvo por objeto asegurar la preservación de los vínculos de



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

los niños con su familia de origen (fs. 335/337).

Por último, no resulta posible soslayar que las conclusiones expuestas corroboradas por las pericias que fueran ordenadas por esa Corte como medida para mejor proveer (fs. 365).

Concretamente, la evaluación psiquiátrica pericial realizada al Sr. E. O. L. revela ausencia de patología psiquiátrica en el mismo. Tampoco se detectan rasgos anormales de personalidad ni indicadores de impulsividad” (fs. 399/401). En sentido concordante, la pericia psicológica expresó que “En el caso que nos ocupa, consideramos que el Sr. L. no presenta al momento de la evaluación cuadro psicopatológico que afecte su principio de realidad, dadas sus características de necesidad de sostén, el vínculo de pareja que sostiene con la Sra A. lo mantiene estable y ordenado. Inferimos que el evaluado ejerció la función paterna desde su singularidad como ser humano, es decir, a partir de las características mencionadas ut supra y que enmarcan su estructura psíquica, lo que le permitió establecer un vínculo con sus hijos. Si bien hubo una etapa en la que se vió desbordado, tenemos en cuenta su capacidad para reconocer sus fallas respecto de la crianza de los niños en esa etapa (que se dieron en un contexto particular, de separación de su pareja y pérdida de un ser querido, su madre, quienes colaboraban con él en la crianza de los niños). Esta posición autocrítica, lejos de ser un indicador de patología, es deseo y disponibilidad para recuperar a sus hijos. Esta característica da cuenta de la puesta en marcha de la capacidad reparatoria en el evaluado. Para concluir, las dificultades que presenta no lo inhabilitan para ejercer el rol paterno, aunque sí necesita apoyo y sostén para realizarlo, el aporte de otras figuras adultas significativas para los niños (como en toda familia), como podrían ser A. o su padre (fs.404/407).

Por otra parte, en *Asimismo* el informe ambiental elaborado respecto del Sr L., por un lado, y respecto de los niños alojados en el Hogar, por el otro, se concluyó que El Sr E. O. L. conforma en la actualidad una familia junto a la Sra. A. Q., una hija de ésta y dos pequeños hijos en común, quienes de manera responsable

llevan adelante la crianza de sus hijos, los cuales se encuentran escolarizados y asistidos adecuadamente. Se identifican fuertes vínculos afectivos entre todos los miembros, sosteniendo lazos familiares sólidos (incluso con la familia extensa de ambos adultos) evidenciándose en la día a día predominio de una estructura vincular armónica y de acompañamiento mutuo. Entre ambos sostienen económicamente al grupo familiar con ingresos provenientes del trabajo formal (Sr. L. en el Poder Judicial) e informal (Sra. Q. como empleada de limpieza particular), con colaboración económica del Sr. O. L. (progenitor de E., también empleado del Poder Judicial), lo que le permite la cobertura adecuada de las necesidades básicas del grupo familiar relevado. De la investigación social realizada se desprende un lazo afectivo familiar evidente entre los niños – A. Al y B. B. L.– y su padre, lo cual surge de las entrevistas realizadas al Sr. L., compañeros de trabajo, pareja conviviente y a su padre, coincidente además con lo informado a fs. 71 por el SLPPDNNyA, y a fs. 75 (perito médico tribunales de familia) ... *Asimismo en el recorrido de la trayectoria de vida del progenitor y los niños sujetos de los presentes actuados junto a los entrevistados, no se hallaron indicadores del maltrato, abandono y/o negligencia, por parte del Sr Ledesma hacia sus hijos, suposición que diera origen a la institucionalización de los niños y que fuera desestimada por la Cámara de Apelaciones.* Con todo se vislumbra que ha primado una mirada sesgada y estigmatizadora hacia el progenitor de los niños, la cual constituyó una subestimación del rol parental desplegado por el Sr. L., no habiéndose agotado todas las alternativas que hubieran podido abordar las dificultades coyunturales que atravesaba el círculo familiar y las fortalezas que se encontraban en los referentes afectivos de los niños, lo que generó que se arribara a la instancia de institucionalización y posterior estado de adoptabilidad. .. Los niños se encuentran institucionalizados hace más de dos años y han estado expuestos a un establecimiento –Hogar – donde se vulneraron sus derechos más elementales. A la vez padecen la suspensión hace un año de las visitas que tenían de su padre y el resto de la familia, lo cual generó un abandono progresivo ya que fueron privados del contacto con sus referentes vinculares más cercanos, a lo que debe sumarse el desconocimiento de los niños respecto de los



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

motivos reales por los cuales se encuentran institucionalizados y sin recibir visitas de familiares.” (fs. 408/15 y vta. Destacado propio).

Por último, no resulta posible soslayar la opinión expresada por los niños A. y B.. En rigor, si bien éstos han manifestado desde el inicio del trámite el deseo de regresar junto a su progenitor (fs. 109 y ccs), actualmente –y habiendo transcurrido más de un año sin poder recibir visitas por parte de su progenitor ni demás miembros de su familia paterna– las conclusiones elaboradas por las peritos psicólogas del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Juvenil respecto de los niños no resultan concluyentes en tal sentido. Puntualmente, expresaron que “Ambos niños invocan a un padre para un posible egreso institucional, se observa dificultad para fantasear una madre, lo cual podría inferirse a partir de las marcas provenientes de su historia materno filial... Ambos niños al momento refieren con agrado “tener nuevos padres” identificándolos al matrimonio “M. y S.” con los cuales han comenzado a vincularse. Ambos niños presentan ambivalencia y confusión con respecto de la posibilidad de tomar algún tipo de contacto con su padre biológico, oscilando entre silencios prolongados, respuestas afirmativas y negativas. No obstante ambos niños coinciden en rechazar la posibilidad de convivir con su progenitor, refiriendo escenas de maltrato y descuido. Se observa un lazo fraterno significativo entre ambos niños donde el cuidado e interés mutuo caracterizaron las entrevistas” (fs 394 y vta).

Al respecto, en virtud de los elementos de la causa que dan cuenta de la prolongada institucionalización, del tiempo que llevan sin poder recibir visitas de su familia de origen, de las consideraciones efectuadas respecto de la “inexactitud en la información de la que disponía el hogar respecto de los antecedentes de maltrato padecido por los niños”(fs 408/15 y ccs), y de la necesidad de tomar en cuenta su opinión de manera responsable – evitando colocar a los niños en situaciones que puedan ser manipulados por los adultos o exponiéndolos al riesgo de salir perjudicados – considero preciso que en el caso, además de recabar la opinión directa de los niños, se desplieguen acciones de seguimiento y evaluación – debidamente supervisados– tendientes a informar a los niños respecto del modo en

que se han interpretado y utilizado sus opiniones y, en caso necesario, darles la oportunidad de rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. (Observación General del Comité de Derechos del Niño 12/09, párrafos 132-4).

III. En virtud de lo hasta aquí expuesto, propicio a VE hacer lugar al remedio que dejo examinado y devolver los autos a la instancia de origen a fin de que proceda a resolver el conflicto que aquí se examina de conformidad con las pautas señaladas.

La Plata, 23 de junio 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Suprocurador General
Suprema Corte de Justicia