



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

C-124048-4

C. 124.048

Excelentísima Suprema Corte:

I.-

La señora D. X. V., interpone los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley, contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelación Segunda del Departamento Judicial de La Plata, a través de la cual se confirmara el estado de adoptabilidad dispuesto sobre su hijo D. V. -nacido el 22 de julio de 2014- por medio del fallo de la Jueza del Juzgado de Familia N° 7 de esta ciudad (conf. Arts. 296, 297 y 298 y arts. y 278 a 295 del Código Procesal Civil y Comercial y arts. 161 inc. 3, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Bs. As).

En forma preliminar, afirma que interpone el recurso extraordinario de nulidad por advertir que la sentencia de la Cámara de Apelaciones habría omitido abordar una cuestión esencial, esto es, acerca del régimen de comunicación y/o contacto de la madre con el niño, lo que produciría -según los términos del presente recurso extraordinario- la violación al derecho de defensa en juicio y al debido proceso, en contra de la señora V. Dice que tampoco fue escuchado el pequeño D. en relación con este pedido, esto es, con referencia a mantener el vínculo con su progenitora.

En lo que respecta al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denuncia absurda valoración de la prueba, por la cual se decidió sobre la incapacidad para cuidar de su hijo -D. V.-, por parte de la señora D. X. V. Sobre lo así resuelto, denuncia que se habría vulnerado la doctrina legal de VE, al señalar que supuestamente se omitió oír al niño en forma previa al dictado de la sentencia a través de la cual se dispuso el estado de adoptabilidad.

a) En primer lugar, plantea el recurso extraordinario de nulidad (punto VI del presente).

Lo funda en la omisión -por parte de la Cámara de Apelaciones interviniente- de tratamiento de cuestión esencial, esto es, que no se abordó la cuestión de la omisión de la continuidad del vínculo entre el niño D. y su madre.

Así, luego de hacer una descripción de la situación inicial de abandono del niño por parte de sus padres, “fundamentalmente de su progenitor siendo la madre víctima de violencia extrema como está probado en autos, queda al cuidado de su abuela materna”. También recuerda que ambos padres estuvieron privados de su libertad y por tal razón la abuela materna se hizo cargo del niño y la propia madre admite que esos hechos le impidieron, más allá de su deseo, hacerse cargo de su hijo. Dice también que “es de destacar que no hubo intervención de ningún órgano administrativo -Ley 13.298- desde el año 2015 al año 2018” y que recién en ese último año toma intervención el Servicio Local con este grupo familiar, debido al incendio que sufriera la casa de la abuela en donde vivía el pequeño, oportunidad en la que ésta falleciera, quedando por lo tanto el mismo con una familia vecina. Agrega que es a partir de ese momento que se judicializa la situación del niño y se dispone la medida de abrigo.

Sostiene que mientras el niño vivía con su abuela, la señora V. - madre del menor- convivió con ambos desde el año 2015 hasta el año 2017 y que la misma salía a trabajar y ayudaba económicamente. También dice que la progenitora en el año 2017 se fue a trabajar a otro lugar, pero que visitaba a su hijo en forma periódica, manteniendo, de esta forma, contacto con él. Afirma que cuando quedó en situación de abrigo con la familia J., la progenitora también continuó con las visitas a su hijo, “es decir nunca interrumpió el contacto y el vínculo” y que ello quedó reflejado en el informe del Servicio Local del día 22/3/2019, “en donde expone que la madre visita a diario a su hijo y se muestra colaboradora en todo lo que refiere al niño”. Asimismo cita otros informes del Servicio Local que reflejarían la situación antes descripta.

También explica que a partir del mes de octubre de 2019 la familia abrigadora entregó el niño a su madre, interviniendo el cuerpo técnico, el cual, según explica,



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

C-124048-4

habría sido “enteramente favorable a la vinculación madre e hijo”, transcribiendo fragmentos de dicho informe.

Afirma que luego del accidente en el que el niño cae de un tercer piso, cuando estaba al cuidado de una niñera en noviembre del año 2019, “mientras su madre trabajaba, el pequeño queda hospitalizado y es con fecha 15/01/2020 que el Servicio Local solicita se declare el estado de adoptabilidad de D.”, como así también que dicho órgano administrativo solicitó perímetro de prohibición de acercamiento por parte de la madre ya que “dicho Servicio manifiesta que desde el Hospital habrían visto a la señora portar arma de fuego”, hecho que entiende no acreditado. Pese a esto último, continúa, “el juez de grado fija perímetro de prohibición de acercamiento quedando interrumpido así el contacto entre el niño y la madre”.

Continúa relatando que la señora V. con el patrocinio de la Defensoría Oficial había solicitado la reanudación del régimen de contacto con su hijo, ofreciendo prueba y se opuso al estado de adoptabilidad. También mencionó que una vez trasladado al H. F., el niño -tal como surge de un informe que transcribe- “ha vuelto a mencionar reiteradas veces que como ya se encuentra recuperado de su pierna, puede volver a vivir con su madre”. También afirma la recurrente que “el corte abrupto de las visitas del pequeño una vez trasladado al H. F. sin motivos justificados, fue perjudicial tanto para el menor como para su madre” y que dicha interrupción del contacto y del vínculo “fue infundada y excesiva”.

Considera que mantener la medida sin analizar el interés del niño y la voluntad de ver a su madre “deviene inapropiado”, ya que, según su opinión, la vinculación del niño con su madre desde el momento en que vivía con su abuela, luego con la familia abrigadora y finalmente con ella “fue siempre positiva” y que “el vínculo fue mejorando como así también la capacidad de la misma para su cuidado”.

Es de la opinión que esta interrupción del vínculo por parte del juez

de grado “en un primer momento sin fundamento” y sin haber intervenido un cuerpo técnico especializado “denota una decisión dogmática alejada de la realidad que desmerece el decisorio, por lo cual el fallo deviene arbitrario”.

Agrega que al apelar la sentencia “se hace expresa mención como agravio de la suspensión del contacto a través de un régimen de visitas, entre la madre y el menor”.

La Cámara de Apelaciones al momento de resolver, continúa, confirmó el estado de adoptabilidad del niño D. y “omite resolver en cuanto al cuarto agravio -ver punto e) II- no menos importante también presentado: cual es mantener el vínculo biológico de D. con su madre a través de un régimen de comunicación”.

Considera importante señalar que al momento de expedirse la Cámara sobre el estado de adoptabilidad “dicho resolutorio llega a esa instancia recurrido, es decir no es una sentencia firme” razón por la cual, según su parecer, subsiste responsabilidad parental más allá que D. no esté bajo el cuidado de su madre. También sostiene que esta solicitud de contacto y revinculación con su hijo requeriría ser resuelta a través de “un análisis independiente”, atento a las enormes dificultades personales que tuvo que afrontar la señora V. (violencia de género, carencias económicas y graves problemas de salud), puestas de resalto por la aquí recurrente. Afirmo también que “el contacto tanto de esta madre con su hijo, se puede mantener más allá del estado procesal del expediente y de la adopción a otorgarse, por lo previsto en el art. 621 del C.C.C.N. que establece ‘...cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen’, normativa a interpretar conforme el interés superior del niño -art. 706 inc. c) del C.C.C.N en consonancia con el art. 3 de la CDN-”.

Asimismo advierte que conforme la normativa citada, la madre “merece una resolución fundada en cuanto a su derecho de mantener visitas y el vínculo con su



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

C-124048-4

hijo -agravio denunciado-, la omisión a esta cuestión esencial planteada en todas las instancias habilita la vía del recurso extraordinario de nulidad aquí planteada”.

Considera que esta cuestión, que califica como esencial, no fue tratada por el Juez de grado, y luego no fue abordada ni evaluada por parte de la Cámara de Apelaciones. Tampoco, continúa, se ha escuchado al pequeño D. en relación con este pedido y no se ha valorado su opinión con referencia a mantener el vínculo con su madre en su lugar de institucionalización, una vez ocurrido el accidente. Entiende que esta cuestión es esencial, porque con la preservación de sus vínculos biológicos “está forjando su derecho a la identidad, mantener estos vínculos hace a su adecuado crecimiento, es parte de su historia, es obligación de los órganos jurídicos velar por respetar el derecho a la identidad del mismo”.

Para finalizar con este recurso, invoca y transcribe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de V.E. que considera aplicable al presente.

b) En lo que se refiere al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (punto VII de la presentación en análisis), se explicitan los fundamentos del mismo en los términos de los artículos 278, 279 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires. Denuncia absurdo y arbitrariedad de la sentencia de la Cámara de Apelaciones, además de errónea aplicación de los artículos 15, 16, 36 incisos 1 y 2 de la Constitución Provincial; arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 3, 9, 12, 17, 18, 19 y concordantes de la Convención de los Derechos del Niño; art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, CIDH OC. 17/2003 párr.76 y concordantes; arts.1, 2, 3, 595 inciso c), 55, 556, 706, 607/609 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; arts. 9 y 34 de Ley 13.294; arts. 4, 5, 7, 14, 30, 34, 35 y concordantes de la Ley 13.298; arts. 3, 4, 7, 11, 33, 37, 39 41 y concordantes de la Ley 26.061, arts. 377, 384 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires.

También alega violación de la doctrina legal de V.E. respecto a la necesidad de oír al niño en forma previa a decidir cualquier situación que tenga consecuencias

sobre su futuro. Cita doctrina del Alto Tribunal.

Sobre el absurdo alegado, explica que a los efectos de clarificar lo divide en dos cuestiones: por un lado la carencia por parte de la sentencia de motivación suficiente en cuanto al régimen de comunicación solicitado y la permanencia del vínculo de D. con su madre, y en segundo lugar, en la valoración de la prueba utilizada para confirmar el estado de adoptabilidad y la falta de capacidad como madre por parte de la señora V. para cuidar de su hijo D. con la consiguiente violación de la normativa descripta y absurdo por insuficiencia probatoria.

Continúa manifestando que la sentencia debería ser tachada de absurda, por supuestamente carecer de motivación suficiente sobre el régimen de comunicación y de contacto solicitado, como así la permanencia del vínculo de D. con su madre. Sostiene que la doctrina de la Suprema Corte es conteste en considerar que la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor, como así la apreciación de las circunstancias para determinar su custodia, el régimen de comunicación en función del interés de aquel y la idoneidad de los padres y familia biológica, constituyen una cuestión de hecho que permite su revisión a través de este remedio extraordinario.

Afirma que la condición de sentencia absurda quedaría acreditada por carecer la decisión impugnada de motivación suficiente. Dice que esa parte había solicitado la producción de prueba pericial de carácter interdisciplinaria e informativa a los efectos de que se evaluara si la señora V. tenía capacidad y aptitud para cuidar a su hijo y que también se expidiera en cuanto a las visitas requeridas en orden a saber si las mismas eran o no favorables al pequeño. Agrega que peticionó que antes de cualquier decisión en el proceso “se efectuara una escucha actualizada y real con el niño en cuestión”. Sobre esto, afirma que no hay ningún informe del cuerpo técnico que se haya expedido con referencia a la solicitud de la progenitora sobre el contacto con su hijo.

De tal forma, explica que el juez de grado rechazó en su sentencia



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

C-124048-4

el pedido de régimen de contacto “sin fundamentación ni fáctica ni jurídica”, lo que produciría estar en presencia de una decisión, según la aquí recurrente, motivada en forma insuficiente.

Agrega que posteriormente en el memorial ante la Cámara de Apelaciones esa parte se agravió de la interrupción del régimen de vinculación y el contacto con su hijo; no habiendo la Alzada abordado esta cuestión. En forma subsidiaria considera que a todo evento podría estarse en presencia de una “fundamentación insuficiente”. Entiende que la función jurisdiccional en esta clase de procesos “se encuentran encaminada a determinar de manera actual y concreta la solución que mejor se adecue con el principio del interés superior del niño (art.706, 707, 709, 710 y ccs. C.C. y C.).

No obstante lo antes manifestado, refiere que la Cámara de Apelaciones en cuanto al régimen de vinculación pedido “se limitó a resolver el estado de adoptabilidad confirmándolo y no se expidió en cuanto el régimen de contacto solicitado con una motivación adecuada”. Afirma que “el razonamiento de la Alzada omite el tratamiento puntual y concreto de una cuestión relevante y esencial a decidir: el mantenimiento del vínculo de D. con su madre, conforme el interés superior de este niño”, que “la Alzada se ha limitado en su fallo a hacer una remisión genérica a los antecedentes de autos que llevaron al niño a la situación de abrigo, sin dar una respuesta adecuada al derecho de visitas en juego y al derecho a mantener este vínculo, derechos involucrados tan delicados que merecen de un análisis fundado”.

Destaca que el actual Código Civil y Comercial prevé la facultad judicial para decidir, “incluso con posterioridad al dictado de la declaración de situación de adoptabilidad, la subsistencia de los vínculos con uno o varios parientes de la familia de origen en el supuesto de adopción plena y/o la creación de vínculo con uno o varios parientes de la familia del adoptante en el caso de la adopción simple, de conformidad con las circunstancias fácticas y atendiendo al mejor interés del niño (arts.595, 607, 621 y concs. del Código Civil y Comercial; Ley 26.061, y dec. 415/2006, Ley 13.298 dec.300/2005 y modificatorias)”.

De esta forma dice que el objeto de la queja “se centra en la falta de tratamiento del régimen de comunicación repetido por las diferentes instancias, sin prueba respaldatoria, ni para la falta de tratamiento ni para sostener su suspensión y no resolver al respecto. No hay ni dictamen respaldatorio del Ministerio Público, ni informe interdisciplinario destinado a evaluar el desarrollo ni el impacto o interrupción de las visitas en la integridad psico-física de este pequeño. El vicio se configura ya que el decisorio de la Alzada evidencia un déficit en la motivación lo que arrastra la arbitrariedad del resolutorio”. Cita jurisprudencia de V.E. que avalaría su postura.

Así entiende la señora V., que “esta falta de tratamiento de la cuestión planteada y asimismo la falta de una fundamentación razonable en tiempo y forma, denotan el vicio del absurdo y la consecuente arbitrariedad del decisorio a través del cual se ha violado el derecho de defensa, el debido proceso legal y la normativa que protege el régimen de comunicación entre una madre y su hijo, consecuentemente se ha violado con estas omisiones el interés superior del niño”.

A su vez afirma que se habría vulnerado el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal, al haber omitido la Cámara de Apelaciones interviniente analizar “si hace al interés superior de D. mantener el contacto a través de un régimen de comunicación ya peticionado, si esto es positivo para su desarrollo integral”. También entiende que se omitió abordar la solicitud de ayuda interdisciplinaria especializada para dilucidar si el pedido de la madre repercute favorablemente en su desarrollo y crecimiento, a tenor del ya citado principio de interés superior del niño. Cita normas locales e internacionales, como así también jurisprudencia de la Corte Interamericana que considera de aplicación al presente caso.

Continúa impugnando la sentencia, en el entendimiento de que posee un error de carácter esencial, cual es la falta de prueba suficiente o insuficiencia probatoria. Así, explica que la ausencia de prueba respaldatoria, deviene en error esencial, que configura en el caso el “absurdo”, con la consecuente arbitrariedad de la sentencia. Agrega



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

C-124048-4

que la Cámara valoró solamente “la prueba desfavorable, pero soslayó el resto de la prueba y los antecedentes descriptos en el memorial con referencia a la prueba actual que, dan cuenta de la aptitud actual y real de esta madre para ejercer el cuidado de su hijo D.”.

Reconoce la parte aquí recurrente que “...si bien es cierto que en un principio de la vida de este niño, hubo serios descuidos por parte de sus progenitores”, la postura adoptada por la Cámara “no es del todo real”. Entiende que la Alzada “omite acá tener en cuenta la delicada y extrema situación de violencia familiar sufrida por esta madre”, situación que considera acreditada por los distintos informes, los que también receiptan amenazas y su delicado estado de salud, lo que agrava aún más la vulnerabilidad de la señora V.

Luego de citar y explicar el contenido de distintos informes confeccionados por el Servicio Local como así los emitidos por el Cuerpo Técnico, entiende que de los mismos surgiría que se está en presencia de una madre víctima de violencia de género extrema, con serios problemas de salud, “más no se menciona ninguna medida concreta a mejorar su situación, salvo las que fue realizando la misma en soledad para poder ir superando todas las dificultades descriptas”.

Agrega que hubo omisiones por parte del Estado al no haber actuado a tiempo frente a este panorama familiar, pero que dicha omisión por parte del órgano administrativo y de la juez de grado “no es motivo suficiente para apartar a un hijo de una madre”. Estima, sin embargo, que con el contexto personal y familiar antes descripto “el fallo plantea apodícticamente la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y el desarrollo de D., olvidando que la atribución de consecuencias de tanta magnitud le está vedada, sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustado al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica”. Cita Jurisprudencia de la Corte Interamericana que estima aplicable al presente.

De allí que entienda la recurrente que habría habido ausencia por

parte de los órganos administrativo y judicial “en cuanto apoyar y desplegar estrategias y acciones concretas para fortalecer el rol materno” de la señora V.

A su vez descalifica algunas de las conclusiones a las que arribó la sentencia en crisis, a saber: falta de escolaridad por parte del niño D. V., mientras estuvo con su madre; falta de cuidado de la señora V. X. en su salud y en su adicción y falta de acreditación del tratamiento psicológico y psiquiátrico. Inestabilidad de la progenitora en su tratamiento de HIV; falta de acreditación de tratamiento psicológico, psiquiátrico y asimismo del tratamiento psicológico, fonoaudiológico y psicopedagógico del niño. En todos los casos, la recurrente pone la mayor cuota de responsabilidad en las deficiencias u omisiones por parte de la autoridad administrativa interviniente. De allí que estima que la manera en que fue evaluada la prueba por parte de los sentenciantes y las conclusiones a las que arribaron al momento de sentenciar, configurarían el “absurdo denunciado por error esencial, configurado conforme lo aquí explicado por la insuficiencia probatoria en que está basada la decisión de la Alzada”.

Recuerda la parte aquí recurrente, que la señora V. había impugnado la sentencia de primera instancia sobre la base de la falta de prueba suficiente para decidir el estado de adoptabilidad de D., y que, no obstante ello, la Cámara la confirmó.

Así sostiene que “la genérica remisión a las constancias de la causa” efectuada por la Alzada “no sería una respuesta adecuada a los delicados derechos en juego”, ya que, de las circunstancias obrantes se advertiría “que la decisión cuestionada ha sido adoptada sin contar con los elementos necesarios para su prudente determinación”.

También afirma que la prueba que considera favorable tanto para el rechazo de la medida que decreta el estado de adoptabilidad, como así también para resolver una vinculación adecuada entre D. y su madre, habría sido omitida por la Alzada, de allí que -según los términos del presente recurso extraordinario- la decisión “se torne dogmática”.

Cita y transcribe distintos informes periciales y provenientes tanto



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

C-124048-4

del cuerpo técnico del juzgado interviniente como así del Ministerio Público de la Defensa de CABA y del H. F., que considera mal valorados al momento de ser emitidas las sentencias de primera y de segunda instancia.

Reitera que la Cámara subraya el origen de la situación que tuvo lugar en el año 2015, esto es, cuando fueron acusados ambos progenitores de abandono del niño, pero que “esta interpretación la realiza deficientemente ya que no tiene en cuenta que el caso se desarrolla con personas -en este caso la progenitora- que ha sido víctima de violencia de género en forma extrema y gravísima”. También destaca “los avances efectuados en soledad por esta progenitora en el transcurso de todo este tiempo para poder superar esa situación”, no habiendo valorado los jueces al momento de fallar la prueba obrante que acreditaría la situación extrema de violencia de género que sufría la señora V., como así la falta de tratamiento de la cuestión por parte de los órganos administrativos intervinientes desde el año 2015 al año 2018 y sucesivamente.

Tampoco, continúa la recurrente, se tuvo en cuenta que D. a finales del año 2019 estaba al cuidado de su madre, “por haberlo entregado la familia abrigadora, en conocimiento del Servicio Local, de la Asesoría y del Juez de grado sin que ninguno de todos estos órganos haya pedido medida cautelar alguna -de abrigo por ejemplo por riesgo de este menor- esto hasta el accidente en diciembre del año 2019 en donde el pequeño se cae de un tercer piso al cuidado de su niñera”. Sobre esto último, explica que estaba al cuidado de su niñera debido a que la madre tenía que trabajar para poder procurar alimentos, ya que no recibía ningún tipo de ayuda y/o asistencia en lo económico.

Agrega que luego del accidente “y fundamentalmente por este hecho en que el niño queda hospitalizado, se decide institucionalizarlo y es que, posteriormente se decreta el estado de adoptabilidad, y no, por la prueba real y actualizada obrante en el expediente”.

Niega que en la caída del menor haya habido negligencia materna,

dice que este hecho fue el principal fundamento para quitarle el niño, “siendo que estaba al cuidado de una niñera y la madre trabajando”. Insiste en el hecho que se trató de un mero accidente que sirvió como “el único o fundamental argumento para decretar el estado de adoptabilidad de este niño”.

Refiere que las experticias del Cuerpo Técnico de fecha 15 de noviembre de 2019, no serían demostrativas para determinar la falta de idoneidad de la señora V. como así tampoco para justificar la suspensión de contacto entre ambos, ya que, continúa, “no fue una pericia interdisciplinaria que abordara estos dos temas en forma específica previo al dictado del fallo”.

Estima que más allá de las circunstancias que dieron lugar a la medida excepcional de abrigo, “lo que exige la ley es que al momento de decretar la situación de abandono que diere lugar al estado de adoptabilidad se configure dicha situación de abandono, con la prueba obrante en el expediente”. Al respecto afirma que no surgiría de la intervención del Cuerpo Técnico del día 11 de noviembre de 2019 “la ineptitud de esta madre para ejercer el rol materno, actualmente, ni tampoco la situación de abandono”. No obstante, manifiesta que este argumento fue esgrimido en la sentencia de primera instancia y luego “replicado por la Alzada para confirmar el resolutorio”.

Arriba la recurrente a la conclusión que la sentencia impugnada careció de respaldo probatorio suficiente, lo cual denotaría “un razonamiento ilógico apartado de la realidad de los hechos”. También entiende que la interpretación que realiza la Alzada del informe del cuerpo técnico “se aleja de la realidad, valorando en forma parcial y descontextualizada el total del caso y de la situación real, determinados factores como desfavorables a la progenitora, configurando esta interpretación una arbitrariedad que denota el absurdo”.

Para ir finalizando, entiende que “sin desconocer la existencia ni la gravedad de las causas que motivaran el inicio de la presentes y las severas dificultades que ha



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

C-124048-4

tenido como madre para lograr fortalecer su posicionamiento”, habría realizado esfuerzos con el objeto de recuperar a su hijo y poder cuidarlo, por lo cual “la remisión a antecedentes genéricos y la falta de valoración de la prueba favorable a la progenitora, como así también la falta de prueba pertinente que acredite su ineptitud para el cuidado del niño cuando estuvo con ella, determina que el decisorio de la Alzada ha hecho una valoración dogmáticamente fuera del contexto real, valoración que configura el absurdo denunciado en autos violatoria de la normativa citada”.

Concluye la recurrente que la señora V. habría demostrado su interés y compromiso como madre en el cuidado de su hijo y no se estaría en presencia de un supuesto de abandono o imposibilidad de cuidado de la familia de origen. Así sostiene “que no existe una situación de abandono o vulnerabilidad que pueda fundar este resolutorio” y que se habría desconocido lo dispuesto por el artículo 607 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyas partes pertinentes transcribe.

Para finalizar cita y transcribe legislación nacional e internacional que considera aplicable al presente caso. Hace expresa reserva del caso federal.

II.-

Ambos recursos extraordinarios interpuestos por la señora V. contra la sentencia de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial II de La Plata, deben ser rechazados.

a) Respecto al recurso extraordinario de nulidad, el agravio consiste en que la Cámara de Apelaciones al momento de decidir, habría omitido tratar una cuestión esencial, la cual -según la parte aquí recurrente- habría sido debidamente planteada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Puntualmente dice que la sentencia no trató sobre la solicitud de comunicación entre la madre y su hijo D. y que tampoco se escuchó al niño sobre esta cuestión.

No obstante lo afirmado en el presente recurso extraordinario, la Alzada abordó este agravio en forma implícita en el punto “V” de la sentencia. De allí surge que el fallo de la Cámara de Apelaciones en forma clara no sólo trató esta cuestión, sino que también la fundó debidamente. Así dijo que la señora V. no puede razonablemente garantizar en el futuro próximo la integridad psicofísica y el desarrollo de D. y que sus comportamientos “no son propicios para proteger, cuidar y brindar a su hijo un saludable desarrollo psicofísico”.

A su vez la sentencia de la Cámara en el punto “IV” *in fine* expresamente se refirió al informe del Servicio Local del día 15 de enero de 2020, a través del cual se explicitan los motivos por los cuales la presencia de la madre del menor, está lejos de brindarle el acompañamiento y la tranquilidad que necesita; sumo que los profesionales sostuvieron que “se puede observar que el niño D. se encuentra en una situación de riesgo por negligencia al cuidado de su progenitora, infriendo que ésta no logra concientizarse de los motivos que dieron origen a nuestra intervención, más allá de sus antecedentes personales y la conducta asumida históricamente y desde que retoma el cuidado de su hijo, hace unos meses”. Precisamente sobre la base de este informe y el requerimiento allí obrante -que luce en la MEV- la jueza el 24/1/20 dispuso la prohibición de acercamiento de la señora V. respecto a D.

Advierto así, que la pretensión de la quejosa se basa en una mera disconformidad con la forma de encarar la cuestión por parte del *a quo* que en modo alguno merece el *status* de omisión de una cuestión esencial.

En igual sentido no se observa que en autos se haya incurrido en una incongruencia por omisión que merite la viabilidad del recurso. Solamente está claro que se han abordado las cuestiones, más de un modo o de una forma que no satisfizo a la parte aquí recurrente, habiendo ese Alto Tribunal de Justicia sostenido que: “No media transgresión del artículo 168 de la Constitución de la Provincia si el tema cuya preterición se denuncia fue implícitamente tratado en sentido contrario a las pretensiones del recurrente “(SCJBA. L.



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

C-124048-4

38714, Sentencia 28/6/88; “Rivarola”, Sent. 28-VI-88; “Lipskier”, Res. 2-III-2005, entre otras muchas).

Sin llegar a ser el caso de autos, V.E. ha considerado que no implica transgresión al mencionado artículo aún en caso en que las cuestiones hubieran sido tratadas con “superficialidad” o en modo “implícito” (SCJBA. L. 34601. Sent. 24/9/85. “Frankow, Casimiro c/ Indico Argentino S. A. / enf. Accidente”; L. 53740. Sent. 27/2/96. Schmidt, Adriana c/ Pcia. Bs. As. s/ Accidente de Trabajo”; Ac. 92.332 S 7-2-2007).

En este mismo sentido ha sostenido V.E. que no se configura la omisión de cuestión esencial si ésta fue resuelta en forma implícita aunque negativa para las pretensiones del recurrente, sin que importe a los efectos del recurso extraordinario de nulidad el acierto jurídico de la decisión (SCBA, L 90.233, sent. de 13-12-2006, “Lencina, Juan B. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización arts. 1109, 1113, C.C”).

En forma más reciente esa Suprema Corte a través del voto del Doctor De Lázzari ha recordado que la omisión de cuestiones a las que se refiere el artículo 168 de la Constitución provincial “es aquella en la que incurre el tribunal por descuido o inadvertencia y no la cuestión que se denuncia como preterida cuando ha sido resuelta en el fallo de modo implícito o aparece desplazada por el sentido de la sentencia o por el razonamiento expuesto en la misma” (SCBA C. 118.472, sent. 4-XI-2015, "G., A. M. Insania y curatela" y sus acumuladas C. 118.474, "S., R. B. y otro/a s/ Abrigo").

Con este razonamiento podemos colegir que la queja del pretensor, en cuanto a la omisión expresa en la sentencia del *a quo* de tratar alguna cuestión esencial no lo hace merecedor de un remedio procesal en esta instancia (SCBA, Ac. 97.359 I 8-11-2006 Villalba, María Cristina c/ Sánchez, Adriana Norma y otros s/ Despido. Recurso de queja).

Por los fundamentos expuestos propicio el rechazo de este recurso

extraordinario de nulidad que dejo analizado.

b) Igual suerte adversa ha de correr el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Cabe consignar que los agravios de la señora D. X. V. podrían sintetizarse en los siguientes:

1) haber demostrado aptitud como madre para llevar a cabo la revinculación con su hijo D.; 2) no haberse agotado las instancias para decidir su adoptabilidad; 3) haber siempre reconocido sus adicciones, problemas de salud y voluntad de superar esos inconvenientes; 4) que no se habría escuchado al menor previo a dictarse la sentencia; 5) las conclusiones del equipo técnico del juzgado son erróneas; 6) es prematuro y no responde a las constancias de autos el haber declarado el estado de adoptabilidad del niño.

En forma preliminar recuerdo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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 (...). El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (CS, "S., C. s/ adopción", 2 de agosto de 2005, voto de los magistrados Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay)."

En dicho contexto corresponde analizar el superior interés del niño



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

C-124048-4

D. V.

La permanencia del niño en su núcleo familiar es un principio que está contemplado en el artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño: “Los Estados Partes velaran por que el niño no sea separado 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 p. ej., en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su opinión consultiva N° 17 (Opinión Consultiva Oc-17/2002, 'Condición jurídica y derechos humanos del niño', del 28 de agosto de 2002, párrafos 60 y 61).

Esta Procuración General en forma reciente ha citado dicha opinión consultiva emanada de la Corte Interamericana en un dictamen, en los siguientes términos: "para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia". En ella, ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Pero el Máximo Tribunal Americano de Derechos Humanos se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y, por ende, si existen motivos fundados el niño debe ser separado de su familia ya que el Estado debe preservar su interés superior” (PG, causa P 133.483-1, dictamen del 23-08-2021, "P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidad

de ley en causa N° 76.292 del Tribunal de Casación Penal, Sala V").

Lo dicho hasta aquí implica que, siempre el foco de atención debe estar puesto en el niño, no pudiendo ser aceptados entornos de abandono o descuido por parte de familiares que priven o menoscaben la dignidad necesaria para su desarrollo, por lo que no debe dudarse que cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad, cuidado y atención, o bien donde ya fracasaron los intentos de ayuda, en este caso a la madre, y se torne imposible cumplir con esta responsabilidad y por ende con su función, aquel debe ser separado de su familia.

La determinación del interés superior del niño, en casos de separación de estos de su familia de origen, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor.

En efecto, tanto el Servicio Local de Protección de Derechos como el Equipo Técnico del juzgado han trabajado con D. y la progenitora a los efectos de agotar las instancias para mantenerlos unidos sin resultados positivos. Corresponde recordar aquí que el niño el día 8 de diciembre de 2019 cayó al vacío desde un tercer piso, sufriendo lesiones graves, por lo cual fue internado en terapia intensiva en el Hospital Ricardo Gutiérrez de CABA. Cuando se produjo la caída se encontraba a cargo de una niñera que no se hallaba efectivamente con él en ese momento, por cuanto habría salido a efectuar unas compras.

Luego de esta situación, que incluyó una operación de una de sus piernas en la que se le colocaron clavos en el fémur, con fecha 15 de enero de 2020, el Servicio Local solicitó que se declare el estado de adoptabilidad del menor, dando cuenta, además, que a su madre se la vio con un arma en la sala de espera en una de sus visitas al hospital y que tal circunstancia fue debidamente denunciada, razón por la cual habría estado detenida.

La jueza interviniente con fecha 24 de enero de 2020 dispuso fijar



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

C-124048-4

un perímetro de exclusión de la madre de 200 metros respecto del niño, mientras permaneciera en el citado nosocomio y luego de dársele de alta, en el lugar donde se encontrare, prohibiéndosele la realización de cualquier acto de perturbación, intimidación, hostigamiento y la ejecución de cualquier acto o hecho de violencia de carácter físico y/o verbal y/o psicológico sobre aquel, informando con posterioridad el Servicio Local el alojamiento del menor en el "P. H. F."

Sumo que la señora asesora de menores emite dictamen el 20 de febrero de aquél año, informando que habiendo concurrido a la institución a visitar al menor lo observó en buenas condiciones y en plena recuperación de las lesiones sufridas. También refirió que el niño le manifestó que pretendía "estar con una familia más buena, una familia más linda, estar más tranquilo". Advirtió que no estaba escolarizado. Con todos estos elementos de juicio entendió aconsejable dictar el estado de adoptabilidad.

Al respecto, entiendo ajustado a las probanzas obrantes en las presentes actuaciones el criterio sustentado por la Cámara de Apelación interviniente al entender que "del recuento realizado se evidencia que la Sra. V., más allá de su intención de asumir los cuidados de su hijo y pese al tiempo y los esfuerzos desplegados por el Servicio Local, no puede razonablemente garantizar en el futuro próximo la integridad psicofísica y el desarrollo de D."

Tampoco es de recibo el agravio vinculado a que el niño no fue escuchado o no se tomó contacto con él antes de adoptarse la decisión que decreta el estado de adoptabilidad, en tanto se lo ha oído en reiteradas oportunidades ante el cuerpo técnico (15/11/19), frente a la Asesora de Menores y especialmente ante la señora Jueza de familia interviniente (27/8/19), debiéndose tener especial consideración a lo expresado por D. a la representante del ministerio público tutelar cuando sostuvo "...que pretendía estar con una familia más buena, una familia más linda, estar más tranquilo" (ver vista de la Asesora de Menores del 20/2/20), opinión que fue destacada expresamente en la sentencia de la Cámara de Apelación.

De esta forma, los agravios sustentados en el presente remedio extraordinario no logran conmover las probanzas que constan en las presentes y sobre las cuales se basaron tanto la sentencia de la primera instancia como así también el fallo de la Cámara de Apelación; decisiones además contestes con la opinión tanto del Servicio Local, como así de la señora Asesora de Menores.

En definitiva, en tan pocos años de vida, este niño ha soportado serios padecimientos, entre los que pueden mencionarse abandono, falta de atención, haber sobrevivido a un incendio, pérdida de familiares en el luctuoso hecho, ausencia de escolaridad y hasta una inexplicable caída desde el balcón de un edificio con la consiguiente internación e intervención quirúrgica.

No escapa a este Ministerio Público las dificultades por las que ha atravesado la progenitora, tales como haber sido víctima de violencia de género, graves problemas de salud, adicciones y económicos; no obstante y tal como afirma la sentencia en crisis, la alegada ausencia de acompañamiento a la madre para fortalecer el ejercicio de su función materna no ha existido, “sino que se evidencia una imposibilidad de ésta -a pesar de su deseo- de evolucionar en forma favorable”, sin que alcance con la mera afirmación de que el Estado no habría proveído las herramientas suficientes y necesarias para superar las situaciones que le ha tocado enfrentar, sino que además resulta pertinente la demostración ante el órgano judicial de la existencia de un compromiso real para despejar estos obstáculos y así dar al niño una contención familiar acorde a su superior interés (art. 3 CIDN).

Cabe agregar que la señora Asesora de Incapaces interviniente emitió dictamen el día 8 de mayo de 2020 recomendando confirmar las medidas adoptadas, entendiendo que debía “decretarse el estado de adoptabilidad” con fundamento en que “el estado actual de mi [su] representado encuentra vulnerado su Derecho Constitucional a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, con la presencia de un rol materno y otro paterno”. Por tal motivo y atento el diálogo que “se mantuviera en el H. F. en el que está actualmente alojado, que conlleva a no sugerir, no hacer lugar a lo peticionado por la



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

C-124048-4

progenitora, toda vez que alteraría su diario vivir afectando su tranquilidad espiritual, contrariando su Interés Superior”.

En definitiva, lo que se ha priorizado, es el interés superior de D. y en especial su integral protección (art. 3, 20 y 21 CDN, Ley 26.061 y Ley 13.298), no surgiendo elementos que permitan demostrar que su progenitora pueda hacerse cargo del cuidado de su hijo, a quien se le debe brindar por sobre todas las cosas seguridad y resguardo.

Es del caso mencionar que tal como sostuvo el Doctor Eduardo Pettigiani, cuando se sucedan aparentes conflictos de derechos e intereses, debe ser de aplicación el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3 y 5 de la ley 26.061, así como en el artículo 4 *in fine* de la Ley 13.298, “conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros” (SCBA, C. 118.472, sent. 4-XI-2015, "G., A. M. Insania y curatela" y sus acumuladas C. 118.473, "G., J. E. Abrigo" y C. 118.474, "S., R. B. y otro/a. Abrigo" y sus citas), agregando que “adquiere una mayor preponderancia objetiva (...), en tanto el principio de precaución exige valorar también los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de los niños”.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, entiendo que V.E. debería rechazar los recursos extraordinarios intentados.

La Plata, 21 de septiembre de 2021

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

21/09/2021 11:32:59

