

Poder Judicial de la Nación

37609/2012 – “I., J. M. s/PROTECCION ESPECIAL

Buenos Aires, 15 de julio de 2014.-

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. A f. 387 la Sra. Juez de primera instancia desestimó la nulidad planteada por la Sra. C. M. I. en el ap. 1 de la presentación de fs. 377/383 contra las providencias dictadas a fs. 364 y 376. Contra aquella decisión, la nombrada interpuso recurso de apelación a f. 388, que fue concedido por la *a quo* a f. 391, y se tuvo por fundado con el citado libelo de fs. 377/383. A fs. 406/411 dictaminó la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, quien se expidió tanto respecto de la cuestión procesal debatida, como en relación al fondo del asunto, propiciando la confirmatoria de las decisiones de f. 387 y 317/325.

II. A los fines de una mejor comprensión de la materia objeto de apelación, resulta útil realizar un sucinto repaso del trámite procesal de las presentes actuaciones a partir del dictado de la sentencia de fs. 317/325.

A fs. 317/325 –con fecha 15 de noviembre de 2013- la magistrada de la anterior instancia decretó el estado de abandono material y moral del niño J. M. I. –de dos años de edad- y convocó a su madre, C. M. I., a una audiencia a celebrarse el día 5 de diciembre de 2013 con el objeto de anoticiarla del alcance y contenido de dicha decisión. A f. 349 el Dr. R. J. B., por entonces letrado patrocinante de la Sra. C. M. I., se presentó en calidad de gestor procesal de la nombrada y en tal carácter interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra el citado *decisum* de fs. 317/325. La *a quo* tuvo al mencionado letrado por presentado y por parte en los términos del artículo 48 del Código Procesal a f. 350; mas a f. 352 –el día 5 de diciembre de 2013-, luego de celebrada la audiencia señalada en la resolución de fs. 317/325, desestimó la apelación articulada por el Dr. B., en el entendimiento de que las manifestaciones vertidas en dicho acto por la Sra. C. M. I. importaban consentir la citada decisión y que, por ende, no se había ratificado la actuación del mencionado letrado como lo requiere el artículo 48 del ritual. Con posterioridad, a fs. 355/361 la Sra. C. M. I. planteó la nulidad de la referida audiencia y de todo lo actuado de allí en más, con sustento en no haber contado con patrocinio letrado en dicho acto; y, asimismo, ratificó la

USO OFICIAL

presentación del Dr. B. de f. 349. A fs. 364 –con fecha 19 de diciembre de 2013-, la magistrada de grado hizo lugar a la nulidad articulada y, en razón de la ratificación formulada, revocó el proveído de f. 352 y concedió el recurso de apelación introducido a f. 349. Luego, a f. 376 –el día 11 de febrero del corriente-, considerando que la Sra. C. M. I. había quedado notificada el día 20 de diciembre de 2013 –en los términos del artículo 133 del Código Procesal- del auto de f. 364, mediante el cual se le concedió el recurso de apelación y que, por ende, se hallaba vencido el plazo para fundarlo, la *a quo* declaró desierta la apelación en cuestión.

III. Se coincide con la sentenciante de grado anterior en punto a que, como regla, la providencia que concede un recurso de apelación se notifica *ministerio legis*, del modo previsto en el artículo 133 del Código de rito.

No obstante, corresponde valorar que la apelación de la que aquí se trata fue concedida en el marco de la resolución interlocutoria mediante la cual se decretó la nulidad de la audiencia del día 5 de diciembre de 2013 y, en consecuencia, se revocó el proveído dictado a f. 352; resolución que, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 135, inc. 13) del Código Procesal, debía notificarse en forma personal o por cédula.

Por lo demás, el relato efectuado en el considerando precedente permite apreciar el intrincado trámite procesal que precedió a la resolución de f. 364, razón por la cual la concesión de la apelación de f. 349 de todos modos debió haberse notificada personalmente o por cédula, por aplicación analógica de lo preceptuado por el inc. 12) del citado artículo 135 del ritual. Es que, en las condiciones expuestas, parece claro que el acto de concesión de la referida apelación, habida cuenta las alternativas procesales antes detalladas, tuvo lugar fuera de la oportunidad señalada por la ley para su cumplimiento.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la apelación articulada a f. 388 y dejar sin efecto la providencia de f. 376 que declaró desierto el recurso deducido a f. 349 contra la sentencia de fs. 317/325.

A su vez, a la luz de los principios de economía y celeridad procesal, teniendo en cuenta que la Sra. C. M. I. expresó sus agravios contra el referido *decisum* de fs. 317/325 en el punto 2 de la presentación de fs. 377/383, y que la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, a fin de

Poder Judicial de la Nación

no dilatar más la resolución del caso, se expidió también acerca del fondo del asunto en oportunidad de emitir su dictamen de fs. 406/411, a continuación el Tribunal dará tratamiento al recurso de apelación articulado a f. 349 contra el citado pronunciamiento de fs. 317/325.

IV. La Sra. C. M. I. sostiene que la sentencia de fs. 317/325 le causa agravios tanto a su hijo J. M. I., como a ella misma; por cuanto priva al niño de su derecho a ser criado por su madre biológica, en el seno de su familia, al mismo tiempo que la separa a ella de su hijo, impidiéndole ejercer su maternidad. Entiende la citada apelante que desde la promoción de las presentes actuaciones se ha evidenciado la utilización en el caso de conceptos estigmatizantes en relación a la posibilidad de ejercicio de la maternidad de una persona con discapacidad intelectual que, además, se encuentra en una situación económica precaria. En tal sentido, cuestiona en primer lugar la recurrente que se haya decidido el ingreso de su hijo J. M. a un Hogar, pese a que el último informe de la Maternidad Sardá –donde nació el niño y estuvo internado durante sus primeros meses de vida, debido a su nacimiento prematuro- daba cuenta de que la Sra. I. había aprendido a darle la mamadera, a cambiarle los pañales cuando lo requería, y que mantenía un vínculo afectivo con el bebé.

Al mismo tiempo, afirma la Sra. I. que, a pesar de la distancia que separa su domicilio -en Parque Patricios- del Hogar Querubines, en el que se encuentra alojado J. M. –en la localidad de Vicente López-, visitaba a su hijo diariamente y deseaba residir en forma permanente con él; y señala que en dicho hogar no se propició la integración madre-hijo sino que, por el contrario, su presencia molestaba porque alteraba las rutinas del lugar. Expresa que la alternativa que se le ofreció, al alojarla en un Hogar Maternal en proceso de adaptación sin su hijo fue errónea y estaba destinada al fracaso; y que, en definitiva, en ningún momento el Estado cumplió con su obligación de suministrarle los apoyos necesarios, dada su condición de persona con discapacidad intelectual, para que pudiera ejercer su maternidad. Solicita, en fin, que se revoque la sentencia apelada y que el Tribunal facilite la construcción de una red de apoyos para que pueda vivir con su hijo. Cita el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y destaca que el Comité sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad de la O.N.U. llamó la atención al Estado Argentino acerca del incumplimiento de la citada norma, instándolo para que ofrezca los apoyos necesarios para el ejercicio de la maternidad y paternidad de las personas con discapacidad. Invoca asimismo los artículos 3º, 7º, 11, 28, 37 y 41 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061.

V. De modo liminar, corresponde dejar sentado que en autos se ha dado acabado cumplimiento con la obligación legal de oír a los niños, a través de la audiencia celebrada el día 20 de septiembre de 2013 en el juzgado de origen, en cuyo marco la *a quo*, en presencia del Sr. Defensor de Menores de primera instancia, tomó conocimiento personal del niño J. M. I., como dijimos, de actuales 2 años de edad (ver f. 300). Por dicha razón, este Tribunal considera innecesario –por el momento- tomar un nuevo contacto con el niño. Es que también se trata de evitar al pequeño nuevos encuentros susceptibles de ocasionarle tal vez situaciones de angustia, miedo o inseguridad; por lo que en esta oportunidad nos parece indispensable tratar de preservar a Juan Mateo de tanta injerencia (conf.: esta Sala, 29-6-2007, “V., M. del R. s/ Protección Especial”, R. 465.462; íd, 19-3-2010, “G., A. c/ G., H. s/ art 250 CPCC, incidente de familia”, R.539.657).

VI. En la especie, como señala la recurrente, debe tomarse en consideración que, nuestro país -mediante la ley 26.378- ha aprobado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, uno de cuyos principios generales es *la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad* de quienes –como C. M.- presentan una discapacidad de cualquier índole; y, en su carácter de Estado Parte de dicha Convención, se ha comprometido a *adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos*; y a *velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella* (ver art. 4.1, aps. a) y d)).

En particular, el artículo 23 del mentado instrumento internacional obliga al Estado Argentino –en lo que aquí interesa- a *tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con la familia y la paternidad, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad*

Poder Judicial de la Nación

de condiciones con las demás; a asegurar su derecho a fundar una familia (ap. 1, inc. a); y a garantizar sus derechos y obligaciones en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares (ap. 2). Asimismo, la citada norma compromete a nuestro país a prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos (ap. 2), y establece que en ningún caso se separará a un niño de sus padres en razón de una discapacidad del niño, de ambos padres o de uno de ellos (ap. 4).

Ahora bien, sin perjuicio de los derechos y garantías que, conforme a lo reseñado, la mentada Convención reconoce a favor de las personas con discapacidad, debe ponerse de relieve que el ap. 2 del citado artículo 23 también prescribe que ***en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño***; mientras que el ap. 4 de la misma norma comienza diciendo que *los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño.*

VII. Desde la perspectiva del niño J. M. I., corresponde puntualizar que, si bien es cierto que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley 26.061 otorgan prioridad a la familia biológica como lugar donde el niño debe criarse y desarrollarse, no lo es menos que ese principio cede cuando la permanencia del niño en dicho medio familiar no se ajusta a su mejor interés.

En el referido orden de ideas, la última Convención citada reconoce el derecho del niño a *conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible* (art. 7); recoge el compromiso de los Estados Partes de *respetar las relaciones familiares del niño* (art. 8); y establece que *los Estados Partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando...tal separación es necesaria en el interés superior del niño...por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres* (art. 9, ap. 1). A su vez, en el ap. 1 del artículo 18 de la mencionada Convención, se dispone que *incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la*

responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, mas a continuación se señala que la preocupación fundamental será el interés superior del niño. Finalmente –en lo que aquí interesa-, en el artículo 20 del aludido cuerpo normativo se reconoce que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado; y que los Estados Partes garantizarán...otros tipos de cuidados para esos niños, entre los cuales se menciona el instituto de la adopción.

Por otro lado, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, preceptúa también que *la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías* (art. 7°). El artículo 11 de este ordenamiento legal reconoce el derecho de los sujetos de esta ley *al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares y a crecer y desarrollarse en su familia de origen;* pero establece en forma clara la excepción cuando *dicho vínculo amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley;* situación en que, *en forma excepcional, los niños tendrán derecho a vivir, y a ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva.* A su vez, el artículo 33, último párrafo, de la misma ley prescribe que *la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, permanente o transitoria, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización;* al tiempo que en el inc. f) del artículo 41 se establece que *no podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.*

VIII. En el caso bajo análisis, la progenitora C. M. I., conforme el ilustrativo informe suscripto por el psicólogo Lic. I. D., de la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *manifestaría en principio signos de retraso mental moderado, con pensamiento concreto.* En la aludida evaluación se detalla que *su forma de*

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

comprensión sería por repetición, ya que hay que proporcionarle las indicaciones varias veces para que pueda realizar una acción; que tras varios intentos llega a incorporar el trayecto de un lugar a otro, o como ir a una dirección; que presenta marcadas dificultades en cuanto a su aseo personal, necesitando apoyo al respecto, como así también en relación al control de la alimentación. Asimismo, se destaca que el contexto familiar se presentaría caótico, no aportando estimulación ni pautas de autoalimentación a la joven. Por último, el mencionado profesional infiere que C. M. padecería de retraso madurativo y debilidad mental, que la llevan a posicionarse como objeto de cuidado por los adultos (ver fs. 273/278). Este último aspecto ha sido corroborado por el Tribunal en oportunidad de la audiencia celebrada en esta sede el día 6 de junio próximo pasado, y resulta coincidente con lo observado por el equipo del “Hogar 26 de Julio”, que señaló a f. 329 que la preocupación de C. M. durante su permanencia allí estaba puesta en reencontrarse con su progenitor; que la joven extrañaba la presencia de su padre y lo que él le cocina.

En cuanto a las posibilidades de C. M. de vincularse con J. M., sin perjuicio de la evaluación más profunda que corresponderá realizar, no puede dejar de mencionarse que los profesionales del equipo técnico del Hogar Querubines manifestaron que la progenitora *alza a su hijo, pero sin actitud materna, no juega, no le habla, no le hace mimos, tampoco toma la iniciativa de darle de comer, cambiarlo*; resaltaron que *ese comportamiento está directamente relacionado con las limitaciones que padece Carmen Marisa, que resultan evidentes*; y señalaron que *toda la familia materna presenta limitaciones*.

IX. Cabe especificar el fuerte apego de C. M. a su padre, al que se hizo referencia en el considerando anterior, como a su hermano J., lo que pudo advertirse en la referida audiencia, y se evidencia especialmente cuando la progenitora explica que *cuando se retiró del Hogar no fue a visitar a J. M. porque deseaba volver al domicilio de su padre porque extrañaba a su hermano J.* (ver f. 422vta.). De ahí que, según dichos de la apelante, no se decide por tal motivo a aceptar la propuesta de A. —quien sería su actual pareja y padre de su segundo hijo— de ir a vivir con él y su madre —abuela paterna de

este bebé-, quienes estarían dispuestos a apoyarla –según dice- en la crianza de los dos niños (ver f. 423/vta.).

Ahora bien, el grupo familiar conviviente de la Sra. C. M. I. se halla integrado por su progenitor, el Sr. M. D. I., y por sus hermanos J. M. I. y M. L. C., de actuales 17 y 22 años de edad respectivamente. Ambos hermanos presentan discapacidad en el área cognitiva, y ninguno de ellos –como la propia C. M.- ha alcanzado la lectoescritura; de modo que es su padre quien sostiene –en todos los sentidos- este grupo familiar. En efecto, conforme surge del informe social agregado en copias a fs. 1/7, el Sr. M. D. I., de oficio lustrabotas desde hace más de treinta años, se ocupa de todas las tareas domésticas y de la atención de sus hijos, que requieren cuidados especiales y permanentes. Y no obstante que la Lic. en Trabajo Social -que suscribió el aludido informe- resaltó sus logros en materia habitacional, y al poder mantener la continuidad de la escolaridad y los múltiples controles de salud de los tres jóvenes a su cargo, también destacó que *no sería prudente sumarle nuevas responsabilidades, puesto que la realidad de este grupo humano se sostiene precariamente*. En el mismo sentido, el Lic. en Trabajo Social D. C., del equipo técnico de la escuela a la que asiste C. M., en el encuentro llevado a cabo en el ámbito de la Defensoría de Menores de Cámara, manifestó que *la casa de M. al día de hoy no sería adecuada, sin la mediación de terceros, para el alojamiento del niño* (ver f. 403).

Por otro lado, la madre de C. M., la Sra. M. R. C., reside en un instituto psiquiátrico desde hace catorce años; y, pese al intenso trabajo desarrollado por el Servicio Social de la Maternidad Sardá en el ámbito de su familia ampliada para la época del nacimiento de J. M., así como los intentos realizados desde la Defensoría de Menores de primera instancia interviniente en el caso, no se lograron identificar otros adultos responsables que pudieran acompañar y sostener a C. M. en la crianza del niño (ver fs. 13/16 y 18).

X. Tras una detenida lectura del material existencial de la causa, es dable advertir que desde el órgano administrativo de aplicación de la Ley 26.061 se han puesto en marcha diversas estrategias de intervención en el caso. Efectivamente, el Servicio de Salud Mental del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá informó el día 13 de mayo de 2012 que, además de las facilidades que la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales de ese

Poder Judicial de la Nación

establecimiento asistencial ofrece a todos los padres de recién nacidos, como modo de favorecer el apego madre-hijo; en el supuesto específico de C. M. I. se puntualiza que recibió la contención de los equipos de Salud Mental y Servicio Social, así como del equipo de la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral N° 36 a la cual concurre la joven, que envió una docente para enseñarle prácticas básicas de puericultura (ver al respecto el informe de la mencionada escuela a fs. 70/71, y el del Servicio de Salud Mental de la Maternidad Sardá a fs. 72/73).

Precisamente, las psicólogas que suscribieron el apuntado informe de salud mental señalaron que, a pesar de los esfuerzos referidos, *M. demostró grandes dificultades para involucrarse en el cuidado del recién nacido; que el tiempo junto al niño, así como las actividades de cuidado fueron escasas durante el lapso transcurrido desde su nacimiento –ocurrido el día 6 de abril de 2012-; que resultan muy evidentes las dificultades cognitivas y el déficit simbólico de M. para incorporar consignas de cuidado, tanto personal como hacia el niño; y que eran muy claras sus dificultades para dar respuesta a las necesidades del niño* (ver f. 12 y el citado informe posterior de fs. 72/73). Asimismo, el Servicio Social del mismo hospital, no obstante indicar que durante la última semana C. M. había aprendido a darle la mamadera a su hijo y a cambiarle los pañales bajo supervisión del equipo de salud, y que se la observaba mejor vinculada afectivamente con J. M., arriba a las mismas conclusiones (ver informe de fs. 13/16, datado el día 14 de mayo de 2012).

Tiempo después, durante los primeros meses de J. M. en el Hogar Querubines, C. M. recibió el apoyo del equipo de puericultoras “Madres que pueden”, especializado en el fortalecimiento del vínculo materno filial en el caso de mamás con discapacidad, cuya intervención fue facilitada por la Escuela de Educación Especial a la que concurre la progenitora (ver informes de fs. 92/94, del mes de agosto de 2012). Por otro lado, para la misma fecha, el Hogar Querubines informó que se había pautado una vinculación diaria entre C. M. y su hijo, según la cual la joven podía permanecer con el niño todos los días en el horario de 10 a 17 horas. Sin embargo, la lamentable *discontinuidad* de la presencia de la progenitora en el Hogar en los días y horarios pautados, motivó el cese –a fines del año 2012- de la intervención de

la Puericultora G. M., quien consideró que no estaban dadas las condiciones para desarrollar su labor.

En el mes de septiembre de 2012, C. M. había expresado su deseo de ser alojada junto a J. M. en una institución que pudiera contenerlos a ambos (ver presentaciones de fs. 108/115 y 118/119), inquietud que reiteró en la audiencia convocada por el juzgado de primera instancia en abril de 2013 (ver f. 175). Esta propuesta fue receptada por la Sra. Juez de primera instancia, quien trabajó arduamente a fin de conseguir los recursos necesarios para implementarla. Finalmente, la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proveyó para tal fin una vacante en el “Hogar 26 de Julio”, donde C. M. debía permanecer en período de adaptación, con la asistencia de un acompañante terapéutico, durante un lapso aproximado de quince días, para luego resolverse, contando con la pertinente evaluación de los resultados de dicho proceso de adaptación, acerca de la incorporación de J. M. (ver f. 231 y lo decidido por la *a quo* a f. 234). Esta estrategia *fracasó* en razón de que la progenitora no logró trasponer exitosamente el referido período de adaptación y se retiró del mencionado Hogar –al que había ingresado el día 19 de junio de 2013- el día 1° de julio (ver informe del “Hogar 26 de Julio” de fs. 328/329). Preguntada la apelante al respecto en la reciente audiencia convocada por este Tribunal, la joven explicó que *se angustiaba porque las otras madres estaban allí junto a sus hijos y ella no, y porque extrañaba a su hermano J.* En esta oportunidad, la joven manifestó también que *quiere vivir con su padre y hermanos y que allí también quiere vivir con J. M.* (ver f. 422vta.).

XI. En cuanto a los contactos de C. M. con su hijo J. M., el Hogar Querubines informó a fs. 155/156 -el día 21 de febrero de 2013- que si bien en los primeros meses a partir del ingreso del niño las visitas se producían en forma continuada, la situación cambió desde el mes de octubre de 2012, cuando la progenitora comenzó a ausentarse frecuentemente, ya sea porque tenía que acompañar a su padre al médico o por no contar con dinero para viajar, pese a que en muchas oportunidades se la ayudó económicamente. Conforme el detalle proporcionado a fs. 155/156, tales ausencias comprometieron aproximadamente un tercio de los encuentros pautados. En ciertas ocasiones C. M. avisaba al Hogar y explicaba los motivos por los

Poder Judicial de la Nación

cuales no se presentaría, y en otras no; algunas de las razones expresadas para justificar sus inasistencias pueden considerarse válidas –como, por ejemplo, cuando su padre o ella misma estuvieron internados- y otras resultan inadmisibles, teniendo en cuenta que la joven contaba con tres días a la semana libres para organizar el resto de sus compromisos sin perjudicar la continuidad de su vínculo con J. M..

En una posterior evaluación del Hogar Querubines, que data del mes de abril de 2013, se informó que las vinculaciones madre-hijo se produjeron en forma semanal durante el mes de marzo de ese año, y que a partir de abril se ampliaron a tres veces por semana. En cuanto a la calidad de tales encuentros, se relata que cuando C. M. llega al Hogar toma a su hijo en brazos, sosteniéndolo gran parte del tiempo, y que son los cuidadores quienes deben proponerle actividades, como darle de comer, jugar, cantarle o bañarlo (ver fs. 178/179).

En el informe del mes de junio del mismo año 2013, se reiteran las *múltiples inasistencias* durante el mes de mayo (ver f. 237). Luego, el día 1° de agosto de 2013, la Lic. M. T., en comunicación telefónica con la Lic. B., da cuenta de que la progenitora no visitaba a J. M. desde los primeros días del mes de junio. El reencuentro con el niño, a tenor de lo volcado a f. 295, se produjo recién el día 21 de agosto de 2013, oportunidad en la cual J. M. no reconoció a su madre y se mostró distante con ella. C. M. volvió a presentarse en el Hogar los días 28 y 30 de agosto del citado año, para luego ausentarse por un largo período de tiempo, hasta el día 13 de octubre de 2013 (ver lo informado a f. 365).

Por último, a fs. 417/418, el Hogar Querubines pone en conocimiento del juzgado de primera instancia que durante el mes de marzo del corriente año, conforme fuera pautado con C. M. y su letrada, la progenitora concurrió a visitar a J. M. una vez por semana; que se la observó más afectuosa con su hijo; que participó junto a su padre y hermanos del cumpleaños del niño; y que a partir del mes de abril los encuentros fueron incrementados a dos veces por semana, situación que se pudo mantener hasta mediados de ese mes, cuando la progenitora fue internada en el Hospital Ramos Mejía debido a complicaciones con su segundo embarazo, que culminaron con el nacimiento prematuro –con una edad gestacional de seis

meses- de su hijo M. D., quien debió permanecer internado en el Servicio de Neonatología de dicho establecimiento de salud. Esta última información fue confirmada por M. en oportunidad de ser entrevistada en este Tribunal el día 6 de junio próximo pasado (ver fs. 422/424vta.).

XII. Así las cosas, ha de coincidir con la Lic. P. E., del Servicio de Psicología de esta Cámara, en punto a que la circunstancia de que el Hogar donde se encuentra alojado J. M. se halle a una considerable distancia del domicilio de su progenitora y de la escuela, que constituye una valiosa fuente de sostén para ella, ha importado un factor significativamente desfavorable para la correcta evolución del vínculo materno filial entre C. M. y su hijo. Ello es así máxime si se tiene en cuenta el retraso madurativo y las limitaciones económicas de la joven progenitora, quien –según manifestara en esta sede- debía tomar dos colectivos para atravesar la ciudad hacia y desde el Hogar Querubines. Se acuerda también con la mencionada profesional que, tal como adelantara el Sr. Defensor de Menores de primera instancia al tiempo de dictaminar a f. 240, el “Hogar 26 de Julio” tampoco constituía el dispositivo apropiado para este caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que -más allá de los obstáculos reseñados- se verifica una realidad innegable, ella es que C. M. *no ha podido sostener* su deseo de ser la madre de J. M.. Se comparten en este punto las agudas observaciones emitidas por el representante del Ministerio Público ante la anterior instancia en su dictamen de fs. 303/ 315, al advertir que los períodos durante los cuales los encuentros entre C. M. y su hijo J. M. fueron más regulares coincidieron con los lapsos de tiempo en que la progenitora recibía apoyo y seguimiento por parte del equipo técnico del establecimiento educativo al que asiste; mientras que ella se debilitó en el ejercicio del rol materno en los recesos vacacionales (ver f. 305/vta.). Tal lo que acontece en el momento actual, en que la joven –e incluso su progenitor, el Sr. M. I.- cuenta con la decisiva orientación y apoyo de su actual letrada patrocinante.

Conforme a lo reseñado, es posible concluir que la Sra. C. M. I. requiere, a fin de conectarse con su rol materno, de permanente estímulo y contención. Cabe aquí recordar lo evaluado por el Lic. I. D. y las impresiones

Poder Judicial de la Nación

recogidas por el Tribunal en la audiencia del día 6 de junio pasado, en orden a que la progenitora *se posiciona como objeto de cuidado de los adultos*.

XIII. De lo hasta aquí expuesto, así como de las últimas presentaciones formuladas en autos por la Sra. C. M., y las manifestaciones que efectuara en el comparendo convocado por este Tribunal a su expreso pedido, se colige que el deseo actual de la progenitora –si bien se endereza a convivir junto a sus hijos J. M. y M. D.- apunta a hacerlo también con su familia de origen (su padre y sus dos hermanos), con el apoyo de un asistente personal y/o de una acompañante terapéutico. A su vez, en cuanto a la restante alternativa esbozada por la apelante en el referido encuentro ante esta Alzada, sin duda aparece como *endeble*; y ello a poco que se repare que se carece de toda información acerca de las posibilidades y voluntad real de los adultos mencionados por la joven para hacerse cargo del delicado rol que les cabría ocupar. Adviértase sobre el punto que el Sr. M. I. expresó que vio a A. (padre del segundo hijo) en una sola oportunidad, y que no tenía conocimiento de la propuesta que manifestara su hija (ver f. 424/vta.); a lo que se añade que la propia C. M. tampoco está convencida de llevarla adelante.

XIV. En relación a los recursos disponibles para sostener esta nueva propuesta de la progenitora –que se acaba de precisar- a f. 438 la Directora Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos, de la Secretaría de Derechos Humanos, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, manifestó haber realizado gestiones ante la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; y afirmó que tales recursos de apoyo -sin indicar concretamente cuáles- habían sido ofrecidos a través de la Línea de Crianza, cuidado, desarrollo y educación en la familia y la comunidad, de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de dicho organismo.

Ahora bien. Repárese que la mencionada Directora Nacional, del organismo indicado, se limitó a ofrecer la intervención de dicho área mediante la supervisión y acompañamiento de la familia por una profesional Licenciada en Trabajo Social, e hizo referencia a la posibilidad de otorgar un subsidio económico. Sin embargo, aclaró que la Dirección a su cargo no cuenta con el recurso de acompañante terapéutico y/o familiar; razón por la cual sería

necesario contar además con el compromiso y participación activa de todos los actores sociales de la comunidad (ver fs. 446/447).

En buen romance, lo señalado quiere decir –en concreto- que ni las gestiones de la Directora Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos, ni las labores anunciadas por la letrada patrocinante de la Sra. C. M. I. en el comparendo del 6 de junio pasado (ver fs. 426vta.), han resultado exitosas. La interpretación no puede ser otra, toda vez que mal puede entenderse que la supervisión de la familia por una Licenciada en Trabajo Social, con una periodicidad incierta, pueda constituir, ni remotamente, la clase de apoyo que necesitaría C. M. para asumir responsablemente la crianza de J. M..

La progenitora, por su parte, adjuntó a fs. 453/468 un escueto informe psicológico y una suerte de plan de trabajo de una acompañante terapéutica, que prevé que tal asistencia le sea brindada dos veces por semana, sin especificar quien y cómo se haría cargo del costo de los honorarios de la profesional. Va de suyo, sin la menor hesitación, que lo referido resulta *harto insuficiente* para dar cobertura a los requerimientos del caso.

Tal como está planteada la situación de la familia de autos, y a la luz de las consideraciones expuestas en el segundo y tercer párrafo del considerando XII de la presente, la pregunta a formularse es si C. M., sin contar con una red de sostén familiar adecuada, y aunque se le proporcione desde los organismos estatales pertinentes todas las medidas de apoyo que se juzguen apropiadas, se encuentra en condiciones *mínimas* para asumir eficazmente el rol materno respecto del niño J. M.; ello dicho, desde luego, desde la perspectiva –única posible- del *interés superior* de éste.

En el caso, obviamente, nos corresponde adoptar una decisión con la mayor premura. Es que el principio del debido proceso (art. 18 CN), cuya preservación es insoslayable para la garantía de todos los involucrados, tiene necesariamente que compatibilizarse con la *tutela judicial efectiva* de Juan Mateo; esto es, que se *cumpla* respecto de él el principio de efectividad contemplado en el art. 29 de la ley 26.061. Y al respecto, deberá tenerse presente que cada paso del proceso y cada diligencia que se practique, ha de consumir días, meses y años, mientras el niño afectado espera con incertidumbre quien se hará cargo de sus más elementales necesidades.

Poder Judicial de la Nación

Estamos entonces persuadidos que esas demoras, susceptibles de ocasionar daños irreparables, no deben ser toleradas por la jurisdicción. Repárese que el tiempo de los niños no es el de los adultos. En aquéllos está en juego, nada menos, que la *estructuración de su psiquismo*; y ello es así tan pronto se advierta que transitan por un proceso de desarrollo.

XV. No está de más recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, según el inc. 1º, de su artículo 3º, sienta el principio de que en toda actuación judicial debe velarse por el interés superior del niño, que se erige -por ende- en un principio rector del derecho procesal de familia (conf.: Kielnamovich, Jorge L., Derecho Procesal de Familia, ps. 58/65). Sobre el punto, téngase presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión “interés superior del niño” implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (conf.: CIDH, 28/08/02, Opinión Consultiva OC 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, L.L., 2003-B-312); y la ley del niño 26.061 lo definió como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley” (art. 3º).

En consecuencia, claro está que –como propicia la representante del Ministerio Público ante esta instancia- en todas las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal, se deberá tener en cuenta que el interés primordial de los niños ha de *orientar y condicionar toda decisión de los Tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos*; razón por la cual se requiere adoptar medidas especiales para su protección en atención a su condición de vulnerabilidad (ver CSJN, 6/02/2001, “Fallos”, 324:122; 2/12/2008, “Fallos”, 331:2691; 29/4/2008, “Fallos”, 331:941, entre tantos otros).

En el entendimiento apuntado, nuestra Corte Federal ha precisado que de la Convención sobre los Derechos del Niño, de naturaleza federal y supra legal, se desprende que los niños tienen derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica; de modo que, ante conflictos como los señalados, el interés moral y material de ellos debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra

ponderación que implique de alguna manera conculcar su acceso a la jurisdicción (conf.: CSJN, 1/06/2004, “Q., M.J. y otros c/ C., J. y Otros”, “Fallos”, 327:2074, y DJ, 2004-3-406). A lo dicho se le suma la existencia de una prescripción legal: el artículo 3, último párrafo, de la ley 26.061, dispone que *cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*

XVI. En la especie, nos encontramos ante *dos sujetos* respecto de los cuales se podría afirmar que gozan de protección especial: la madre, afectada con cierta discapacidad, y el pequeño niño J. M.. Por supuesto, aún en el caso de que se afirmara (aunque no coincidimos), que estamos ante intereses contrapuestos, obvio resulta que la preferencia no puede ser otra que por el niño de autos. Es que, más allá de la normativa legal citada y de la preservación de su interés superior, J. M. representa *el futuro, la humanidad en ascenso*; por lo cual los adultos –y entre ellos los que tenemos que decidir– no podemos hacer otra cosa que otorgarle a él una *prioridad indiscutible*. Por lo demás, sin perjuicio del precedente aserto, no creemos que en el caso exista una verdadera contraposición de intereses. Y ello es así a poco que se repare que, sin lugar a dudas, tiene que ser del interés de la propia madre brindar a su hijo el *mejor futuro posible*; sencillamente porque fue ella quien trajo al mundo al niño.

En consecuencia, si es que los jueces tienen el *deber primordial*, en circunstancias como las de autos, de hacer prevalecer el interés superior del niño (conf.: art. 23, aps. 2 y 4, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 9, ap. 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; y art. 11 de la Ley 26.061), no queda otra alternativa que poner quicio a un estado de cosas que se prolonga en el tiempo, con claro detrimento para la salud y bienestar del niño J. M. I. Sobre la cuestión, resulta elocuente la conclusión alcanzada por la Lic. E. en su informe de fs. 448/450, en cuanto afirma que *J. M. se encuentra constituyendo su aparato psíquico y necesita un ambiente facilitador que le proporcione la estabilidad y el sostén que asegure su salud psíquica, un ambiente donde también se pueda incluir la madre* (ver f. 449vta.). En pocas palabras, debe darse a este niño –antes que sea demasiado tarde– la *oportunidad de vivir con dignidad*; de manera que

Poder Judicial de la Nación

renegaríamos de nuestros compromisos con la comunidad si no le conferimos la posibilidad de ser integrado en una familia adoptiva que le permita crecer y desarrollarse en un ámbito de contención, cuidado y protección; sin perjuicio de lo que se dirá respecto de la madre biológica.

Desde luego, para así entenderlo, consideramos que en la presente causa queda configurado el *estado de desamparo* que habilita declarar la adoptabilidad de este niño. En esa inteligencia, pues, se desestimarán los agravios de la apelante; por lo que será confirmada, en lo principal que decide, la resolución recurrida.

XVII. Tal cual lo narramos, parecen claras las ostensibles dificultades de la Sra. C. M. I. para hacerse cargo de su hijo J. M. en forma cotidiana y para establecer con él una relación profunda y estable que le otorgue el marco adecuado para un saludable crecimiento psicofísico. Sin embargo, a pesar de lo dicho, debe también valorarse que la mencionada progenitora ha visitado a su hijo con alguna regularidad en el lugar donde está alojado el niño, estableciendo con éste cierto vínculo. El interés de C. M. en mantener relación y contacto con su hijo J. M. se ha evidenciado también en la audiencia llevada a cabo en la sede del Tribunal.

En el sentido indicado, el informe del Servicio Social de la Maternidad Sardá, obrante a fs. 13/16, da cuenta de que -aún antes del nacimiento de J. M.- tanto C. M. como su progenitor, si bien plantearon sus dudas acerca de sus posibilidades de hacerse cargo de la crianza del pequeño, *manifestaban su deseo de mantener un vínculo afectivo y constante con el bebé*. Con posterioridad -el día 12 de junio de 2012- desde ese Servicio Social se puso de manifiesto que *la Sra. C. M. I. ha podido mantener un vínculo afectivo con su hijo*, y que tanto *el abuelo del pequeño como su madre nunca han manifestado deseos de estar alejados del niño* (ver f. 26). A su vez, en el informe actualizado de la Lic. en Servicio Social A. G., de la Defensoría de Menores de Cámara, se dejó constancia que *M. L. C. manifestó mucho cariño y afecto por su sobrino y que M. I. desea obtener a su nieto y disfrutarlo* (ver f. 405). Por su parte, el equipo de la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral N° 36, a la que concurre C. M., destacó que -ya durante su embarazo de J. M.- podía inferirse del discurso de la joven su deseo de ser Madre; así como su capacidad de “alojar” a su hijo desde un punto de vista

simbólico; y también relató que la joven trasmitía al establecimiento escolar su alegría y afecto cuando tenía cada encuentro con su bebé, mostrándose orgullosa y feliz del crecimiento y logros de él (ver el informe de fs. 441/443).

XVIII. En el referido marco de situación, no obstante no ser éste el momento procesal oportuno para decidir el alcance con que será acordada la adopción de J. M. I., y sujetos a lo que exhiba en su momento la *dinámica* que es propia de estas relaciones, desde ya el Tribunal estima que de ningún modo debe descartarse que la apelante y su hijo continúen sosteniendo un vínculo adecuado. De ahí que en el caso se nos aparece *prima facie* en escena el llamado *triángulo adoptivo-afectivo*; esto es, la configuración de una *situación triangular*, en la que se produce la confluencia de dos familias –la biológica y la adoptante- y el mismo adoptado, en las que éste quede integrado *en una y otra*, por supuesto con el pertinente apoyo psicológico para todas las personas involucradas.

Por lo dicho, la situación de la causa indica que todo se encamina a sostener que no habrá que propiciar en la especie el denominado *principio de exclusividad*, opuesto en esencia al ya mencionado triángulo adoptivo, dado que lo que se impone en el caso es la *flexibilidad*, y ello en un marco que respete la *identidad* del niño en un sentido integral; vale decir, en sus facetas *estáticas y dinámicas*.

Lo que aquí se anticipa –la propuesta de integración entre la familia biológica y adoptiva- no es novedosa. Nuestra Corte Federal, al menos en dos fallos trascendentes, así lo ha postulado (conf.: CSJN, 2-8-2005, “S., C.” (S. 1801.XXXVIII), ED, 214-145; LL, 2006-B, 346; íd., 13-3-2007, “A., F.”, “Fallos”, 330:642, LL, 2007-B, 686 y *Online* AR/JUR/153/2007, y dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal).

Sin perjuicio de todo lo precisado, no cabe duda que en esta causa han de desempeñar un *rol trascendente* los especialistas, a los fines que nos ayuden a determinar –con la mayor precisión posible- cuál es el interés superior de J. M.. Es que serán ellos los que *han de transmitir al Tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad*, toda vez que *en los saberes no jurídicos esa mediación resulta fundamental* (ver CSJN, 14-9-2010, “V., M. N. c/ S., W. F.” (V.777.XLII), dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos el Tribunal hace suyos). En este punto, no podemos omitir

Poder Judicial de la Nación

mencionar las ambivalencias, contramarchas y cierta pasividad que exhibe o pueda haber exhibido C. M.. Por eso, estimamos que también a su respecto deviene dirimente que los profesionales especializados –tras los estudios del caso- hagan saber sus conclusiones; entre ellas, si estiman genuinos y autónomos sus requerimientos y el saldo positivo (o eventualmente negativo) que se derive para su pequeño hijo.

En el entendimiento apuntado, no obstante la decisión concreta que se termine adoptando en el caso, no dudamos que corresponde mantener los contactos entre C. M. y J. M.. A dicho efecto se dispondrá, como sugiere la Lic. E. en su informe de fs. 448/450, un régimen de encuentros asistido, con una frecuencia semanal como mínimo, con intervención de la institución Escrabel, que –conforme averiguaciones efectuadas por el Tribunal- dispone de un programa de acompañamiento gratuito que reúne las condiciones para tal fin. Esta modalidad incluirá, en el momento y con la frecuencia que estimen convenientes los profesionales de Escrabel, al hermano recién nacido de J. M. –el niño M. D.-, y se mantendrá hasta tanto se cuente en autos con los estudios de la progenitora y el niño que se ordenarán. Una vez elaborados éstos, la Sra. Juez de primera instancia deberá decidir acerca de la continuidad y modalidad de los encuentros en cuestión, de conformidad a lo aconsejado por los especialistas que tomarán intervención en el caso. Asimismo, la institución Escrabel deberá presentar en autos un informe mensual que detalle la calidad de los encuentros entre madre e hijo y la evolución del vínculo materno-filial que pudiere observarse.

XIX. En atención a que, como ya lo puntualizamos, la relación entre la progenitora y su hijo no ha sido constante, sino que fue objeto de prolongadas interrupciones, el panorama dista de ser sencillo. Es que no pueden dejar de evaluarse las posibles consecuencias que esta modalidad de vinculación que se dispone entre C. M. y J. M. pudieran producir en la faz psíquica y emocional de éste. Por tal motivo, en virtud de las precedentes consideraciones, y tal como lo anticipamos, se resolverá que se practique un amplio psicodiagnóstico a la progenitora C. M. I., orientado específicamente a indagar acerca de su deseo de establecer un vínculo y contacto con su hijo J. M., como así también para que se pronuncie respecto de la capacidad de maternaje de la mencionada progenitora. La evaluación, a fin de facilitar a la

madre su concurrencia al espacio, y asegurar la calidad de la atención que se le brinde, deberá realizarse en el Hospital General de Agudos Dr. J. María Ramos Mejía, sito en la calle Gral. Urquiza 609 (tel.: 4127-0437/0238); a cuyo fin deberá librarse el pertinente oficio dentro del plazo de diez días, cuya confección y diligenciamiento se pone a cargo de la recurrente.

Se ordenará, también, que la recurrente inicie un tratamiento psicológico individual orientado especialmente a la buena relación materno-filial, en el mismo establecimiento asistencial, debiendo librarse el oficio de estilo, también a cargo de la madre biológica, en el plazo de diez días. El terapeuta a cargo del tratamiento en cuestión deberá presentar en el expediente un informe trimestral acerca de la evolución del tratamiento, haciendo saber el compromiso de su paciente con aquél, correspondiendo elevar el primero de ellos el día 14/11/2014.

Para mayor ilustración del cuadro familiar, y de las motivaciones del psicodiagnóstico y tratamiento ordenados, la Sra. C. M. I. deberá entregar a los profesionales que intervengan una copia íntegra de la presente resolución, adjuntándose a los autos constancia que acredite la mencionada recepción por éstos.

Por último, se dispondrá que se practique una profunda evaluación psicodiagnóstica al niño J. M. I., con las técnicas que los profesionales que la tomen a cargo consideren apropiadas, con la finalidad de indagar acerca de las características y calidad del vínculo de este niño con su progenitora C. M. I., para establecer si es conveniente para la salud psicofísica del pequeño mantener el contacto con su madre biológica y, en su caso, con que entidad y características. Esta evaluación se llevará a cabo en el Centro de Salud Mental y Acción Comunitaria N° 1 “Dr. Hugo Rosarios”, sito en la calle Manuela Pedraza 1558, de esta Ciudad de Buenos Aires (tel.: 4702-7489/7817//9657). Para así decidir, se tiene en cuenta la relativa proximidad de este establecimiento asistencial con el lugar de residencia actual de J. M.. A tal efecto, se libraré oficio por la Sra. Tutora Pública del niño, dentro del plazo de diez.

Se encomienda el seguimiento y coordinación de las evaluaciones y los tratamientos dispuestos, a la Lic. P. E. del Servicio de Psicología de la Cámara. Se la autoriza a ese fin a tomar contacto con los profesionales que

Poder Judicial de la Nación

tomen a su cargo dichas tareas; con la Sra. C. M. I.; con los letrados y funcionarios que intervienen en autos; y, en fin, con el equipo técnico del Hogar Querubines.

Habida cuenta el modo en que se resuelve, se requerirá a la DNRUA la remisión de los legajos de las familias que se encontraren en condiciones de acoger a este niño en las condiciones que resultan de la presente. Ello importa precisar que deberán tratarse de grupos familiares con disposición a aceptar el llamado triángulo adoptivo, de manera que no se planteen obstáculos para la eventual continuación del vínculo de J. M. con su progenitora y los otros miembros de la familia materna.

XX. A mérito de las razones expresadas, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara, el Tribunal RESUELVE: 1) Hacer lugar a la apelación articulada a f. 388 y dejar sin efecto la providencia de f. 376 que declaró desierto el recurso deducido a f. 349 contra la sentencia de fs. 317/325. 2) Confirmar el *decisum* recurrido de fs. 317/325, en lo principal que decide. 3) Dejar a salvo la posibilidad de que la Sra. C. M. I. pueda mantener contactos con su hijo J. M. I., con el acompañamiento terapéutico y la modalidad detallada en el considerando XVIII. 4) Ordenar que se practiquen a la Sra. C. M. I. y al niño J. M. I. las evaluaciones psicodiagnósticas indicadas en el considerando XIX. 5) Disponer que la progenitora efectúe un tratamiento psicológico individual, en los términos del citado considerando XIX. 6) Resolver que los legajos que debe remitir la DNRUA cumplan con los recaudos señalados en el mencionado considerando XIX.

Notifíquese, a la Sra. Defensora de Menores de Cámara en su despacho, regístrese, publíquese (conf. Ac. 24/2013 CSJN) y, oportunamente, devuélvase.

Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi – Omar Luis Díaz Solimine – Claudio Ramos Feijoo.-