

## Proteccion De Menores Guarda Preadoptiva Restitucion A La Madre Biologica Discapacidad Mental

### JURISPRUDENCIA

### Protección de menores. Guarda preadoptiva. Restitución a la madre

biológica. Discapacidad mental Se revoca la sentencia que tuvo por verificado el estado de desamparo del infante y habilitó su entrega en guarda preadoptiva, pues surge acreditado un dispositivo de sostén y apoyo familiar que permite la convivencia del niño con su madre y, por el contrario, la separación del vínculo materno tendría consecuencias importantes en su vida futura, particularmente a partir de la dilatada institucionalización y de las rupturas frecuentes y prolongadas con las personas con las que se vincula.

Buenos Aires, 7 de junio de 2016 Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por C.M.I. en la causa I., J. M. s/ protección especial", para decidir sobre su procedencia. Considerando: Que los agravios de la apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante de fs. 90/97 vta., cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. En uso de las facultades previstas por el art. 16 de la ley 48, dispónese el reintegro de J.M.I. a su madre, con un proceso previo de adaptación, debiendo implementarse con la premura del caso las medidas indicadas a fs. 51 vta. párrafos siete a nueve, fs. 52 párrafo siete, fs. 69 in fine/69 vta. y fs. 70, párrafo final, e instaurarse un monitoreo a cargo del organismo de aplicación que, de ser preciso, podrá adoptar las previsiones necesarias para garantizar los derechos del menor, tal como se propone a fs. 52 vta. penúltimo párrafo. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI ELENA I. HIGHTON de NOLASCO JUAN CARLOS MAQUEDA Suprema Corte: -I- La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirma la resolución de primera instancia, en cuanto decreta el estado de abandono moral y material de J.M.I., en los términos del artículo 317, apartado a), segunda parte, del Código Civil entonces vigente, y deja a salvo la posibilidad de que C.M.I. pueda mantener contactos con su hijo J.M.I. Contra ese pronunciamiento, la progenitora dedujo recurso extraordinario federal, el que fue denegado y dio lugar a la presente queja (fs. 317/325, 364, 376, 387, 391, 406/411, 472/482, 491/512, 514/522 y 523/524 del principal, a cuya foliatura aludiré salvo aclaración en contrario, y fs. 38/42 del legajo respectivo). Conferida vista a la Sra. Defensora General de la Nación, se expidió, en definitiva, porque se admita el recurso y se deje sin efecto la decisión apelada (fs. 53/60 y 80/84). -II- En resumen, estas actuaciones se promovieron a partir del informe socio- ambiental producido en mayo de 2012 por la licenciada en trabajo social del juzgado en el que tramita el proceso ?C., M. L. s/ insania?. En esa ocasión, se puso de resalto ?... la grave situación de vulnerabilidad en la que se encuentra [J.M.I.], nacido el 6 de abril de 2012...?, hijo de una hermana de la causante, llamada C.M.I., quien también padece una discapacidad mental (fs. 8/10). Sobre tal base, el Ministerio Pupilar promovió este trámite de ?protección especial? respecto del entonces neonato, lo que motivó su derivación desde el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá al ?Hogar Querubines?, en el que permanece desde el día 06/07/12 (esp. fs. 19, 32/33, 39/40 y 59). Con anterioridad al traslado del infante, la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral n° 36, a la que concurre la progenitora, había advertido acerca de la necesidad de que el bebé y su madre se alojaran juntos (esp. fs. 90/91). Frente a la insistencia de la institución educativa, la estrategia aconsejada fue subordinada a una previa evaluación psiquiátrica de la madre, indicada por la psicóloga de la maternidad Sardá (cf. fs. 29/30, 92/94, 100 y 102/103). A tal efecto, el 28/08/12, se libró cédula al Director del Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Moyano; solicitud ésta que se reiteró -a instancias de la madre- con el requerimiento específico de que se estudiara si ella puede ejercer su capacidad maternal en forma independiente (cf. fs. 29/30, 103,108/115,116,117,121 y 125). Finalmente, ante la petición cursada en el mes de diciembre de 2012, la junta evaluadora del Hospital Moyano informó que C.M.I. ?se encuentra en condiciones de convivir y realizar el cuidado de su hijo, bajo control y supervisión periódica? (cf. fs. 129 y 142/145). Paralelamente, y por iniciativa de C.M.I., en octubre de 2012 se habían iniciado gestiones para que la Dirección General de la Niñez local y el ?Hogar Nazareth? estudiaran la viabilidad del alojamiento conjunto de madre e hijo (fs. 108/115, 118/119 y 123/124). El 30/04/13, el Gobierno de la Ciudad informó que no cuenta con hogares que se adapten a tal objetivo, respuesta que motivó el señalamiento del Ministerio Pupilar en el sentido de que la inexistencia de dispositivos adecuados no excusa al Poder Ejecutivo de brindar sistemas de apoyo, en lo que atañe a la discapacidad y a la maternidad, por lo cual, debían urgirse las medidas administrativas para obtener una solución apropiada en cuanto a la prestación de asistencia conjunta para madre e hijo (en esp. fs. 186,189, 191 y 193). En el mes de junio de 2013, la Dirección de la Niñez local suministró una alternativa de albergue escalonado a verificarse en el ?Hogar 26 de Julio?. Esa propuesta fue observada por el Sr. Defensor de Menores, en función de sus serios defectos. Así, indicó que el ?Hogar 26 de Julio? está destinado a albergar mujeres adultas en situación de vulnerabilidad, por lo que carece de la aptitud como para atender a

una madre con discapacidad y su hijo. Avizoró riesgos concretos de fracaso en la utilización de este dispositivo y llamó la atención sobre la gran distancia entre el hogar y la escuela especial, único espacio de apoyo positivo para C.M.I. Agregó que, entre las modalidades del tratamiento, debe figurar un subsidio para viajes. Sin perjuicio de ello, consintió la propuesta oficial como un intento, aunque imperfecto, de sostener el vínculo (v. fs. 231/232, 234, 240, 243/44, 248 y 250 entre otras), pero como lo había predicho ese intento fracasó, sin que la madre y su hijo conviviesen. Los informes posteriores demuestran la inconstancia de C.M.I. en la vinculación con su hijo dada la distancia física entre ambos hogares y sus limitaciones madurativas (fs.273/280). En consecuencia, se la intima a que en el plazo de cinco días exprese un proyecto de vida concreto sobre su hijo J.M. (fs.292), notificándose tal requerimiento en el domicilio constituido de C.M.I. Ante su silencio se resuelve -teniendo en cuenta las limitaciones madurativas de C.M.I. en hacerse cargo del niño y no contar con los debidos apoyos ni un marco familiar continente- que J.M.I. tiene derecho a una existencia sana en un hogar y a no estar institucionalizado de por vida, de manera tal que los padecimientos de base de la madre, quien no pudo elaborar un proyecto vital, no dejan otra opción que decretar el estado de abandono y adoptabilidad del niño. Apelado el fallo, la alzada desechó el recurso de la progenitora, con fundamento principal en el interés prevalente de J.M.I., cuyo estado de desamparo tuvo por acreditado, al tiempo que calificó de insuficientes las propuestas diseñadas tanto por C.M.I. como por los organismos estatales. No obstante ello, la sala valoró que la madre había visitado al hijo con alguna regularidad y entablado ciertos lazos, con el anhelo de conservar el contacto. Por lo tanto, concluyó que no se puede descartar que la apelante y el niño sigan relacionándose, siempre y cuando los profesionales especializados lo evalúen positivo para J.M.I., hasta mediante un triángulo adoptivo-afectivo en el futuro, a cuyo fin, ordenaron la realización de estudios psicodiagnósticos a propósito de la capacidad de maternaje y de las características y la calidad del vínculo materno-filial? (cfr. fs. 472/482 del expediente principal).

-III- Si bien puede discutirse si lo decidido configura una resolución definitiva en el estricto sentido técnico procesal, es indudable su virtualidad para generar perjuicios de muy difícil o de imposible reparación posterior -lo que autoriza a reputarla con tal alcance-, en tanto cancela la posibilidad de que el niño J.M.I. sea criado por su madre biológica (doctrina de Fallos: 312:1580; 328:2870; 330:3055; 331:941). Asimismo, aunque la situación de adoptabilidad remite, a priori, al estudio de aspectos fácticos y procesales y de una institución del derecho común, estimo que el debate suscitado en autos pone en tela de juicio la inteligencia y aplicación de los tratados sobre los derechos de los niños y de las personas con discapacidad, y su directa incidencia sobre la aplicación de reglas de derecho de familia que han de ser entendidas a la luz de los principios y previsiones de aquellos convenios, por lo que existe cuestión federal de significativa trascendencia (cfr. arts. 31 y 75, inc. 22, C.N., y 1, 2 y 706, C.C. y C.; y doctrina de Fallos: 323:91, considerandos 7º y 8º; 328:2870, considerandos 3º y 4º; y 331:147). Finalmente, atento a que los agravios atinentes a la tacha de arbitrariedad se encuentran inescindiblemente ligados a los alcances de los preceptos federales, ambas aristas se examinarán conjuntamente (cfr. Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

-IV- En el presente caso, los sujetos centralmente afectados son J.M.I., de cuatro años de edad, y C.M.I., su madre con discapacidad mental. Por ende, la cabal comprensión del tema exige, ante todo, situarnos en la perspectiva que aporta el derecho internacional de los derechos humanos, en las áreas de la niñez y de la discapacidad. En ese marco, cabe señalar, en primer término, que la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad. Asimismo, impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender, como consideración primordial, al interés superior del niño (v. art. 3.1); el de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8); el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y por que mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (v. art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18); el de cuidar que la adopción sólo sea autorizada por los órganos competentes, con arreglo a las leyes y a los procedimientos y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, siempre que se acredite que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales (v. art. 23); y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25). Con igual jerarquía normativa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene, entre los deberes estatales y los derechos tutelados, la protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardado por ésta y por el Estado (arts. 17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2 y 24). El respeto de esas directivas por los Estados, ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la

excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que -de disponerse- debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos del niño (cf. *Forneron e hija vs. Argentina*?, sentencia del 27/04/12, esp. párr. 48, 116, 117, y 123; *Chitay Nech y otros VÍ. Guatemala*?, sentencia del 25/05/10, en esp. párr. 101, 157 y 158; *Gelman vs.*, Uruguay?, sentencia del 24/02/11 ; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17/02], esp. párr. 65 a 68, 71 a 77 y 88; y párr. 4 y 5 de las conclusiones finales del informe). Desde otra vertiente y a la luz de los ejes conceptuales adelantados en su preámbulo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ratificada por ley 27.044), consagra explícitamente como principios generales del sistema: la autonomía individual, que incluye la prerrogativa de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la igualdad de oportunidades; y la accesibilidad (ver, especialmente, acápites c, e, j, n, s, t, y x del preámbulo, y art. 3, CDPC) y concordantemente las obligaciones de los Estados partes para efectivizar esos derechos (art.4,12,19,26 y conc). En concreto, el artículo 23, dedicado al respeto por el hogar y la familia, dispone que "... [l]os Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con... la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás?; a cuyo fin garantizarán la prestación de "... la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos..." (acápites I.b y 2). Ese temperamento rector enmarca la noción de "ajustes razonables" cuyo aseguramiento queda a cargo de los Estados y que, en la lógica de la CDPD, apunta no solo a la accesibilidad del entorno físico sino, principalmente, al ejercicio de todos los derechos humanos (arts. 2 y 5). Tal paradigma supone que la capacidad jurídica -reconocida por el art. 12-, no solo hace referencia a la titularidad de los derechos sino, centralmente, a su completo ejercicio por el propio individuo. Por ende, trae consigo la incorporación de esos ajustes razonables, cuya implementación efectiva deben garantizar los Estados.(v. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: O.G. n° 1 (2014), "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley" [CRPD/C/GC/1, 19/5/2014], en esp. párrafos 3, 5, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 28 y 30; "Guía..."? pág. 97/99; "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad"; resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU [A/RES/48/96, 04/03/1994], esp. arts. 4 y 9)- Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Furlan y familiares v.y. Argentina", del 31/08/12 respecto a los derechos de una persona con discapacidad, expresó que no basta con que los países se abstengan de violar derechos, sino que es preciso adoptar medidas positivas, determinables en función de las especiales necesidades de tutela del sujeto de derecho (párr. 133 y 134). En igual sentido se dirige el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pues, aun cuando no alude a estas personas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) interpreta que ellas son titulares plenas de los derechos aceptados por dicho Convenio y aclara que los Estados tienen la obligación de tomar acciones positivas para equilibrar las desventajas estructurales de estos miembros vulnerables de la sociedad y conferirles el merecido trato preferencial, que involucra invariablemente la provisión de recursos adicionales y la amplitud de las medidas específicas, sobre todo en tiempos de restricciones económicas (v. Observación General n° 5, "Personas con discapacidad" [Sesión 11a., 09/12/1994], esp. párrafos 6, 9, y 10). Entre ellos, el derecho a fundar su propia familia ( art. 10 del PIDESC; O.G. n°5, párrafos 30 y 31). Luego, a la par de explicitar el derecho de las mujeres con discapacidad a constituir su propia familia tanto el CRPD como el CESCR y la Asamblea General de la ONU, aceptan tres estándares rectores de singular peso en autos, a saber: la prestación de servicios de apoyo indispensables para incrementar el nivel de autonomía en la vida cotidiana y el ejercicio de los derechos; la adaptación de esos servicios a las necesidades específicas de cada individuo, así como la consideración de esas necesidades como base principal para la adopción de las decisiones; y el derecho a soportes especiales para el ejercicio de la parentalidad. Asimismo, insisten en que esos aspectos deben garantizarse desde el Estado con medidas activas (Observación General n° 1 [CRPD], parág. 8, 18 y 35; O.G. n° 5 [CESCR], esp. parág. 17, 30, 31 y 33; v., asimismo, "Programa de Acción Mundial para los Impedidos", aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resol. 37/52 [A/37/51] del 3/12/1982; esp. cap. I, parágs. 21 y 24 del ap. "F?", y parág. 36 del ap. "G?"; "Normas Uniformes...?": Introducción, Conceptos fundamentales de la política relativa a la discapacidad, Logro de la igualdad de oportunidades; esp. parág. 25). Más recientemente, el CRPD instó a la Argentina para que incorpore en su marco legislativo contra la discriminación el concepto de ajustes razonables y a que reconozca expresamente en la legislación y reglamentación pertinente que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación por motivos de discapacidad (v. Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, "Examen de los informes presentados por los Estados en virtud del artículo 35 de la Convención; Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?"; esp. párr. 12. En análogo sentido, Observación General n° 20: "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales artículo 2, párr. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" [E/C.12/GC/202; julio de 2009], par. 28; asimismo, "Guía..."? pág. 99). Con iguales objetivos, la

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 25.280. Por otro lado, además de contemplar expresamente el deber de interpretar las reglas y resolver las cuestiones conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos en los que la República sea parte, el Código Civil y Comercial asume la centralidad del pleno goce de derechos y de la capacidad de ejercicio; y, en consecuencia, reconoce la entidad que tienen los apoyos y ajustes pertinentes, así como la presunción de capacidad y la excepcionalidad de su restricción (arts. 1, 2, 23, 31, 32, 43, C.C. y C.). Esa concepción también provee sustento, con la imperatividad propia del orden público, a la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental (arts. 1, 3, 5, 11 y 45). Asimismo, tomando como criterio rector el interés superior del niño, la ley 26.061 -de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes- reitera, entre otros, los principios acerca del derecho a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3.c); al deber estatal de asegurar asistencia para que los padres puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones (art. 7); a los derechos a crecer y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la identidad, y a que el Estado garantice el vínculo y el contacto directo y permanente con aquélla (art. 11); al derecho a vivir, a ser criados y a desarrollarse en un espacio familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley y excepcionalmente, supeditado a la imposibilidad de crianza por la familia biológica (art. 11); y a la igualdad legal, sin discriminación por motivos de posición económica, origen social, capacidades especiales, impedimento físico o de salud, o cualquier condición del menor o de los padres (art. 28). Sobre tal base, la ley dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias -que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal- no es sustitutivo del grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. arts. 33, in fine, 40 y 41, incs. b, c y f). -V- En la resolución recurrida, el tribunal superior de la causa tuvo por verificado el estado de desamparo del infante y habilitó su entrega en guarda preadoptiva. Entonces, procede revisar si tal pronunciamiento se adecúa a los estándares anteriormente reseñados y a la muy exigente justificación que impone una resolución de esa clase, de conformidad con los antecedentes de esa Corte (arg. Fallos: 331:2047, voto de la jueza Argibay, consid. 7°). En esa tarea, observo ante todo que C.M.I. se mantuvo a derecho durante el curso del presente proceso, en el que participó activamente y en el que permaneció a disposición de los tribunales, perseverando en la voluntad de hacer efectiva su función materna. Es de resaltar -tal como se reseñó en el punto II-, que la presente acción de protección de persona no se inicia por la demostración de la incapacidad de la madre en la crianza de su hijo, ya que se dispone su apartamiento y derivación a un hogar directamente al ser dado de alta del servicio de Neonatología luego de su nacimiento, sin haberle permitido en ningún momento convivir con éste, lo que ha venido reclamando en todo el proceso. Distinta es la situación que ha vivido C.M.I. desde el nacimiento de su segundo hijo, que actualmente tiene dos años, el que siempre ha estado a su cuidado y del que no existe planteo alguno de autoridad administrativa, profesionales de la salud y/o judicial que indicaran que debía ser apartado de su madre o que ella y su entorno familiar no cumplan adecuadamente con la crianza del niño. Así surge de los informes . del equipo multidisciplinario de la Defensoría General de la Nación (fojas 47/52 y 67/70 de la queja), los que se deben tener en cuenta por su conexión con la adecuada solución del problema, aun cuando sean sobrevinientes a la interposición del remedio extraordinario (cfse. Fallos: 329:4007,4309, 4717; 330:5, 240, 640 y 642, entre muchos otros). De la primera de esas intervenciones emerge que tanto la madre como el abuelo expresan "... su deseo de que el niño viva con ellos y comparta la cotidianeidad con su hermano y sus tíos en la vivienda que habitan?. En tal sentido, se dice que es destacable el amor que manifiesta C.M.I., cuyo deseo de criar a su hijo le ha permitido superar sus dificultades y límites, demostrando, desde el nacimiento, su voluntad y lucha para vivir con su hijo y ejercer su maternidad. En el informe se resaltan los vínculos significativos y permanentes, en el marco familiar extenso, que satisfacen las necesidades alimenticias y de abrigo del menor, en un clima emocional que permitirá su desarrollo y crecimiento (v. fs. 51). Por otra parte, si bien los expertos reconocen que cuando nació J.M.I. su madre no contó con los apoyos suficientes para ejercer su rol, en la actualidad ponderan que ello ha cambiado. Al respecto, expresan que C.M.I. aprendió la función parental, la cual ejerce con otro hijo más pequeño -M.D.I., nacido el 17/04/14-, a lo que se adiciona que ahora dispone de apoyos para desempeñarse como madre y garantizar el afecto, los cuidados y la estimulación emocional, social y cognitiva, así como la trasmisión de su historia y los propios valores culturales y sociales (fs. 51 y vta.). En el informe se dice, además, que la actual maternidad de C.M.I. permite demostrar que cuando es ayudada y dispone de apoyos, puede ejercer ese rol, valorando para ello el acompañamiento terapéutico que recibe, el que se juzga necesario ampliar y adaptar en relación a J.M.I. Se adiciona que C.M.I. sostiene su espacio psico-terapéutico individual, que acude a cursos de capacitación laboral y a grupos para madres y padres, y que estaría en condiciones de realizar labores sencillas, remuneradas, en la

escuela a la que asiste, en jornadas reducidas, a fin de conciliar esas tareas con sus responsabilidades de crianza (fs. 51 vta.). En función de lo anterior, se concluye que media un dispositivo de sosten y apoyo familiar e institucional que permite la convivencia del niño con su madre y que, por el contrario, la separación del vínculo materno tendría consecuencias importantes en su vida futura, particularmente, a la luz de la dilata institucionalización y de las rupturas frecuentes y prolongadas con las personas con las que se vincula (fs. 52 y vta. del legajo cít.). Esas constataciones son reiteradas en la actualización producida en el mes de noviembre de 2015, en la que se arriba a conclusiones insoslayables en el sentido de que el niño M.D.I. se vincula afectivamente con C.M.I. y que se observa una relación amorosa madre-hijo que presenta conductas de apego -búsqueda de proximidad y mantenimiento de cercanía física alrededor de ella, como figura diferenciada-. Allí se sostiene que los apoyos eficaces implementados han fortalecido el protagonismo de C.M.I., en igualdad de oportunidades con otras madres, y se reitera que el despliegue que ella realiza en el ejercicio de su maternidad respecto de su hijo menor es indicativo de que, con su diversidad funcional, puede proporcionar a J.M.I. un vínculo permanente, significativo y afectivo para satisfacer las necesidades de alimento y abrigo del niño, en un clima emocional que permitirá su desarrollo, en la medida de su acceso a una variedad de servicios de apoyo (v. fs. 68vta. y 70 de la queja). No es ocioso anotar que, a la fecha, el grupo familiar contaría con ingresos mixtos, fruto de la labor del abuelo y de la inclusión en programas y subsidios estatales -pensiones por discapacidad y subsidio del Programa para familias en situación de calle- así como prestaciones del Programa Federal de Salud y del G.C.A.B.A., además de la asistencia de instituciones de educación general y especial (ver esp. fs. 47 vta., 67 vta. y 68). En virtud de ello, interpreto que el tenor asertivo de estos diagnósticos y pronósticos técnicos, proveen respuesta adecuada a los interrogantes abiertos a partir de los antecedentes agregados en los expedientes CIV 57490/2012/1 y n° 37.609/2012, en tanto autorizan a inferir que la estructura de sostén desplegada está rindiendo resultados en el ejercicio de la maternidad de C.M.I. De tal manera, la integración de J.M.I. en el hogar familiar no resultaría contraria a su mejor interés, siempre que se desarrolle en las condiciones que se detallaran, puesto que un correcto diseño de la estructura de apoyos no puede perder de vista la seriedad de los aspectos puestos de resalto en las actuaciones citadas. Los informes reseñados no se contradicen con las constancias del expediente, en cuanto a señalar, tal como lo advirtieron los jueces actuantes que "...la circunstancia de que el Hogar donde se encuentra alojado [J.M.I.] 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 [...] Ello es así, máxime si se tiene en cuenta el retraso madurativo y las limitaciones económicas de la joven progenitora, quien ... debía tomar dos colectivos para atravesar la ciudad hacia y desde el Hogar Querubines?. En el fallo se admitió también que el Hogar 26 de Julio no constituía el dispositivo apropiado para el supuesto (fs. 477 vta., párrafo primero del considerando XII, e informe obrante a fs. 448/449). De igual manera, la Sala tomó nota de que los períodos durante los cuales los encuentros entre [C.M.I.] y su hijo... 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...? (fs. 477 vta./478, párrafos 2° y 3° del considerando XII). Como puede verse, la alzada acepta que C.M.I. ha reaccionado de manera positiva a los apoyos idóneos de la Escuela de Educación Especial y Formación Laboral n° 36, y que las demás diligencias desplegadas por los organismos oficiales han sumado complejidades a sus limitaciones, sumada su precaria situación económica-social. Sin embargo, el fallo descarta infundadamente esos puntos esenciales y ha concluido que C.M.I. "... no ha podido sostener su deseo de ser la madre...? (v. fs. 477 vta., último párrafo). Tal razonamiento, a la luz de las constancias reseñadas, luce dogmático y prescinde de las directivas convencionales y legales sobre las que se abundó en el acápite anterior de este dictamen. En primer término, la existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales. Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables. En segundo lugar, allende la conducta por momentos errática de C.M.I., lo cierto es que los magistrados consideran malogrado el anhelo maternal de esta joven, sin motivar su aserto, conforme es menester, sobre la base de los factores específicos del caso. En efecto, la cámara llegó a una conclusión de carácter eminentemente psicológico -como es, reitero, la imposibilidad de sostenimiento del deseo materno-, sin recabar previamente los elementos imprescindibles para ello, como bien lo señala la Sra. Defensora General de la Nación (cfse. fs. 55 de la queja). De tal forma, no se adecuó a las exigencias del debido proceso, las que revisten un singular vigor en el presente por las hondas repercusiones que la solución adoptada acarreará en el ámbito de los derechos humanos de C.M.I. y de sus dos hijos J.M.I. y M.D.I. Es cierto que el tribunal de alzada ha solicitado la opinión de su Servicio de Psicología, en función de las impresiones recogidas en la audiencia de fojas 422/427. Pero, al tiempo de decidir, pasa injustificadamente por alto la expresa recomendación de proveer "un acompañamiento estable que repare y facilite el vínculo madre - niño y que brinde a [C.M.I.] un sostén maternal que sirva de identificación para que pueda ejercer su rol materno en

forma adecuada?, así como la observación de que ¿hasta la actualidad los dispositivos que pudo otorgar el Estado no fueron los adecuados para la complejidad del grupo familiar? (v. fs. 448/449vta.). Asimismo, después de confirmar el decisorio que habilita la adopción del niño, ordena un estudio psicodiagnóstico sobre la capacidad maternal de la joven y de la calidad del vínculo materno-filial (fs.475), lo que constituye un elemento adicional para concluir que el problema fue resuelto sin contar con un elemento de convicción de relevancia como es una evaluación multidisciplinaria integral, máxime que la causa se abrió sin que se hubieran llevado a cabo las medidas preventivas de la ley 26.061, acudiendo al mecanismo excepcional de la institucionalización indefinida en el tiempo y al margen del organismo de derechos creados por la citada. Luego, habiéndose admitido que no se proveyeron los apoyos adecuados, la descripción de las dificultades del núcleo familiar y la cita de diferentes impresiones diagnósticas parciales que contiene el fallo, no constituye razón suficiente para tener por configurada la causal de abandono moral y material fundada en que no ha podido sostener su deseo de ser madre. La reseña tampoco explica por qué esa supuesta abdicación se imputa exclusivamente a las limitaciones de C.M.I., ni qué riesgos reales y concretos se derivarían de la crianza de J.M.I. en la familia materna, ni cómo ello perjudicaría la salud del menor, si se instalara una red de apoyos coherente para auxiliarla. La invocación al interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionará ser criado por una posible familia adoptiva, lejos de su madre, de su hermano menor quién sí convive con ella y de la restante familia materna, aún con las limitaciones de éstos, es una clara demostración de la ausencia de una debida fundamentación. En tal contexto, el fallo plantea apodóticamente la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, olvidando que la atribución de consecuencias de tamaño magnitud está vedada, sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustados al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica (caso ¿Forneron?, ya cit., párr. 99, y caso ¿Atala Riffo y Niñas vs. Chile?, del 24/02/12, párr. 111). En este punto cabe recordar que el instituto de la adopción, contemplado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del menor (dictamen de esta Procuración General, del 08/06/12, en autos S.C. A. 980, L. XLV, punto VIII); así como que, ante la discapacidad de los progenitores, el Estado no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema. En suma, en palabras de la Corte, el fallo no efectuó la ponderación que la hermenéutica constitucional le requería; con lo cual, ha puesto a las Convenciones sobre los Derechos del Niño y de las Personas con Discapacidad, al margen de la solución discutida (doctrina de Fallos: 331:2047, consid. 5º; y Fallos: 333:1376, consid. 9º y 10).

-VI- Por lo expuesto, estimo que el Alto Tribunal está habilitado para ejercitar las atribuciones conferidas por el artículo 16, segundo párrafo, de la ley 48, y disponer el reintegro J.M.I., con un proceso previo de adaptación, habida cuenta de que el niño ha vivido desde su nacimiento en una institución. Estimo, también, que con carácter previo y con la premura del caso, deberían implementarse las medidas indicadas a fojas 51 vta., párrafos siete a nueve; fojas 52, párrafo siete; fs. 69 in fine/69vta.; y fs. 70, párrafo final, del legajo, e instaurarse un monitoreo a cargo del organismo de aplicación que, de ser preciso, podrá adoptar las previsiones necesarias para garantizar los derechos del menor, tal como se propone a fojas 52 vta, penúltimo párrafo, del primer informe adjuntado a la queja.

-VII- En consecuencia, opino que corresponde hacer lugar a la queja, admitir el recurso, revocar la sentencia y disponer el reintegro de J.M.I., en los términos expuestos precedentemente.

Buenos Aires, 4 de mayo de 2016. Irma Adriana García Netto Procuradora Fiscal Subrogante ADRIANA N. MARCHISIO Subsecretaria Administrativa Procuración General de la Nación Correlaciones: Ley 26657 - BO: 03/12/2010 Ver nota al fallo en Kühne, Viviana: ¿El interés superior del niño. Un propósito que se transforma en realidad? - ERREIUS - Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio - octubre/2016

008076E