

Dictámen de la Procuración General:

El Tribunal de Familia número dos de Quilmes revocó parcialmente la sentencia dictada por el juez de trámite en virtud de la cual se declaró la restricción de la capacidad de la Sra. A. M. G. en los términos de los artículos 152 bis y 152 ter del Código Civil y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto a la posibilidad de la Sra. G. de contraer matrimonio y confirmó la sentencia en cuanto suspende el ejercicio de la responsabilidad parental de la Sra. G. respecto de sus hijos en virtud de lo establecido en los artículos 152 bis inc.2, 309 Código Civil, 23 ley 26378 y arts.3,9 y ccs ley 23849 (fs. 123/6).

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. G. a través de un Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 146/54, que a continuación paso a examinar.

I. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 146/54.

Denuncia la quejosa errónea aplicación de los artículos 152 ter, 264 y 309 del Código Civil, 16 de la Constitución Nacional, 11, 36 incs. 1 y 5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, los

artículos 1, 3, 4 b., 5, 6, 8.c, 12.2, 12.3, 12.4, 23.1, 23.2, 23.4 y 26.1, y acápites c), e), h) y j) del preámbulo y concordantes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En particular alega que la sentencia en crisis vulnera su su derecho a ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores, dentro de las posibilidades actuales y reales con debida asistencia y apoyo. "El hecho de disponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad, *per se*, y sin salvedad o aclaración alguna, me generaría la imposibilidad de ejercer todos y a cada uno de los derechos emergentes de tal instituto (art. 264 Código Civil), los que me encuentro capacitada para a ejercer, en todo caso, con la debida asistencia (respecto de la cual ya se ha expedido el Exmo. Tribunal en cuanto a su designación" (fs.151)

Al respecto aclara que si bien el artículo 309 del Código Civil establece la regla general según la cual dada la declaración de inhabilitación corresponde la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no debemos soslayar el hecho de que el artículo 152 ter Código civil (incorporado por ley 26657) establece expresamente que "...deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía

personal sea la menor posible". En este sentido sostiene que el artículo 102 ter debe interpretarse como complemento del artículo 309, al flexibilizar la norma en el sentido de pretender salvaguardar en su máxima expresión los derechos de una persona con una capacidad limitada o restringida, en especial cuando tal limitación pudiera implicar vulneración de sus más fundamentales derechos (fs.151).

Agrega a lo dicho que " todas y cada una de las probanzas arrimadas a la causa, expresamente nos dicen, sin lugar a dudas, que la limitación en mi capacidad, se vé estrictamente direccionada a su ejercicio en formar autónoma, atento la carencia actual de familiares y/o referentes continente que pueden coadyuvar con la suscripta en el ejercicio de tales derechos" (fs. 150 y 151 vta.)

En tal sentido afirma que la suspensión del ejercicio de la patria potestad (sin la aclaración de que tal limitación solamente se refiere a su ejercicio en forma autónoma) cercena los derechos establecidos en el artículos 152 ter del Código Civil, sumados a todos los derechos y principios que reconocen la normas específicas vigentes en salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, y que de ningún modo la jurisdicción

puede avalar tal vulneración de derechos (fs. 151 vta.)

En suma sostiene que el *a quo* ha aplicado erróneamente el artículo 309 del Código Civil, al concluir que no aplicarlo al caso resultaría potencialmente perjudicial para los niños, sin analizar su contenido en forma conjunta con el artículo 152 ter Código Civil en el sentido de procurar que la afectación de la autonomía personal de la suscripta sea la menor posible, lo que motiva el gravamen irreparable que genera el presente agravio (fs. 149 vta. y 151 vta).

Asimismo se agravia por considerar que la suspensión del ejercicio de la patria potestad le impediría petitionar la restitución de sus hijas o un régimen de comunicación, en cambio si tal limitación se direccionaría únicamente a suspender su ejercicio en forma autónoma, se encontraría legitimada para petitionar con la debida asistencia de la persona designada a tal efecto -curador oficial- (fs 152).

Alega también que la sentencia violó los artículos 152 ter del Código Civil y 162 inc.6 del Código de Procedimiento al suspenderla en el ejercicio de su responsabilidad parental como una consecuencia directa de las constancias obrantes en los expedientes de abrigos de sus hijos.

Al respecto afirma que la sentencia efectúa un razonamiento inverso al que hubiera resultado adecuado al suspender el ejercicio de la patria potestad en función de constancias ajenas a las presentes actuaciones, omitiendo valorar todas y cada una de las constancias glosadas en autos. Agrega que la sentencia debió evaluar únicamente, de modo exclusivo y excluyente, la capacidad de la suscripta en función de elevar a la máxima expresión su autonomía personal (152 ter C. Civil). Sin embargo se ha aniquilado un derecho del que indudablemente goza en virtud del supuesto interés superior de sus hijos, tornando la conclusión incongruente y violatoria de sus derechos fundamentales (fs.153).

Al respecto sostiene que "los derechos de los que resultan titulares los niños, en modo alguno deben verse efectivamente afectados o vulnerados por derechos reconocidos a la suscripta y, viceversa, en nombre de los derechos que asisten a los niños no deben vulnerarse derechos que me asisten, cuando en modo alguno pondrían en riesgo ninguno de los aspectos de su vida" (fs 153).

II. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Considero, junto con la quejosa, que la sentencia de grado ha incurrido en un vicio grosero al afirmar que la Sra. G. no se encuentra en condiciones de ejercer *por*

sí la responsabilidad parental, y luego, disponer la suspensión de su ejercicio materno en virtud de constatar la ausencia de familiares capaces de prestarle apoyo y asistencia, sin intentar ninguna instancia de apoyo institucional por parte del Estado obligado a proporcionarlo (artículos 2,12, 23 y ccs. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Es decir, en mi criterio, si el *a quo* valoró, sobre la base de los elementos de juicio obrantes en la causa, que la Sra. G. no podía ejercer su responsabilidad parental *de manera autónoma* (fs.104 vta. con fundamento en fs. 68 y 69),no pudo luego concluir la suspensión del ejercicio en virtud del artículo 309 del Código Civil sin antes constatar el fracaso de las instancias de apoyo institucionales previstas en las leyes específicas a fin de colaborar con la Sra. G. en el ejercicio de su rol materno (fs 106 y 124/25).

Pues, en mi opinión, una vez advertida la falta de familiares capaces de contribuir con ella en el ejercicio del rol materno, debió haberse acreditado el fracaso de las instancias institucionales de apoyo para poder concluir con suficiencia sobre la necesidad de suspender el ejercicio de la responsabilidad parental, máxime cuando de conformidad con las normas aplicables, la afectación de

la capacidad debe evaluarse con un criterio restrictivo (fs. 103 vta).

Por ello considero que la sentencia impugnada no se encuentra debidamente justificada a la luz de las normas vigentes - que fueran invocadas por los judicantes en oportunidad de sentenciar (fs 103 y 104)-que procuran la protección de las personas con padecimientos mentales mediante la inclusión y la igualdad *asistida* (artículos 14, 16 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 36 de la Constitución Provincial, los artículos 2, 12, 22 , 23 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en el Preámbulo y en los artículos 5, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en los artículos 4,5 y 7 de la ley 26061; 3, 7, 9 y ccs. Ley 13298; en los artículos 7,8,9 y 11 de la ley 26657 - y en los artículos 8, 11 y ccs. de su decreto reglamentario 603/137-)

En efecto, considero que de la omisión señalada en el razonamiento inicial se desprende el yerro de la decisión del tribunal de grado de proveer a la Sra G. de medidas de apoyo y salvaguarda para el ejercicio de los derechos que se le reconocen con asistencia, a través de la figura del curador oficial designado y de un órgano local denominado Centro Integral de Prevención y de

Asistencia de la Violencia Familiar (CIPAVF) (fs. 105 vta y 106), sin extender estos apoyos para la asistencia en el ejercicio del rol materno.

En otras palabras, considero que en función de los elementos de juicio obrantes (en especial, fs 68/9), avalados por la jurisdicción (fs. 104), el Tribunal de origen debió arbitrar a través del Curador y del órgano local citado medidas tendientes a brindar apoyo a la Sra. G. para ejercer el cuidado y crianza de sus hijos, justificadas en su imposibilidad de ejercerlo de manera autónoma, en la circunstancia de no contar con familiares capaces de brindarles tal ayuda y en la acreditación del fuerte vínculo afectivo que une a esta madre con sus hijos, y a ellos son su madre, como surge de la compulsión de las causas conexas sobre abrigos, y como lo manifiesta a fs. 80 el curador provisorio.

En esta línea, diré también que según mi modo de ver yerra el *a quo* cuando sostiene que la decisión recaída respecto del derecho de la progenitora a ejercer la responsabilidad de su hijos implica afirmar una interpretación armónica del artículo 309 del Código Civil con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fs. 125 y vta)

Al respecto considero, en sentido contrario, que la

aplicación conjunta de los artículos 152 ter y 309 evidencia una interpretación incompatible con los principios emanados de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y de la ley de Salud Mental. Pues mientras el primero de los artículos citados reconoce su fundamento en la necesidad de respetar en la mayor medida posible la autonomía personal de las personas con padecimientos mentales, basado en un régimen que parte de la plena capacidad y establece un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica - de conformidad con los mandatos establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la ley nacional de Salud Mental (nro 26.657)-; el artículo 309, por el contrario, establece un régimen de suspensión basado en la incapacidad, que suspende el ejercicio de su capacidad jurídica desplazando a un otro o al Estado el ejercicio deber de cuidado (310, 264 inc 3 y ccs CC). En rigor, mientras el régimen de apoyos opera con el objeto de promover el ejercicio de los derechos, la suspensión de un derecho implica lisa y llanamente su cercenamiento. El régimen de apoyos, aun en los apoyos más intensos, toma como base el ejercicio del derecho de la persona, mientras que el artículo 309 recurre a una lógica de sustitución.

La aplicación del artículo 309 implica asumir, en

palabras de la Dra. Silvia Fernández, que la declaración de inhabilitación funciona como una "veda automática" que elimina el ejercicio del derecho a ejercer la parentalidad para la persona sometida a proceso. Esta "veda automática" colisiona con el artículo 152 ter, que postula un principio de capacidad, que exige al juez la tarea de justificar la necesidad y procedencia de las limitaciones de derechos que se especifican, con un criterio de interpretación estricto.

Por último me permito señalar que en mi opinión la afirmación sostenida por el tribunal de grado en relación con la necesidad de aplicar el artículo 309 en virtud de la necesidad de velar por el interés superior de los tres menores (fs.124 y 125) también carece de asidero de conformidad con los estándares de protección aplicables a las personas con padecimientos mentales y a los niños y con las constancias de la causa.

En efecto las normas aplicables a la materia nos dicen que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de unos de ellos" y que, en todo caso "La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la

unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo del descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño" (artículo 23.4 *in fine* Convención sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad, Observación General sobre los derechos del Niño nro 14/2013 *sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial*, párrafo 63, y las Directrices sobre las modalidades alternativas de Cuidado de los niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2010 bajo el número 64/142, en especial, en sus artículos I.8.a. y 9, IV.33.b).

En relación con los elementos recolectados en la causa tampoco surge que el obrar de la progenitora resulte nocivo para los niños. En efecto, el diagnóstico que se le atribuye a la Sra. G. es un retraso mental moderado y epilepsia que, de acuerdo con la opinión de los profesionales (fs. 18/19, 35/6, 58/60, 68 y 69), sólo le impide contraer matrimonio, pudiendo realizar todo el resto de los actos (entre los que destacamos el derecho a ejercer su responsabilidad parental) de manera autónoma o con supervisión y asistencia (fs.68/9).

De ello se advierte, en mi criterio, que ni el diagnóstico de su enfermedad ni las limitaciones al

ejercicio de sus derechos recomendados por los profesionales evidencian la comprobación de un obrar capaz de poner en riesgo la vida de sus hijos.

Incluso, se concluye en su aptitud para el ejercicio *pero de manera asistida*, al señalar que la Sra G. "no puede ejercer *por sí* la patria potestad de sus hijos menores de edad o incapaces" y que "la causante por carecer de una familia contenedora no se encuentra en *condiciones propias* de ejercer apropiada mente el rol materno" (fs 68.destacado propio)

En suma considero que no surge acreditado en autos ningún elemento relevante que permita suponer que la Sra.G. , en virtud de su patología, vaya a exponer a sus hijos a maltratos o descuidos.

Al respecto, es preciso recordar que el inicio de las presentes actuaciones tuvo su origen, en rigor, en las causas de abrigo iniciadas a raíz de la denuncia que efectúa la asistente social del Hospital Evita Pueblo al que asiste la Sra. G. con su niño con el objeto de que lo atiendan por una cuadro de bronquiolitis, oportunidad en la que se toma conocimiento que que la Sra. G. había sido abusada por su progenitor, y se la acompaña a radicar la correspondiente denuncia. Se destaca a su vez que la orientadora social de la escuela a la que asisten las

niñas M. y R. también había radicado la correspondiente denuncia penal a raíz de los mismos hechos (fs 8, 14 y 15 y fs. 1/4 de expediente C118473 y 1/5 del expediente C 118474). La conducta que puso en peligro la integridad psicofísica de estos niños no resulta imputable a la progenitora, sino a su progenitor -abuelo de los niños-, respecto de quien la Sra G. también resulto víctima y contra quien la Sra G. radicó denuncia penal por abuso sexual con acceso carnal y lesiones leves (cuyas copias obran agregadas a la causa de abrigo C118474). Adviértase que hasta el momento el Sr.G. , imputado de tales delitos, continúa habitando en su hogar lindero con el de la Sra.G. (fs. 89), en virtud de que el juez penal interviniente denegara la medida de exclusión solicitada oportunamente por el Fiscal en sede penal (fs. 180 del anexo del expediente C118474).

Sobre este punto nos remitimos a lo expuesto en oportunidad de dictaminar en las medidas de abrigo respecto de los niños en las que consideramos que no corresponde excluir a los niños del hogar, sino al presunto agresor, de conformidad con los mandatos establecidos en las leyes 12569, 24417, 26485 y, en particular, en la recientemente sancionada ley 14537 modificatoria de la ley 13298.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero preciso propiciar a VE que se haga lugar al recurso interpuesto.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 8 mayo de 2014 - **Juan Angel de Oliveira**

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 4 de noviembre de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázzari, Kogan, Pettigiani, Hitters, Negri, Soria, Kohan**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 118.472, "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".

A N T E C E D E N T E S

El Tribunal de Familia n° 2 del

Departamento Judicial de Quilmes dispuso una restricción a la capacidad de la señora A. G. en el marco del art. 152 bis inc. 2 del Código Civil, suspendiendo también el ejercicio de la patria potestad (fs. 123/126 del exp. C. 118.472). Asimismo, declaró el estado de abandono y adoptabilidad de J. E.G. , R. B. y M. A.S. , hijos de la causante, estableciendo que el proceso se orientará hacia una adopción simple, asegurando el contacto entre los hermanos y el derecho de comunicación de los niños con su progenitora (fs. 211/215 y 234/235 del exp. C. 118.473, y 345/351 y 367/368 del exp. C. 118.474).

Se interpusieron, por la señora G. y el Asesor de Incapaces, sendos recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 146/154 del exp. C. 118.472; 238/249 y 254/262 vta. del exp. C. 118.473; y 371/382 vta. y 387/395 vta. del exp. C. 118.474).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y dispuesta por providencia de fs. 186 del expediente C. 118.472 la acumulación de las actuaciones a los fines del dictado de una sentencia única, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Son fundados los recursos extraordinarios de nulidad de fs. 238/249 del expediente C. 118.473 y 371/382 vta. del expediente C. 118.474?

En caso negativo:

2ª) ¿Lo son los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley de fs. 146/154 del expediente C. 118.472; 238/249 y 254/262 vta. del expediente C. 118.473 y 371/382 y 387/395 vta. del expediente C. 118.474?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. El Tribunal de Familia en pleno declaró la situación de desamparo de los menores J. E.G. , R. B. y M. A. S. respecto de su madre A. M.G. , y firme ésta, en condiciones de adoptabilidad. Luego, por medio de aclaratoria, señaló que se asegurará el contacto vincular de los menores y el derecho de comunicación del grupo de hermanos con su progenitora en función del interés superior de dichos menores y con la modalidad que el Equipo Técnico establezca (fs. 211/215 y 234/235 del exp. C. 118.473 y 345/351 y 367/368 del exp. C. 118.474).

II. Frente a ello la progenitora interpuso recursos extraordinarios de nulidad por los cuales denuncia errónea aplicación del art. 168 de la Constitución provincial por haberse incurrido en autos en una omisión de cuestión esencial relativa a la revinculación con su hijo J. (fs. 238/249, C. 118.473 y

371/382 vta., C. 118.474).

Puntualiza que únicamente se han establecido dos entrevistas vinculares, a pesar de las peticiones planteadas a fin de que se efectivice la vinculación con su hijo y entre éste y sus hermanas. También destaca dos informes del Equipo Técnico que propiciaban un régimen de comunicación que no ha merecido tratamiento por parte del Tribunal.

III. Los recursos no prosperan.

a. Esta Suprema Corte ha resuelto, reiteradamente, que la omisión de cuestiones a las que se refiere el art. 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 (conf. causas C. 95.878, sent. del 7-V-2008; C. 97.336, sent. del 17-XII-2008; C. 101.860, sent. del 11-III-2009; C. 100.889, sent. del 15-VII-2009; C. 98.019, sent. del 14-VI-2010).

En el caso, como lo advierte el señor Subprocurador General en su dictamen, la infracción alegada relativa a los pedidos de vinculación y de restitución con sus hijos han sido abordadas de manera expresa e implícita, pues el tratamiento respecto de la procedencia de la

declaración del estado de abandono de los niños supone el tratamiento implícito del pedido de restitución reclamado y, además, el pedido de revinculación ha merecido expreso tratamiento (fs. 283, C. 118.473 y 414, C. 118.474).

Al respecto, vale recordar que los eventuales errores **in iudicando** en que hubiera incurrido el juzgador, constituyen -como es sabido- una temática que resulta ajena al ámbito de desarrollo elegido toda vez que es propia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. causas Ac. 86.195, sent. del 16-II-2005; Ac. 91.214, sent. del 21-VI-2006).

IV. En consecuencia, corresponde rechazar los recursos interpuestos, con costas (arts. 68 y 298, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan, Pettigiani, Hitters, Negri, Soria y Kohan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

I. La íntima relación existente entre las tres causas y la solución que corresponde proporcionar, en cuanto gira sobre una única cuestión -la capacidad de la señora G. para ejercer el maternaje de sus hijos J. , M. y

R. -, autorizan tanto la acumulación de los procesos (dispuesta a fs. 186 del exp. C. 118.472), como el tratamiento conjunto de los recursos interpuestos y el dictado de un fallo único, porque apunta a una mejor comprensión de lo que se decida (arts. 188, C.P.C.C.; 15 Const. Prov. de Bs. As.; 706 del C.C. y C.).

II. Los hechos.

El 26 de julio de 2010 se dispuso una medida de abrigo por el S.Z.P.P.D.N. de Quilmes respecto de las niñas R. B. y M. A.S. . Ello en virtud de que la madre de las mismas, A. M.G. , poseía un retraso mental y epilepsia que le impedían responsabilizarse adecuadamente por las niñas, dando inicio a la causa C. 118.474, "S. , R. B. y otro/a. Abrigo".

El 31 de agosto de 2010 el mismo servicio solicitó una medida de abrigo respecto del niño J. E.G. , de cinco meses de edad a dicha oportunidad, disponiéndose la ejecución de la medida en los Hogares de Belén. El organismo informó que el niño es hijo de la señora G. y de su propio padre, quien habría abusado de ella en forma reiterada (lo que se corrobora con el examen de ADN realizado en el marco de la investigación penal; fs. 165/166 del legajo de copias anexo a la causa C. 118.474). Asimismo aquél también habría tenido conductas nocivas en relación a R. yM. . Dicha medida dio origen a la causa C.

118.473, "G. , J.E. . Abrigo".

Con fecha 20 de octubre de 2010 la jueza interviniente del Tribunal de Familia n° 2 de Quilmes declaró la legalidad de ambas medidas de abrigo.

A continuación, -22 de octubre de 2010- se presentó en autos la señora A. M. G. con el patrocinio de la Defensoría Oficial, reclamando la revinculación y restitución de las menores.

La jueza de trámite -el 9 de diciembre- dispuso la guarda institucional del niño J. en los Hogares de Belén y de R. y M. en el Hogar de Niños Sol Naciente.

El 26 de enero y los días 2 y 9 de febrero de 2011 se llevaron a cabo encuentros de vinculación entre la señora G. y sus hijas. Como consecuencia de ello, el equipo técnico señaló que la revinculación resultaría positiva. Con pie en tales circunstancias, el órgano jurisdiccional estableció el día 12 de julio de 2011 un régimen de visitas en relación a las niñas a favor de aquélla en la sede del hogar, el cual se hizo efectivo.

El 14 de enero de 2011 la Asesoría de Incapaces se opuso a la revinculación de los niños con su madre.

El 28 de febrero de 2011 la señora Asesora de Incapaces, doctora Daroqui, solicitó la

declaración de insania en relación a A. M.G. , de 29 años de edad, quien posee un retraso mental y epilepsia. Señaló la funcionaria que los padres de la presunta incapaz no resultaban idóneos para el cuidado de la misma, desde que su propio padre, el señor J. D.G. , la abusó sexualmente - lo que a su vez diera origen a la correspondiente investigación penal- y su madre, la señora H. , la golpeaba en forma reiterada. Esto dio inicio a la causa C. 118.472, "G. , A.M. . Insania y curatela".

Alegó la funcionaria que la patología citada, entre otras consecuencias, le impediría responsabilizarse adecuadamente por sus hijos, lo que sumado a un contexto familiar altamente nocivo, provocó medidas de abrigo en protección de sus niños J. , R. y M. , dispuestas en las causas de relación.

El día 19 de abril de 2011 se incorporó un informe socio ambiental que dio cuenta de que la presunta incapaz aún vivía en una unidad habitacional ubicada en el fondo del inmueble donde lo hacían sus padres y de que su padre estaba acusado de abusar sexualmente de su hija y de ser el progenitor de J. .

El día 18 de septiembre de 2011, se agregó el dictamen interdisciplinario realizado respecto de la capacidad de la señora G. , que observó un retraso mental moderado y epilepsia, ubicando su caso en los

términos del art. 141 del Código Civil. Asimismo, se indicó que aquélla requiere la supervisión de terceros y controles neuropsiquiátricos periódicos, y se acompañó un esquema de las distintas funciones y actos que la condición de la causante le permitiría realizar o no.

Posteriormente, en atención a un informe adverso del Hogar Sol Naciente para con la madre de las menores, la jueza interviniente suspendió el régimen de visitas -29 de junio de 2012-. Ello luego fue moderado, y se estableció que podría continuarse a futuro el contacto madre-hijas en la sede del tribunal de acuerdo a las modalidades que establecería el Equipo Técnico.

En la audiencia del día 23 de agosto de 2012 se dejó constancia que en dicha oportunidad J. ya estaba al cuidado del matrimonio compuesto por la señora M. L. y el señor O. G. de los Hogares de Belén -situación que ocurriría desde el 12 de marzo de 2011 y que continúa hasta la actualidad- quienes en dicha ocasión señalaron su intención de adoptar al menor y que estaban dispuestos a que el mismo tuviera contacto con su madre biológica y hermanas.

Con fecha 12 de noviembre de 2012 se realizó un nuevo informe socio ambiental en el domicilio de la señora G. , del cual surge que ésta seguía en el mismo inmueble en que los padres de aquélla viven, en una

construcción al fondo.

El 12 de diciembre de 2012 se celebró una audiencia en la sede del Tribunal para tomar contacto con la presunta insana, con la presencia de Asesores de Incapaces, Curador Provisorio, Defensora Oficial y la Magistrada de intervención.

Con fecha 20 de diciembre de 2012 la señora G. reiteró su formal pedido de revinculación con su hijo J. , lo cual fue respaldado por el Curador Provisorio designado en la causa relativa a la declaración de inhabilitación de aquélla. Petición que la señora nuevamente realizó el día 15 de abril de 2013.

Con fecha 5 de febrero de 2013 se informó que R. y M. habían sido reubicadas en el Hogar Madre Teresa de Calcuta -lo cual habría ocurrido desde el 13 de diciembre de 2012-.

En la audiencia del día 28 de noviembre de 2013 se autorizó a un matrimonio seleccionado del Registro de Aspirantes a Adopción -H. L. G. y C. R. C. - a comenzar un proceso de vinculación con M. , el cual resultó altamente positivo, conviviendo la niña con ellos hasta la actualidad.

Finalmente, vale también remarcar que R. -de 14 años de edad- aún se encuentra alojada en el Hogar Madre Teresa de Calcuta, tras pasar varios intentos

de vinculación con diferentes postulantes pero sin resultados satisfactorios.

III. Las decisiones judiciales.

A. La jueza de trámite del Tribunal de Familia n° 2 del Departamento Judicial de Quilmes declaró la restricción de la capacidad de la causante en los términos de los arts. 152 bis y 152 ter del Código Civil, estableciendo que la misma no puede contraer matrimonio ni ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad o incapaces.

Asimismo, dispuso que aquélla podía vivir sola, trasladarse por la vía pública, trabajar y, para el desarrollo de su vida cotidiana, tendrá supervisión periódica y deberá ser asistida a fin de prestar su consentimiento para tratamientos médicos. A tales fines, designó como apoyo al Curador Oficial (fs. 103/107, C. 118.472).

La señora G. interpuso recurso de reconsideración -con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, y con la posterior adhesión del Curador Oficial-, solicitando la revocación parcial de lo decidido en relación a la imposibilidad total de contraer matrimonio y ejercer la patria potestad, requiriendo que en todo caso se disponga de un sistema de apoyo para que la asista (fs. 112/115 vta., C. 118.472).

El Tribunal en pleno aclaró el alcance normativo de la restricción a la capacidad dictada, encuadrándola en el art. 152 bis del Código Civil, y revocó la sentencia en lo relativo a la imposibilidad de contraer matrimonio, confirmándola en cuanto a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (fs. 123/126, C. 118.472).

B. Inmediatamente después el Tribunal en pleno dictó sentencia declarando el estado de abandono y adoptabilidad de los niños J. , M. y R. , orientando los procesos hacia una adopción simple, asegurando el contacto vincular entre los hermanos y del grupo con su madre. Luego, por aclaratoria, se estableció que se asegurará el derecho de comunicación en la modalidad en que el Equipo Técnico establezca, respetando en todo momento los tiempos y las necesidades de los niños (fs. 211/215 y 234/235, C. 118.473 y 345/351 y 367/368, C. 118.474).

IV. Los recursos interpuestos (al mencionarse normas del Código Civil se hace referencia al derogado).

A. Frente a la sentencia de fs. 123/126 del expediente C. 118.472, la señora G. interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual denuncia la errónea aplicación de los arts. 152 ter, 264 y 309 del Código Civil; 16 de la Constitución nacional; 11,

36 incs. 1 y 5 de su par provincial; 1, 3, 4 b., 5, 6, 8 c, 12.2, 12.3, 12.4, 23.1, 23.2, 23.4 y 26.1 y acápites c, e, e, h y j de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fs. 146/154, C. 118.472).

Alega que la sentencia en crisis vulnera su derecho a ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores, dentro de las posibilidades actuales y reales con debida asistencia y apoyo.

B. También interpone la progenitora recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley contra las sentencias y sus aclaratorias que declaran la situación de abandono respecto a J. (fs. 211/215 y 234/235, C. 118.473) y respecto a M. y R. (fs. 345/351 y 367/368, C. 118.474).

Mediante los mismos denuncia errónea aplicación de los arts. 317 inc. a del Código Civil, 3, 9, 18.2, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 4, 6.1, 12.2 y 23.2 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; 3, 5 y 6 de la ley 13.298 y 3 y 7 de la ley 26.061 (fs. 238/249, C. 118.473 y 371/382, C. 118.474).

En concreto arguye que se ha decretado el estado de abandono y adoptabilidad de sus hijos en contradicción con las exigencias legales, locales e internacionales citadas.

C. Frente a las mismas sentencias citadas en último término y sus aclaratorias, el señor Asesor de Incapaces interpone recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, por los cuales denuncia violación de los arts. 16, 18, 33, 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 11, 15, 36 inc. 2, 56 y 171 de la Constitución provincial; II, VII, XVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2.1, 7, 8, 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 8 inc. 2, 19, 24, 25 y 29 del Pacto de San José de Costa Rica; 14 inc. 1, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3, 4, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 34 incs. 4 y 5, 36 incs. 2 y 3, 161, 163, 166 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial y las leyes 13.298 y 26.061 (fs. 254/262, C. 118.473 y 387/396, C. 118.474).

Se agravia por sostener que a través de las aclaratorias obrantes a fs. 234/235 y 367/368 se modificaron sustancialmente las sentencias dictadas, en clara violación con el principio de igualdad de las partes en el proceso, el debido proceso legal y en particular el derecho de defensa. Alega que la decisión del Tribunal de establecer el contacto de los niños con la progenitora de manera obligatoria resulta contraproducente y afecta el interés superior de éstos, ya que dicho contacto

obstaculizaría la posibilidad de que se integren a una nueva familia.

V. La solución.

A. La limitación en la capacidad de la señora G. y la responsabilidad parental:

Considero que no están dadas las condiciones para que la señora G. pueda hacerse cargo del ejercicio del maternaje -fs. 88/vta., C 118.474-, aún bajo la asistencia supervisada mediante el sistema de apoyo tal como lo pretende la Procuración en su dictamen de fs. 168/172 del exp. C. 118.472. Ahora bien, esta solución no se corresponde a una visión estereotipada por su condición generalizada de persona con padecimientos mentales, sino que, en esta proyección relacional con sus hijos R. , M. y J. , se toma en cuenta la **satisfacción de sus derechos** - arts. 2, 3, 6, 12 y 19.1 de la C.D.N.-.

En primer lugar, la mamá requiere mayor dependencia de la asistencia y cuidado de otros para la prosecución de los tratamientos psíquicos y psicológicos que aseguren su seguimiento (fs. 7 vta. y 68, C. 118.472). Asimismo necesita de medidas de protección en función del interés superior de víctima porque la violencia sexual y familiar generada en ella y en sus hijos produjo una despersonalización sistemática, con un cúmulo de desórdenes médicos, emocionales y psicológicos personales -ver la

posición de Leonore Walker al respecto- que requieren de una serie de medidas de apoyatura para atender las dificultades subjetivas que la afectan, junto a otras materiales como la de resolver el problema habitacional que la somete a ese entorno de violencia y de dependencia (fs. 87, 110, 259 vta., 272 y 324, C. 118.474; 76 y 89, C. 118.472). Y en el caso particular de J. , en esta proyección relacional con su progenitora estaría presente el lugar de filiación sumamente complejo -hijo de su progenitor-, con las consecuencias derivadas del trastorno de la estructuración del psiquismo y de su subjetividad a nivel de identidad que provoca el trauma del incesto (v. informe perito psicóloga de la asistencia a la víctima de fs. 63, 108, 119 y 128, C. 118.473).

En segundo lugar, los niños y la adolescente también han sido víctimas de violencia y abuso sexual (fs. 3, 26 vta., 32, 58 y 209, C. 118.473; 11, 25 vta. 151 y 197 Anexo, C. 118.474), y salvaguardar la integridad física y psicológica de ellos dependerá en gran medida del bienestar y de los recursos que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado, los que tendrán que ocuparse de los efectos la violencia sexual y familiar y de las consecuencias de las vivencias adversas acumuladas en su existencia (fs. 47 y 66, C. 118.474; 58 y 102, C. 118.473) para revertir la situación en que se

encuentran. Por ejemplo para promover el bienestar de los niños quien asuma ese rol de cuidado deberá acompañarlos a tratamientos terapéuticos, y en el supuesto de R. a tratamientos médicos acorde a las cuestiones de salud (fs. 68, C. 118.474), y por las dificultades escolares seguramente ameritarán otro tipo de asistencia especializada y la disposición del adulto en facilitarla (fs. 125, C. 118.474, fs. 28 vta., C. 118.473, etc.). Incluso respecto de J. el acompañamiento es distinto al de sus hermanas, porque se suma la condición de víctima por las especificidades de la filiación -hijo del padre de su progenitora-, hecho que involucra un aspecto de su vida que amerita un cuidado especial.

Por último, la señora G. está sola para enfrentar la crianza de los tres hijos porque no tiene ningún referente familiar o afectivo dispuesto a acompañarla (fs. 110 vta., 115 vta., 126, 158, 196 y 273, C. 118.474; 95, C. 118.473).

Sobre la base fáctica recientemente explicitada, el sistema de apoyo no puede tener un efecto útil inmediato ya que **un cambio en las condiciones particulares de G. requerirá de tiempo adicional y se sabe que este condicionante tiene particular importancia para la vida de R. , M. y J. ,** los que no pueden seguir esperando la posibilidad de inserción en el seno de una familia

definitiva, para crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión tal como ellos mismos han requerido en oportunidad de dar su opinión (fs. 197/198, 199/vta., 243, 323, C. 118.474).

También hay que tener en cuenta que, para atravesar todas estas asistencias psicológicas y médicas que requieren los miembros del grupo familiar y las posibilidades de organización de la proyectada familia, el sistema de apoyo que permita el ejercicio de la responsabilidad parental de A. dependerá de una coordinación entre ella con el acompañante que trae dificultades operativas adicionales en su implementación, a la luz de las características particulares de cada niño y la adolescente (principio de no discriminación, arts. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana; 75 inc. 2 y 23 de la Const. nacional; Observación General 7 del Comité de los Derechos del Niño) y la situación actual de la progenitora (art. 1.2, inc. b de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco de los arts. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y 17 y 23 de este último instrumento internacional; Fallos: 234:482; 302:1284, consid. 2; art. 15 de la Convención Internacional para la Eliminación de

Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Es un asunto que debe tener prioridad y la búsqueda del respeto a la integralidad para alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de aquéllos no admite consecuencias irremediables ocasionadas por el transcurso del tiempo (arts. 2, 3, 4, 6, 12, 19.1 y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, Opinión Consultiva 5 y 7 del Comité de los Derechos del Niño; Opinión Consultiva 17/2002, Condiciones Jurídicas y los Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Serie A, N. 17, párr. 87, Informe 117/06, Petición 1070-04. Admisibilidad. Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), ni permite soluciones que no respondan a un principio de realidad dentro de las posibilidades actuales y reales del grupo familiar.

En definitiva, la base argumentativa de esta decisión no es tomada bajo una lógica de sustitución en la que se haya cercenado la autonomía jurídica de la señora G. , ni ha partido del paradigma del "ser humano único-neutral-universal construido a partir de una visión androcéntrica", sino que, evaluando las probanzas acumuladas en la causa, se observa que en su condición de discapacidad y de víctima de violencia y discriminación esta limitación también **está justificada.**

En las presentes circunstancias de la causa, la modalidad asistida de ejercicio parental no alcanza a ser un recurso que asegure la superación de los obstáculos antes expuestos, ni cuenta con una red de contención necesarios para la armonización de los derechos de resguardo y de menor separación de la familia. Con otras palabras, esta restricción no responde a "una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño"; por el contrario, la misma ha sido considerada como conclusión adecuada "para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior de los niños" (v. Corte I.D.H., caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párrafo III), y el propio de la señora G. en su relación al derecho a su integridad física y mental (arts. 17 de la C.D.P.D.; 3 y 5 de la Le de Salud Mental 26.657)

B. Por otro lado, no puede dejar de repararse en que la señora G. como víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones como violencia requiere de medidas de especial protección a través de la aplicación del **mandato constitucional y convencional nivelador** (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nacional y 2 de la C.E.D.A.W. junto a Belém do Pará; 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) que

permitan al juzgador, **advertido de la situación contextual por la que atraviesa**, ser agente de cambio en el diseño y ejecución de su proyecto de vida (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.; 2, 3, 6 inc. a y 7 inc. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; C.I.D.H., "Trabajadores Cesanteados del Congreso [Aguado Alfano y otros] vs. Perú", sent. del 24-XI-2006, párr. 128; Fallos: 333:1657; C.S.J.N., "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio E. s/ recurso de casación", 31-VIII-2010, consid. 8°; C.S.J.N., "Rizzo, Jorge c/P.E.N.S. s/ amparo" del 18-VI-2013, consids. 10° y 12°).

En primer lugar, numerosas actuaciones judiciales evidencian la imposibilidad de A. de decidir voluntariamente sobre su vida sexual, con un grado de vulneración de su integridad ante el abuso sexual agravado por el incesto y el nacimiento de su hijo menor perpetuados en la intimidad y con un grado de crudeza y demostración de abuso de poder de parte de su padre y sometimiento de género, que hacen que sean muy difícil de ofrecer circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar que le hubieren permitido salir de ese riesgo, el que seguramente no es potencial sino cotidiano (reiteradas situaciones de abuso sexual cometido por su propio padre, quien la obligaba bajo amenazas -fs. 21 del legajo anexo a la causa C. 118.474- agravado por hechos de violencia -fs. 25, 26,

28 vta. 32, 57, 65/66, C. 118.473; 20, 21 91/92, C. 118.474-). Hechos que tuvieron como corolario el nacimiento del niño J. , producto de ese incesto, cuya filiación con el señor G. surge corroborada por la prueba biológica realizada con resultado positivo -v. fs. 165/166 del legajo anexo a la causa C. 118.474-.

Otros acontecimientos vivenciados por A. demuestran que también ha sido conculcada su libertad personal, como manifestación de cómo funciona la violencia familiar: el agresor controla sus acciones; es sometida a encierros junto a sus hijos; la acompaña al juzgado, situaciones de las cuales se infiere el intenso temor y dependencia en la relación con sus padres, configurando la figura paterna un lugar determinante, en tanto ejercería sobre ella una profunda influencia (fs. 32 vta., 58, 80 vta., 118/119, C. 118.473), habiendo sido sometida también a una constante presión para que no inste la acción penal por el delito de abuso sexual, circunstancia evidenciada por el señor Asesor de Incapaces a fs. 95/96 del legajo de copias (v. fs. 1 vta., 6, 21, 25 vta., 80 vta.) sumado a la dependencia económica de todo el grupo familiar con respecto al señor G. , lo que lo posiciona -aún más- en su lugar de poder (fs. 9 del legajo).

Los hechos descriptos por sí solos alterarían psicológicamente a cualquier persona y no se

necesita de ninguna explicación adicional para entender que estamos en presencia de una situación de violación de los derechos fundamentales si no se ayuda a romper este círculo.

Pero además de identificar el riesgo de género derivado de sufrir abuso sexuales y violencia familiar, **cabe incluir en la plataforma fáctica a juzgar** otros hechos que trascienden aquéllos que los originaron y nos sitúan en un proceso histórico y social generador de desventajas y de subordinación de ciertos grupos por ser mujer, con una discapacidad aumentada por la condición de víctima de violencia sexual y familiar, enclavada en una situación de vulnerabilidad que se desprende de su dependencia económica y emocional al agresor, encerrada en una vivienda que la expone a situaciones de violencia (fs. 183/vta., C. 118.473), con el riesgo de perder los vínculos con sus hijos si denuncia el abuso, que demuestran **una serie encadenada de factores estructurales que provocan discriminación.**

De ahí que exhibida la posición desfavorable de la señora G. sea necesario aplicar en este proceso y en esta instancia un enfoque interseccional o contextual de discriminación (arts. 3, 6 inc. a y 9 de la Convención de Belém do Pará), por la situación de discriminación como violencia en la que se encuentra

inmersa.

En este sentido, es necesario instruir medidas para que en la instancia se resuelva el problema habitacional, que se impida con efectividad el contacto con el agresor, se la posicione con ayuda psicosocial, y en definitiva se reviertan dichas asimetrías y desigualdades (v. fs. 87, cuenta con una pensión de 700 pesos y no se sabe si tiene pensión por viudez, C. 118.474; arts. 25 de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad; 7 inc. c, 10 punto 2 d y e, 10 punto 3 de la ley 26.485, ley de protección integral contra la mujer; Protocolo de México para juzgar con perspectiva de género).

Vale remarcar que los arts. 6 y 7 de la ley 13.298 determinan prioridad presupuestaria con asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con el auxilio a la familia (arts. 2.1. del P.I.D.E.S.C.; 3, 4 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño): este principio de prioridad "debe tenerse presente en cada una de las intervenciones entendidas como el conjunto de acciones estatales destinadas a producir una mejora en la calidad de vida de un niño ya sea protegiendo o promoviendo sus derechos" (García Méndez, Emilio; Vitale, Gabriel, "Infancia y Democracia en la Provincia de Buenos Aires. Comentario

crítico sobre las leyes 13.298 y 13.634", ed. Editores del Puerto, 2009, p. 20; v. mi voto en Ac. 70.138, sent. del 3 de julio de 2013). Incluso aunque no estuviera afirmada en la ley la asignación privilegiada de recursos, estando presente las obligaciones asumidas por el Estado de protección a grupos vulnerables "la actividad presupuestaria no debe alterar el ejercicio de los derechos humanos" (arts. 28 y 75 inc. 8 de la Constitución nacional; ver Corti, Horacio, "El régimen jurídico constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos", Rev. Derecho de Familia n° 22, Crisis Socioeconómica y Familia, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 21). Este autor explica que se produce la mentada alteración en ejercicio de un derecho "si la reglamentación, la actividad financiera y la actividad presupuestaria no son adecuadas para asegurar el ejercicio del derecho. En otros términos, la actividad presupuestaria irregular, desde el punto de vista constitucional, es aquella que altera el ejercicio de los derechos humanos" (ob. cit., p. 21; conf. mi voto en causa C. 70.138, sent. del 3-VII-2011).

En definitiva, frente al deber de garantía y desde la aplicación del método de perspectiva de género para juzgar y una noción más robusta de igualdad -estructural o material-, una vez detectada la presencia de

relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad, como sucede en el caso, **se identifica el problema en su real dimensión. A partir de esta herramienta que posibilita el quehacer jurisdiccional, y con el paraguas protector de la normativa aplicable al caso** (arts. 2, 3, 6 y 7 incs. b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 16, 17 y 18 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; 24 de la Convención Americana; Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17; Recomendación General 28 de la C.E.D.A.W., párr. 18; C.I.D.H., "Caso González y otras ['Campo Algodonero'] vs. México", párr. 284, C.I.D.H., "Rosendo Cantú y otra v. México" párr. 177, Observaciones Finales de la C.E.D.A.W. sobre Argentina del 16 de Agosto del 2010, puntos 23 y 24; Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006; Ac. 99.204, sent. del 20-IX-2006; C. 70.138, sent. del 3-VII-2013; C. 92.586, sent. del 10-III-2011, voto de los doctores de Lázzari y Kogan; art. 16 inc. i, ley 26.485) **se provoca, a través de las medidas transformativas antes expuestas, un cambio real de oportunidades de vida para que de esta forma se garantice el derecho que tiene A. de vivir una vida libre de violencia.**

C. En el caso particular de R. ,

resulta necesario realizar un seguimiento en la instancia para que en el supuesto de no concretarse la adopción se provean medidas de sostén especial para posicionarla de un mejor modo para enfrentar la adultez -becas y otros planes- con una atención presupuestaria prioritaria, encaminados a asegurar el derecho a la educación como medio indispensable para realizar otros derechos humanos, en particular para adquirir conocimientos y competencias que contribuyan a su desarrollo personal y posibilidad de valerse por sí misma (conf. mi voto en causa C. 102.655, sent. del 27-IV-2011; arts. 6.2 y 29.1 a) de la Convención sobre los Derechos del Niño; 13 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Observación General N. 13 [1999] del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ps. 1, 16 -a y e- y nota 4; párr. 134 c y f de la Observación General N 12 [2009] del Comité de los Derechos del Niño).

Los programas de sostén se implementarán a los fines de que la joven pueda aprender gradualmente a vivir sola y adquirir independencia con una participación incluyente para armar su proyecto de vida con mejores oportunidades; ello en cumplimiento del mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos y aplicación directa del principio de no discriminación e igualdad ante la ley (ver mis votos en causas C. 98.260, sent. del 12-VII-2006 y C. 102.655, cit.;

arts. 2 de la Conv. Americana; 75 incs. 22 y 23, Const. nacional; Observación de los Derechos del Niño referida a Educación; Observaciones Finales de la Convención de los Derechos del Niño sobre Argentina, punto 53 incs. c y e, Ac. 70.138, sent. del 3-VI-2013, arts. 4 de la C.E.D.A.W., Recomendación N° 25 de la C.E.D.A.W.; 2 y 19 de la Convención Americana; 2, 3, 6, 19, 20, 21, 24, 27, 28, 29 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General n° 1 del Comité de los Derechos del Niño "Propósitos de la Educación" CRC/GC/2001, abril de 2001; Observación General n° 18 del Comité de Derechos Humanos -1989-; arts. 7 2° párr. de la ley 13.298; 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Ac. 84.856, sent. del 26-II-2003).

D. También se observa que los operadores jurídicos no tuvieron en cuenta el riesgo sostenido al que se expone a la señora G. al seguir viviendo en el mismo terreno que su agresor, la mayor dependencia de la asistencia y cuidado de otros, el miedo a denunciar el abuso por la posibilidad de la pérdida de los vínculos y la provisión de cuidados, y que ella sola no tiene medios propios para liberarse de ese entorno. Tampoco evaluaron la particularidad del incesto en lo personal así como en el contexto familiar.

En este sentido, a fin de precisar las

actuaciones que exhiben este proceder, liminarmente estimo pertinente recorrer sus aspectos más relevantes.

i. La asistente social en el informe de fs. 95 del expediente C. 118.473 sostiene que es evidente que la señora G. no logra comprender la situación potencial de riesgo en la que estaría expuesta tanto ella como sus hijos en el contexto familiar;

ii. No se escucha a la víctima sobre el pedido de exclusión de la vivienda del padre (fs. 288, C. 118.474).

iii. No se considera la entidad de la violencia: por ejemplo la hermana de la señora G. relata que el agresor la tiene aislada a ella y a sus hijas (fs. 32 vta., C. 118.473, habiendo otras pruebas que mencionan esta circunstancia, fs. 58, 118 a 119, C. 118.473).

iv. La situación de dependencia con el padre (fs. 103 vta., 109, 123, C. 118.474).

v. La situación de indefensión de la señora G. : son elocuentes las palabras de la perito Psicóloga de la Oficina de Asistencia a la Víctima que referencia la presencia de una figura paterna de rasgos violentos y autoritarios y una figura materna que no ha logrado ofrecer condiciones de protección y sostén quedando tanto la señora G. como sus hijos en una situación de desprotección. Asimismo, la discapacidad que posee resulta

una variable que parece reforzar esta indefensión estimándose indispensable que la intervención institucional (ya sea escuela, hospital, la intervención de la justicia penal, el servicio zonal de protección de los derechos del niño, la Asesoría de Menores e Incapaces, etc.) como terceridad pueda garantizar la introducción de algo del orden de la ley en este ordenamiento fallido familiar (fs. 63, C. 118.473).

vi. Respecto de la especificidad de las consecuencias que produce el incesto, Eva Giberti enseña que es una de las evidencias más crueles acerca de los efectos de estos aprendizajes tempranos del sometimiento de género "la dificultad o imposibilidad de sostener la propia defensa, puesto que se supone a las mujeres en el borde mismo de la culpabilidad permanente (...) sin que se adviertan los beneficios terapéuticos que resultan para la mujer y la niña cuando se trabaja partiendo de la concepción de una madre denigrada"; además de mencionar "la dificultad de sus madres para asumir la defensa de ellas como hijas" (Giberti, Eva, "Incesto paterno-filial. Una visión multidisciplinaria", ed. Universidad, Bs. As., 1998, págs. 128 y 158).

En estas actuaciones también se observan estas proyecciones: por un lado, la dificultad de su mamá para asumir la defensa de su hija y la posición que

se le atribuye dentro de una organización con prácticas sociales que imponen a las mujeres el máximo de responsabilidad respecto del bienestar de sus hijos e hijas, sin comprender la situación de vulnerabilidad que ella misma padece (fs. 116, 126 del legajo anexado al exp. C. 118.474; 5 inc. a) de la C.E.D.A.W.) y, por el otro está presente todo el bagaje descalificatorio que soporta la señora G. en su condición de mamá de J. (art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.).

vii. Un capítulo aparte es la denegación de exclusión del hogar dispuesta por el juez de garantías (fs. 180/181 del legajo anexado al exp. C. 118.474).

A fs. 118 del legajo se deja constancia de que se hizo presente la señora G. a fin de manifestar que deseaba instar la acción penal contra el denunciado; a fs. 126/128 obra declaración testimonial de la señora G. . Vale decir que está denunciado un delito y por lo tanto no está en discusión el seguimiento de la investigación del mismo.

A fs. 176 el Fiscal solicita exclusión del hogar y prohibición de acercamiento, señala que: habida cuenta de que resulta posible presumir que de la convivencia entre el encartado J. D. G. y el resto de los integrantes de su familia podrían producirse nuevos hechos

similares es que, como medida cautelar, solicita que se disponga en forma urgente la exclusión y prohibición de acercamiento al hogar respecto de la persona de la víctima A. M. G. y su grupo familiar conviviente por parte del encartado J. D.G. , de la vivienda que se encuentra situada en calle ... n° ... entre ... y ... (casa ubicada en la parte posterior) de la localidad de Berazategui.

A fs. 180 el juez de garantías resolvió disponer como medida cautelar la prohibición de contacto del imputado J. D. G. respecto de la denunciante de autos A. M.G. , medida que subsistirá mientras duren las circunstancias que la determinaron (art. 83 inc. 6 del C.P.P.).

Entre los fundamentos que aportó para rechazar la exclusión del hogar están los siguientes:

"Que de las constancias reunidas en la investigación penal preparatoria surge que A. M.G. , quien resulta ser víctima de autos, **no convive en el mismo hogar con el imputado J. D.G. , siendo que sobre un mismo terreno se emplazan dos viviendas que resultan estar separadas -v. informe ambiental obrante a fs. 8/10**".

"Asimismo, conforme surge de la declaración testifical prestada por A. M. G. a fs. 126/128, desde el inicio de las presentes actuaciones, no se han reiterado los hechos abusivos denunciados" (el resaltado me

pertenece).

"Sin perjuicio de lo expuesto, y en razón de la gravedad de los hechos oportunamente denunciados, deviene aconsejable adoptar la medida de prohibición de contacto personal del imputado J. D.G. , respecto de la víctima de autos A. M. G. ".

De esto se advierte una inadecuada evaluación de la situación de violencia y discriminación junto a la ineficacia de las medidas dispuestas:

La exposición a nuevos hechos similares es evidente desde el sentido común por la proximidad de las viviendas y la posibilidad de que la señora G. sola por sus medios pueda tener otra alternativa de vida a partir de decisiones autónomas es de imposible realización porque no se corresponde a los condicionamientos antes expuestos.

Vale decir, a través de la denegación de la exclusión del hogar **coloca a la víctima frente a una situación de mayor vulnerabilidad y de riesgo continuo que refleja la aplicación de la ley de un modo neutral**: en el caso en análisis, el cumplimiento de la prohibición de acercamiento implica un compromiso que no tiene eficacia en la situación de violencia exhibida en estas actuaciones, máxime cuando no ha sido acompañada con una custodia permanente (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La eficacia de la sentencia dictada en un proceso familiar", p. 107).

Por tanto, en la misión del juzgador, la valoración de las pruebas determina en el acceso a la justicia para la víctima de violencia mecanismos para aminorar el riesgo de que ciertos actos vuelvan a repetirse. Además de mostrar con la ineficacia de la medida desconocer el interés legítimo del Estado, independiente de la voluntad de los afectados, que con un actuar diligente impuesto al Poder Judicial se controvierta el mensaje de tolerancia propio de una sociedad patriarcal hacia violaciones a los derechos humanos que ofenden a la dignidad de la mujer (arts. 2, 4 incs. a, b, c y d, 5, 6 y 7 incs. a, b, d, e y f. 5, Preámbulo de la Convención de Belém do Pará).

Interesa recordar que en la sentencia de "Campo Algodonero", la Corte I.D.H. consideró que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7 b de la Convención de Belém Do Pará impone "obligaciones reforzadas" (párr. 284, también Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 177) al Estado en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (ver mi voto en C. 118.931, sent. del 7-V-2014 y P. 118.953, sent. del 11-X-2012).

En este sentido, Víctor Abramovich señala que la C.I.D.H., al definir el alcance de las obligaciones de los Estados de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar,

intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (art. 7 d. de la Convención de Belém do Pará) ha señalado que ésta es una dimensión particular del derecho a la protección judicial que consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva (C.I.D.H., 2007, párr. 56, "El principio de igualdad y no discriminación en la protección de los derechos de las personas adultas mayores. Aportes para la discusión de una Convención Internacional", ippdhercosur.org.uy).

Y como expresa el doctor Genoud en otra causa sobre violencia: si no se da una intervención oportuna en auxilio de la víctima, "le sumaríamos a la violencia en el hogar la violencia institucional" (C. 99.204, sent. del 20-IX-2006).

En base a estas consideraciones considero necesario requerir al Juez de Garantías sobre el estado de las actuaciones llevadas a cabo en torno a la investigación penal derivada de la causa de abuso sexual.

Asimismo, con la finalidad de indagar sobre las prácticas del Poder Judicial en lo atinente a las violencias contra las mujeres para cumplir con las previsiones que establece el art. 19 de la ley 12.569, texto según ley 14.509, es dable encomendar a la

responsable del Registro de Violencia Familiar (conf. R. P. S.C.B.A. 1819/13 y art. 14 inc. h de la Acordada 3690) junto al Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género (art. 16, Acordada 3690) a que sobre la base de la información recolectada avance en el diseño de un protocolo para juzgar con perspectiva de Género de conformidad con lo prescripto en el art. 19 de la ley 12.569 (modificatoria ley 14.509 y 14.657; arts. 3 de la C.E.D.A.W.; Recomendación n° 19 de la C.E.D.A.W.).

E. De la compulsa del expediente también surge que M. y R. han sufrido en forma directa violencia en el ámbito intrafamiliar así como que han sido testigos de ella.

A fs. 197, 198/vta., 199/vta. y 340 del exp. C. 118.474, hay manifestaciones de R. sobre hechos de abuso de parte de su abuelo y de referencias de la tía que menciona los mismos hechos (fs. 158, C. 118.474), todo ello demostrativo de un abuso de poder.

A fs. 95 del legajo anexo al exp. C. 118.474, el Asesor de Incapaces señala que si bien la señora G. manifiesta que no desea instar la acción penal "por delito de abuso sexual agravado con acceso carnal", nada dice respecto a la denuncia de que su padre le haya mostrado revistas pornográficas a sus hijas, ya que manifiesta "que yo sepa nunca le mostró". Esta situación

debe ser investigada, más allá que inste o no la acción penal, "este Ministerio actuará a la representación que ejerzo porque entraríamos en un conflicto de intereses entre la Sra. G. y los menores víctimas del delito".

Aquí también están en juego esas acciones reforzadas que determina la Convención de Belém do Pará para actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, erradicar, sancionar y reparar la violencia en todos sus tipos, incluso desde el otro colectivo especial previsto en la propia Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 1, 2, 6, 12 ,19- y Convención Americana -arts. 2 y 19- en su condición de víctima de violencia y abuso sexual infantil.

En consecuencia, cabe conferir intervención a la Procuración General, como cabeza del Ministerio Público, para que informe si se realizaron las actuaciones que instaran la acción de abuso hacia los niños y en su caso el resultado de las mismas.

F. También cabe observar que las sentencias que declaran la situación de abandono de los niños y sus aclaratorias, pese a determinar que cabe "asegurar el contacto vincular del menor J. E. G. con sus hermanitas R. B. y M. A. S. y el derecho de comunicación del grupo de hermanos con su progenitora de la manera y modalidad que el equipo técnico establezca respetando en

todo momento los tiempos y necesidades de los niños en su condición de sujetos de derechos y en función de su interés superior"; con el otro fundamento "orientando el presente proceso a la adopción simple" (fs. 214 vta., C. 118.473 y 350 vta., C. 118.474) cae en una simplicidad del tema teniendo en cuenta que el referido principio no tiene un concepto unívoco sino dinámico, debido a que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño, conforme las necesidades y repercusiones de lo que se decide y reconociendo las características propias de cada uno de ellos -principio de no discriminación-.

El Tribunal de Familia, al resolver, sobrevoló, por un lado, el catálogo íntegro de los derechos del niño en el momento en que se revisa y como se proyecta a futuro al considerar el tipo de adopción; por el otro, el contexto en el que se desarrollaron los hechos de violencia (v. fs. 213 vta./214 vta., C. 118.473 y 349/350 vta., C. 118.474), los que conducen, pese a que se decida en esta instancia el estado de adoptabilidad, a contemplar en la señora G. una visión reparatoria y restitutoria de derechos en su condición de víctima.

En el primer aspecto, en la definición del tipo adoptivo también está involucrado si es necesaria la preservación de algún vínculo y las consecuencias jurídicas que ello provoca en función de los hechos

conocidos y a partir de la lectura de la prueba donde se determinara que la señora G. es una víctima del propio ámbito familiar. En ello habrá que distinguir, según la situación fáctica y el interés de cada niño, niña y adolescente aquellos miembros de la familia de origen con los que es necesaria la preservación de algún lazo afectivo de aquellos otros que no lo justifican y que cabe descalificar. En el segundo aspecto, en este descarnado conflicto humano hay que dejar constancia de que la decisión que se toma no parte de ninguna consideración discriminatoria por motivo de discapacidad ni mucho menos de una actitud abandonica en el rol materno de A. .

Veamos. La afectación de cualquier esfera de la vida de un niño repercute en su desarrollo general. De ahí que en la determinación del tipo de adopción pesa la proyección de lo decidido en el futuro. Por ejemplo en su definición por la simple, la relación con la progenitora y los hermanos preserva los lazos sanguíneos, pero en relación al abuelo agresor consolida el parentesco y el de uno de ellos en la doble condición de padre y abuelo y madre y hermana.

En función de las particularidades antes expuestas y que no corresponde minimizar la situación de víctimas de los niños en relación con su abuelo materno y la situación contextual de la progenitora, atendiendo al

interés superior de cada uno de los niños y adolescente, la edad en que se requiere el consentimiento (arts. 3, 6, 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño), la debida participación de los mismos, los vínculos fraternos y el desarrollo dinámico de la identidad, el juez en la instancia de origen deberá evaluar, en la medida que resulte más conveniente, la posibilidad de mantener subsistente el vínculo jurídico con la madre y los hermanos aunque se otorgue la adopción plena o en su caso crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en una adopción simple que tenga la particularidad de excluir toda posibilidad de vínculo jurídico y comunicacional con el señor G. por las características del vínculo que ha generado con la madre de los niños y de cuya prueba es muestra el haber engendrado un hijo con su hija (Herrera Marisa, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc en Suplemento Especial sobre El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil" en Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera [coordinación], "Jurisprudencia Argentina", 2012-II-20; Mariela González de Vicel, "El régimen jurídico de la adopción: cuestión de fondo", Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Familia: filiación y responsabilidad parental, LL mayo 2015, p. 111; mi voto C. 109.059, sent. del 26-II-

2013, "R.V.D.V. s/ art. 10 ley 10.067"; arts. 595, 608, 617 inc. d y 634 inc. d del C.C. y C.). Esta particularidad a la última modalidad adoptiva se apoya en el principio de realidad, y los valores del respeto a la dignidad humana, promoción de los derechos del hombre y pluralismo (arts. 1 a 3 del Cód. Civil y Comercial; principio **pro homine**; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 18 y 21 primer párr. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, 8, 11, 17 inc. 5, 19, 24, 25 y 32 de la Convención Americana; 75 inc. 22 y 23, Const. nacional; 11, 12, 15, 25 y 36, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 24 y 26; 1, 7 incs. A, d, i, j y concs., ley 26.657; 1, 3, 7 y concs., ley 26.485; 4 y concs., ley 13.298).

En este marco, es indispensable también que en la instancia de origen se evalúe el régimen de derecho comunicacional entre la progenitora así como entre J. , M. y R. , si es que no se puede alcanzar la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes a la luz de lo que fuere más conveniente al interés de las personas menores de edad, con la debida participación de esos niños y con el apoyo multidisciplinario de otras ciencias como la psicología o el trabajo social (arts. 627 y 706 inc. b del C.C. y C.; 2, 3, 6 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Ya he dicho en otra oportunidad (ver

causa C. 102.555, sent. del 27-IV-2011) que de lo que aquí se trata es de que los niños en su condición de sujetos y en la transición a la adaptación como miembros de una familia no se sientan como un objeto a ser colocado en distintos lugares, sin que esto deje en ellos huellas quizá imborrables, sino que en este proceso que abre el camino sentencial ellos mismos formen parte de esa narrativa (v. Wagmaister, Adriana, "La guardia preadoptiva, la adopción y el interés superior del niño en los recientes fallos de altos tribunales ", Rev. de Derecho de Familia, n° 45, págs. 135/136; ver también Giberti, Eva, quien explicita en el prólogo de la obra antes citada "Filiación adoptiva" lo que significa la identidad de los hijos adoptivos; arts. 3, 5, 6.2, 7, 8, 12 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 9 de la ley 26.061; 33 de la Const. nac.).

VI. Por todo lo expuesto, si mi voto es compartido, corresponde:

a. En el marco de las particularidades del caso, confirmar que la señora G. no se encuentra en condiciones de ejercer su maternaje respecto de los niños J. , M. y R. .

b. En atención al interés de R. , M. y J. , considero que cabe declarar el estado de adoptabilidad de los niños M. y J. y de la adolescente R. .

c. Arbitrar las siguientes medidas en

pos de la recuperación y protección de los derechos gravemente vulnerados de las señora G. y R. , a saber:

i. Instruir medidas concretas de acción en la instancia para que se resuelva el problema habitacional de la señora G. , a fines de que se impida con efectividad el contacto con el agresor y se la posicione mediante ayuda psicosocial (v. punto B.);

ii. con respecto a R. , en la instancia se debe realizar un seguimiento para que en el supuesto de no concretarse la adopción se provean medidas de sostén especial para posicionarla de un mejor modo para enfrentar la adultez -becas de educación y otros planes- con una atención presupuestaria prioritaria (v. punto C.);

iii. solicitar explicaciones al juez de garantías interviniente sobre las actuaciones llevadas a cabo en torno a la investigación penal derivada de la causa de abuso sexual (v. punto D);

iv. encomendar a la responsable del Registro de Violencia Familiar junto al Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género la elaboración de un protocolo para juzgar con perspectiva de Género para ser elevado ante esta Suprema Corte (v. punto D);

v. conferir intervención a la Procuración General, para que informe si se realizaron las actuaciones que instaron la acción de abuso sexual hacia

los niños y en su caso el resultado de las mismas (v. punto E);

vi. encomendar a la instancia ordinaria la evaluación del tipo de adopción y el derecho a comunicación de la progenitora con sus hijos siguiendo las pautas establecidas en el apartado V. punto F.

Así lo voto.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votó la segunda cuestión en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Comparto con el colega que abre el acuerdo que resulta propicio disponer la acumulación de los procesos de marras, pues atento a la estrecha vinculación de lo que debe ser decidido en cada uno de ellos, lo tocante a la capacidad de la señora G. para ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos ha de repercutir necesariamente en lo concerniente al estado de abandono y adoptabilidad de éstos (art. 188, C.P.C.C.); si bien considero que una vez dictada la sentencia única, los procesos deben continuar su sustanciación por separado, a los fines de que los diversos trámites resultantes no interfieran entre sí (art. 194, C.P.C.C.).

II. Pues bien, ingresando ahora en el

análisis de los agravios traídos por la señora G. contra la restricción a su capacidad para ejercer el rol materno frente a sus hijos J. , M. y R. , adelanto que concuerdo parcialmente con la solución que propone el doctor de Lázzari.

1. Ciertamente es que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -C.D.P.D.-, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13-VI-2006 e incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378, cuyas disposiciones resultan de aplicación directa e inmediata a la problemática en cuestión, en tanto tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de los derechos, por ser normas que versan sobre el estado y capacidad de las personas (conf. Ac. 45.304, sent. del 10-III-1992; entre otras), posee el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, procurando superar las diversas barreras que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad (art. 1).

Así reconoce como principios rectores en la materia el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las

propias decisiones, y la independencia de las personas, su no discriminación, su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, su accesibilidad (art. 3); fijándose como obligaciones generales que los Estados Partes se comprometan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, a través de la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluidas medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4).

De este modo, la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad. Por lo que aparece como necesario promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente, de su integridad personal y de su plena

participación, con especial tutela de su autonomía e independencia individual residual, lo que se espera que produzca como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad (Preámbulo y arts. 1 y 17).

En dicho marco, el art. 12 establece que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiéndose adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Y para ello, los Estados Partes deben asegurar "que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y la preferencia de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo

más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial".

De esta forma, los Estados Partes han de adoptar "medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, deben organizar, intensificar y ampliar servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales... de forma que esos servicios y programas apoyen su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la vida" (art. 26). Tales servicios y programas deben basarse en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona, apoyando su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad (art. cit.).

En la misma dirección, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -C.I.E.D.P.D.-, incorporada a nuestro derecho interno por

ley 25.280, ha fijado como objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad propiciando asimismo su plena integración en la sociedad (art. II), a través de la obligación estatal de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, dirigidas tanto a la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, como a la eliminación progresiva de la discriminación y a la promoción de su integración comunitaria por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración (arts. III y IV).

Consecuentemente, luce ostensible que el concepto de salud mental ha dejado de ser una noción estrictamente pericial para pasar a tener un contenido mucho más amplio (conf. Preámbulo, arts. 1, 3, 4, 12, 26 y conchs., C.D.P.D.; arts. II, III, IV, C.I.E.D.P.D.), en

tanto ha sido superada aquella concepción generalizadora de discapacidad terminal que llevaba a una tución predominantemente aislante del paciente, por otra que reconociendo su estado de vulnerabilidad, procura su posible habilitación y/o rehabilitación, sea total o aún parcial, en un marco de respeto de su personalidad moral y dignidad, preservando al extremo su autónomo desenvolvimiento residual en el seno de su comunidad.

2. En el específico marco de análisis que exigen las cuestiones tratadas en estos obrados, el Estado nacional ha asumido la obligación de tomar medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, para así lograr que estén en igualdad de condiciones con las demás, especialmente -en lo que aquí interesa- garantizando sus derechos y obligaciones en lo que respecta a la custodia, tutela, guarda y adopción (conf. art. 23, C.D.P.D.).

Concretamente, el Estado debe prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. De modo que en ningún caso se separe a un menor de sus padres en exclusiva razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. A tal fin, se

debe hacer todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar (art. 23, C.D.P.D.).

Bien que en todos los casos se debe velar al máximo por el interés superior de los niños involucrados, debiéndose asegurar que éstos 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 su interés superior (art. 23, C.D.P.D.).

De esta forma, aún en el marco del referido nuevo paradigma en materia de tutela de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, se acepta que tales aspiraciones puedan ciertamente quedar excepcionalmente relegadas en una medida razonable cuando las circunstancias de la causa lleven a privilegiar una solución diferente en aras de la protección y defensa de las necesidades, derechos e intereses de los menores involucrados.

Así, en el aparente conflicto de derechos e intereses, 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, y 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 (C. 111.357, sent. del 11-IV-2012; C. 101.726, sent. del 5-IV-2013), adquiere una mayor preponderancia objetiva (asimismo, art. 16 inc. d, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), 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 aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de las personas con discapacidad, y el proceso despojado de toda consideración ritualista para tender a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

Y en este caso, considero justamente que lo decidido por el tribunal **a quo** concilia acabadamente con el concreto superior interés de los hijos de la causante (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los

Derechos del Niño; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Constitución nacional; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y conchs. Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; 384 y 850, C.P.C.C.).

3. En efecto, concuerdo aquí con mi colega que abre el acuerdo en que, atento a la patología que padece la señora G. , tal limitación en su capacidad le impide el adecuado ejercicio autónomo de su maternidad, sin que sea posible -por las circunstancias del presente caso- asegurar una modalidad alternativa de dicho ejercicio que le permita llevarlo a cabo y asimismo garantice razonablemente la tutela de los derechos e intereses de sus hijos (Punto V.A. de su voto).

Para arribar al diagnóstico de retraso mental moderado asociado a epilepsia, los distintos profesionales intervinientes en autos describieron la personalidad de la causante como sin consciencia de su enfermedad mental ..., por insuficiencia de funciones mentales básicas y superiores ..., enojo e irritabilidad fácil ..., disminución global de sus funciones cognitivas e intelectuales ..., capital ideativo pobre ..., pensamiento pueril y concreto y de contenido paranoide ..., juicio insuficiente ..., con capacidad limitada para actos complejos y con contenido económico, recomendando su encuadre en los términos del artículo 141 del Código Civil,

con un régimen de supervisión de terceros y controles neuropsiquiátricos periódicos, si bien sin necesidad de internación por el momento, pero sin poder ejercer por sí la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad o incapaces (fs. 7, 18 y vta., 68, 69 y vta., causa C. 118.472).

Sobre esta base, el tribunal **a quo** entendió no obstante que la situación de la paciente debía encuadrarse en el marco del art. 152 bis, inciso 2°, del Código Civil, pues a la luz del nuevo paradigma en materia de abordaje de la discapacidad, basado en la promoción y protección de la autonomía, dignidad y plena integración del paciente en la sociedad, procurando -en todo caso- que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, correspondía establecer primero un sistema de apoyos y salvaguardas en beneficio de la señora G. para el ejercicio genérico de su capacidad jurídica -con asistencia del señor curador oficial departamental- y luego sólo un régimen residual de inhabilitación para la realización de determinados actos que detalló y entre los cuales incluyó el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos, pues frente a la acreditada imposibilidad de la causante de brindarles los cuidados necesarios para la tutela de sus derechos, carecía de un medio familiar o de relación continente que pudiera ayudarla a asumir el

abánico de las cotidianas obligaciones que tal ejercicio implica (fs. 103/107 y 123/126, causa C. 118.472).

Pues bien, las constancias de las causas enseñan que por la patología que aqueja a la señora G. su maternidad solamente podría ser llevada a cabo de una forma razonablemente adecuada, sin colocar a los niños al mismo tiempo en una situación desventajosa de potencial riesgo de abandono, descuido o desatención de su integridad física y/o psicológica, si su ejercicio pudiera hallarse constantemente asistido por algún referente afectivo y/o familiar dispuesto a acompañarla cotidianamente en dicho rol. Y tal como observa el doctor de Lazzari en la referida parcela de su voto, al cual presto adhesión, la señora G. está completamente sola para enfrentar la crianza de sus hijos, sin que las salvaguardas que se han establecido en su beneficio y para tutela de sus derechos fundamentales seriamente vulnerados, se muestren al mismo tiempo idóneas para conformar un sistema de apoyo que le permita asimismo llevar adelante el rol materno (fs. 71/72, 88 y vta., 105, 110 y vta., 115, 158, 162/163, 179/180, 196, 243, 272/273, 286/287, causa 118.474; 63, 79/80, 95, 108, 118/119, 128, causa 118.473).

No sólo porque ella misma todavía sigue precisando de un efectivo acompañamiento y de serios cuidados que le permitan tanto transitar su tratamiento

psiquiátrico contra su enfermedad, como asimismo avanzar en la terapia psicológica que pueda ayudarla para sobreponerse -de la mejor manera posible- de su adicional situación de víctima de violencia sexual y familiar padecida durante tantos años, sino porque el adecuado ejercicio del rol materno sobre los niños R. , M. y J. requiere de una presencia permanente de la asistencia que la señora G. precisa, de modo que pueda así acompañarla en la toma diaria de las decisiones que la crianza de los niños impone, lo que en mi parecer solamente podría ser proporcionado por alguna figura conviviente, algo que el señor curador oficial departamental no puede razonablemente llevar a cabo.

Máxime considerando la situación de vulnerabilidad de los niños frente a los episodios de violencia y abuso también vividos por ellos (fs. 3, 26, 29, 32, 58, 102, causa 118.473; 11, 25, 47, 66, 158, 196/197, 198/199, 340, causa 118.474) y las carencias y déficits que presentaban cuando permanecieron bajo su cuidado (fs. 28, causa 118.473; 68, 125/126, 323, 327, 342, causa 118.474).

4. En consecuencia, habida cuenta de lo expuesto y adhesión formulada en lo pertinente, considero que corresponde confirmar que la señora G. no se encuentra en condiciones de ejercer la responsabilidad parental respecto de sus hijos J. , M. y R. . Adicionalmente,

comparto con el doctor de Lázari, y por sus fundamentos, las medidas de protección de la señora G. propuestas en el **punto VI.c.i** de su voto (conforme punto V.B.). Asimismo, presto mi adhesión a la medida propiciada en el **punto VI.c.iii** del voto del citado colega (conforme punto V.D.).

III. Seguidamente, corresponde ingresar en el análisis de los medios recursivos traídos en reproche de lo decidido por el tribunal **a quo** respecto del estado de abandono y adoptabilidad de los niños. Aquí también coincido parcialmente con la solución que propone el doctor de Lázari.

1. Es que ante el cuadro precedentemente descrito, en el que la familia inmediata no puede cuidar de los niños, ni es posible proporcionarles atención alternativa dentro de la familia extensa, ni dentro de la comunidad en un entorno familiar adecuado, corresponde privilegiar su superior interés (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 23, C.D.P.D.; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Constitución nacional; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y conchs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; 384 y 850, C.P.C.C.).

"Interés del menor" que en mi criterio debe ser aprehendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y

los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

Así, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de sus padres, el hecho de

que viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras (conf. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14/2013, párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (conf. O.N.U., Comité..., cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad, proyección.

Al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y su desarrollo holístico (conf. O.N.U., Comité..., cit.,

párr. 4). Y en este aspecto, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". La exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el "conjunto de bienes necesarios" para el menor se integre con los más convenientes en "una circunstancia histórica determinada", responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.

Más precisamente, en relación con la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de tales relaciones, en tanto los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres, como tampoco puede exclusivamente serlo una discapacidad de éstos o del menor, el Estado también debe proporcionar los apoyos necesarios para que los padres cumplan con sus responsabilidades parentales y así restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para protegerlo, *debiéndose barajar dicha posibilidad en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no sea suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del menor o un riesgo para su seguridad o integridad, en cuyo caso el Estado debe previamente garantizar que la situación del niño y su familia haya sido debidamente evaluada* (conf. O.N.U., Comité..., cit., párrs.

62, 63 y 64).

Así, la jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor, deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; entre otras).

2. Considero entonces que hoy hace al superior interés de los niños que se les otorgue la protección y asistencia estatales en aras de su cuidado y la provisión de un ámbito familiar sustitutivo que les garantice su pertenencia y el resguardo de sus derechos, a la vez que se constituya en sólido cimiento afectivo, moral y material que les permita desarrollar sus personalidades, educación integral y actividades durante el resto de sus vidas (conf. Preámbulo, arts. 5°, 8°, 9°, 19, 20, Convención sobre los Derechos del Niño). Y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una suerte de sanción a la madre, sino como un remedio para ellos, resultando en

definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo la situación que los ha colocado objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Si bien es cierto que -como ya señalamos- el interés superior del menor excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presente cada caso (conf. voto del suscripto en Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; entre otras), y que la adopción debe ser entendida como una alternativa dentro de las opciones jurídicas a través de las cuales resulte posible canalizar la necesidad de todo niño de integrarse en una familia sustituta definitiva, ello no obsta a que deba recibir una atención preferencial, pues es la única que posibilita al niño una conciencia abarcativa de hallarse integrado dentro de un grupo que no sólo lo recepta, sino que a la vez lo contiene y le suministra todos los instrumentos necesarios para saber quién es, qué quiere, qué roles puede asumir, cómo se debe insertar en la realidad que lo circunda y así poder estar en condiciones de abrirse paso en la vida (conf. voto propio en Ac. 72.890, sent. del 19-II-2002).

La adopción es relación personal y es misión por cuyo cumplimiento se responde con la medida excelsa del amor. El adoptante es ese alguien que asume

sobre sus hombros cargas ajenas, que responde por lo que nadie le pide, y que es capaz de anudar en el hondón del alma, una relación estrecha, comprometida, entrañable, con otra persona que no es biológicamente su hijo, pero por quien está dispuesto a responder como si lo fuera, mirándolo como alguien a quien aspira a dar lo mejor que se pueda alcanzar en este mundo y lo más alto que le pueda brindar la vida del espíritu, comprometiéndose a renunciaciones y abnegaciones para arrimarle todas las posibilidades de realizar en su persona el bien, la verdad y la belleza (conf. Mazzinghi, Jorge, "Tratado de Derecho de Familia", 4ª. edición, 1ª. reimpresión, Buenos Aires, LL 2006, t. IV, pág. 135).

Por lo que acreditado el desamparo de los niños, frente a la ausencia de otros familiares o referentes que puedan ocuparse de ellos (fs. 71/72, 88 y vta., 105, 110 y vta., 115, 158, 162/163, 179/180, 196, 243, 272/273, 286/287, causa 118.474; 63, 79/80, 95, 108, 118/119, 128, causa 118.473), corresponde confirmar su situación de abandono y adoptabilidad, y dirigir la actuación estatal hacia su inclusión en un procedimiento de adopción, la que merece ser preservada como institución, precisamente en interés de la infancia necesitada de padres y de una familia como la que ésta les brinda (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

3. En este aspecto, la modalidad adoptiva dispuesta por el tribunal **a quo** (orientada hacia la adopción simple, fs. 214, causa 118.473 y 350 vta., causa 118.474), en tanto carece de un necesario correlato en la realidad de los hechos de la vida cotidiana de los niños, luce como un anticipado encorsetamiento que **-ab initio-** ningún beneficio les proporciona en su superior interés.

En efecto, al día de hoy, J. se encuentra vinculado al matrimonio G. -L. , quienes han manifestado su deseo de adoptarlo (fs. 188, causa 118.473). M. -por su parte- se encuentra en proceso de vinculación con fines adoptivos con el matrimonio G. -C. (fs. 424, 431, causa. 118.474). Y R. aún vive en el Hogar Madre Teresa de Calcuta, luego de atravesar dos intentos de vinculación posteriormente frustrados (fs. 402/403, 427/428, 433, 438, causa 118.474). La posibilidad de que los hermanos ingresen en tales procesos vinculatorios en forma separada fue oportunamente aconsejada en el marco de la audiencia de fs. 421 a partir de las propias manifestaciones de las niñas, la opinión de los responsables del hogar en que habitaban, su representante promiscuo y la perito psicóloga interviniente (fs. 423/427, causa 118.474).

Así pues, el nuevo Código Civil y

Comercial estatuye un triple régimen de adopción: la adopción plena, la adopción simple y la adopción integrativa. La principal nota distintiva de las primeras dos modalidades radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico entre el adoptado y su familia de origen (arts. 595, 619, 620, 624/626, 627/629 y concs.). La procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho de cada caso, poseyendo la autoridad judicial reforzadas facultades -incluso- para disponer un tipo adoptivo distinto del solicitado por los peticionantes, cuando ello sea así más beneficioso al superior interés del adoptado (conf. art. 621 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Luego, la adopción no es ni un consuelo para los que no tienen hijos, como antiguamente se la conceptuaba, por cuanto está pensada en función de éstos y no de quienes la pretenden; ni una mera ficción, ya que el vínculo que establece se basa en una afectividad plena, que en nada se diferencia de la que puede derivar de una relación biológica, teniendo un sólido anclaje en el amor, que es la esencia del concepto de familia y el elemento que nutre y vitaliza este básico agregado humano.

Para no ver perjudicados sus fines ni caer en un desprestigio institucional que la torne indeseable para quienes pretenden acceder a ella, y a la

postre inexistente como opción válida para encauzar sus sentimientos afectivos y solidarios, debe procurar seguridad jurídica para quienes conforman la unión naciente. Esta seguridad debe ante todo orientarse en función de los hijos, quienes son los primeros interesados en que el vínculo se consolide definitivamente por cuanto ya han sido objeto y sufrido las traumáticas consecuencias del abandono, y deben por lo tanto ser protegidos de toda situación de duda.

Así, siendo que el instituto de la adopción tiene como claro norte y fundamento la protección de la minoridad desamparada, el tratamiento del caso debe abordarse igualmente desde la plataforma del superior interés de los niños involucrados. De esta forma, probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor adoptado tiene un mayor ámbito de aplicación (C. 104.730, sent. del 13-VII-2011; entre otras).

Aquí, al encontrarse todos los hermanos de sangre separados, sus intereses comunes han dejado de ser convergentes en un mismo núcleo, transformándose en intereses individuales radicados en cada una de las familias que han pasado a integrar, las que deberán satisfacer el interés particular concreto de cada menor

agregado a ellas.

Es que en la realidad de la vida el verdadero factor que le da enjundia a la familia son los padres, y cuando ellos faltan, existe una verdadera atomización, no pudiendo encarnarse el interés familiar en el conjunto de los hijos sino cuando ellos permanecen agrupados en el seno familiar bajo la dirección de quienes pasan a asumir el rol de aquéllos, pero no cuando concurren a distintos lares y se agrupan autónomamente de dicho conjunto.

Hoy, el interés de los hermanos, como niños, está sólo dado por el de las propias familias a las que se encuentran integrados. Si no, podría darse la paradoja de la existencia de un interés familiar relativo a una suerte de ficción que representaría el conjunto de los hermanos separados físicamente, y que no estaría representado en cambio por la familia concreta y próxima en la que se encuentran insertos. Siendo que, además, estaríamos infligiendo un duro golpe a las familias adoptivas, que no son de ninguna manera menos que la familia de sangre, por cuanto el lazo que confieren, basado en el afecto, es de la misma calidad que el de aquélla.

Así, en todo caso, si se recurre a la noción de interés familiar, éste debe situarse en la familia que actualmente integra corpóreamente cada niño, y

no en la que fue desintegrada por la falta de voluntad o la imposibilidad de los progenitores y familia extensa. En este caso, no encontramos interés familiar alternativo que supere al que hoy representan las familias en las que conviven -cada uno por su lado- J. y M. .

La intención de mantener la vinculación jurídica entre los hermanos a todo trance pareciera asentarse en un fuerte dogmatismo que la realidad se encarga de frustrar en múltiples situaciones que resultan razonablemente previsibles, como así lo indican las relaciones y la naturaleza humanas.

Dice al respecto Marcel Rufo, psicólogo infantil y psiquiatra en el Hospital Sainte-Marguerite de Marsella, una de las mayores autoridades mundiales en su especialidad, que "hay casos en los que mantener la fratría puede ser discutible, por ejemplo cuando se producen maltratos o abusos sexuales. Al parecer, en esas situaciones tan dolorosas, instalar a los hermanos en una misma familia de acogida no siempre favorece la cicatrización de las heridas psíquicas. La presencia permanente de un hermano, testigo de las desgracias pasadas, tiende, efectivamente a reavivar constantemente los malos recuerdos" ("Hermanos y Hermanas. Una relación de amor y celos", Grijalbo, Ed. Sudamericana, Bs. As., 2005, pág. 174).

Helene S. Arnstein -en un encomiable estudio del tema de tales vínculos- explica como "la diferencia económica entre ... familias, que parecen enemistar a un grupo de hermanos con el otro grupo, pueden ser, a veces, factores desencadenantes que activan temores más profundos y conflictos no resueltos" y que "algunas realidades de las que no es posible desentenderse - diferencias de valores, pautas y disciplinas entre un hogar y otro- pueden provocar antagonismos entre los jóvenes" (Hermanos y Hermanas, Granica Ediciones -Barcelona, 1987, p. 181-). Más abajo prosigue diciendo que "la ropa sucia oculta en los armarios de la vida pasada de los niños sigue oliendo y contaminando sus relaciones con los mejores padrastros, madrastras, hermanastros y hermanastras. Es posible que las experiencias y los conflictos de antaño hayan dejado heridas sin cicatrizar. El niño desdichado que ingresa en un hogar feliz, o que recibe la visita de un hermanastro o hermanastra que viene de un hogar donde reina una atmósfera cálida y acogedora, puede experimentar celos y resentimiento. Aunque los hermanastros sean muy afectuosos, estos niños desdichados -si no reciben ayuda terapéutica- a menudo adoptan una actitud distante, desapegada, incluso hostil respecto de los otros niños" (op. y pág., cits.).

En autos, tales extremos no han sido

indagados aún, y la opción por la adopción simple ha sido planteada en una forma que luce meramente dogmática (fs. 367 vta., causa 118.474). En este aspecto, el mentado resguardo del mantenimiento del contacto entre los hermanos, más allá del sostenimiento o quiebre del vínculo jurídico, es posible instrumentarlo a través de otros dispositivos jurídicos, siempre que las circunstancias del caso -incluso las sobrevinientes a partir de las nuevas vinculaciones forjadas por los niños con sus actuales guardadores- así lo aconsejen, en aras de su superior interés (arg. análog. arts. 3º, 9º y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1º, 14 bis, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4º y concs., ley 13.298).

Así, acreditado el desamparo de los niños y confirmada su situación de abandono y adoptabilidad, propicio que la adopción de los niños también pueda revestir el carácter de plena (arts. 619, 620, 621, 624 y concs., Cód. Civ. y Com.).

4. Habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de los niños, con asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (fs. 303, causa C. 118.473; 461, causa C. 118.474), lo que me permitió conocerlos en su realidad

actual, actualizar los deseos de cada uno de incorporarse a una familia definitiva (fs. 197/199, 243, 323, 421, causa C. 118.474) y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22, Constitución nacional).

5. En suma, por los fundamentos precedentes y adhesión formulada -en lo pertinente- corresponde confirmar la situación de abandono y adoptabilidad de los menores J. , M. y R. , así como dirigir la actuación estatal hacia la posible inclusión de todos ellos en sendos procedimientos de adopción plena.

En lo concerniente a la propuesta para que la Procuración General informe sobre las actuaciones llevadas a cabo en el marco de la acción penal instada a los fines de que se investiguen las denuncias de abuso hacia los niños (fs. 180, causa 118.473), por compartir sus fundamentos, adhiero al punto VI.c.v. del voto del doctor de Lázzari (conforme punto V.E.).

Así como en relación con la comunicación que se procura mantener entre los hermanos y la progenitora, también comparto -por sus fundamentos- la propuesta del colega que abre el acuerdo para que se supedite tales contactos a un informe técnico que contemple

el impacto diferenciado que los mismos pueden tener en la vida de los chicos, en tanto resulten beneficiosos para la integridad personal de cada uno de ellos (en el caso de J. además se tenga en cuenta su impacto en la apreciación de su identidad de origen), y -agrego- no sean perjudiciales frente a los procesos de vinculación afectiva que J. y M. están llevando adelante con sus actuales guardadores, los cuales deben ser -en esta crucial etapa de sus vidas- privilegiados y resguardados (punto VI.c.vi. de su voto, conforme punto V.F. en su parte pertinente; arts. 3º, 9º y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1º, 14 bis, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Const. nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y conchs. Const. provincial; 4º y conchs., ley 13.298).

Así también lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I.- Adhiero al fundado voto del distinguido colega doctor de Lázzari.

El ponente ha reparado minuciosamente en aquellos aspectos vinculados a la situación de discapacidad, discriminación y entorno de violencia que afecta tanto a la progenitora de los menores de autos, como a estos últimos (ver en particular, apartados A y B del capítulo V del aludido sufragio).

A. M. G. -madre de los infantes- padece

retraso mental y epilepsia, lo que impacta negativamente en su aptitud para desempeñar el rol materno. Se sitúa asimismo en un entorno de violencia familiar -está acreditado que ha sido víctima de abuso sexual en forma reiterada por parte de su propio padre, y es objeto también de malos tratos físicos de parte de su madre- que la deja sumida en un escenario contextual de discriminación que alcanza también a sus hijos, J.E. , R. B. y M.A. . El primero de los mencionados es hijo de A. y del progenitor de ésta, mientras que R. y M. también han padecido los efectos de las conductas nocivas por parte del padre de A. (violencia y abuso sexual).

Las aludidas complejidades del caso: la señalada disminución de su capacidad mental, la dependencia económica y emocional respecto de sus padres, los continuos actos de violencia física y moral de la que es víctima por parte de ellos, la insatisfacción de sus necesidades habitacionales en razón de la permanencia en ese contexto hostil a su persona y a su condición de mujer desamparada (aspectos estos que al no haber sido atendidos en perspectiva de género por las instancias de grado, han agravado su situación en autos ante la ausencia de medidas útiles en tiempo oportuno) exponen a A. a una especial situación de vulnerabilidad por su condición de género.

Es precisamente esta serie encadenada

de factores estructurales que provocan discriminación (como lo pone de resalto el voto al que presto adhesión), la que reclama la adecuada respuesta jurisdiccional del caso. Así, la decisión desestimatoria de los embates, en lo que atañe a la petición concreta de la madre -contraria a la declaración de los niños en estado de adoptabilidad, y la consecuente limitación al ejercicio de la maternidad que denuncia-, no está fincada en una ponderación judicial inadecuada, construida a partir de una visión estereotipada sobre su idoneidad para ejercer su rol materno en función de sus limitaciones, sino que conjuga, precisamente, la necesidad de propender de la mejor manera a la adecuada tutela del interés superior de los menores, compatibilizándose este objetivo con la necesidad de hacer más efectivas las medidas que atiendan al pleno desarrollo de la madre, situada -como ya se dijo- en una situación de extrema vulnerabilidad.

De allí que deviene imperiosa una respuesta jurisdiccional adecuada a las particularidades que exhibe el caso, esto es, la debida tutela del interés superior de los menores, y la consideración prudente de la posición de vulnerabilidad de la madre, menesterosa de especiales cuidados y atención, que deben ser *útilmente* articulados a fin de garantizar también el derecho que le asiste al pleno desarrollo de su personalidad, frustrados

por su especial posición de desamparada frente al contexto desfavorable antes descrito.

Desde ese norte, he de añadir a esta altura, en un sentido concordante con los desarrollos que se vierten en el voto del ponente, que el juzgamiento de los casos que atienden al paradigma de la perspectiva de género -tales son las citadas aristas del caso en juzgamiento, conforme se acaba de ver-, constituye un tópico que viene desarrollándose con cada vez mayor intensidad en el seno del sistema interamericano, cuyos criterios constituyen una fuente importante para los países adheridos a dicho modelo supranacional.

Un breve repaso de ese repertorio pone de manifiesto lo que acabo de adelantar.

A. La posición de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La labor realizada sobre derechos de las mujeres por la Comisión Interamericana es muy importante a la fecha. El mencionado Tribunal también se ha ocupado de esta problemática.

Entiendo que la jurisprudencia que dimana de estos órganos debe llegar a constituirse en una herramienta de valor para la práctica de la "equidad de género" como criterio hermenéutico, en la medida en que esté verdaderamente impregnada de un enfoque particular, que no es el simple reconocimiento de ellos y ellas.

Interesa destacar en esta oportunidad el Informe "*Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*" (2007) en el que la Comisión observa con especial preocupación la *escasa utilización del sistema de justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia* y la persistente desconfianza en que las instancias judiciales sean capaces de remediar los daños acaecidos, como así también la falta de datos disponible a las víctimas y sus familiares acerca de la forma de acceder a las instancias judiciales de protección y el trámite a imprimir a los casos.

Por su parte, más allá de los estándares específicos sobre derechos de las mujeres, la Corte -como veremos- ha desarrollado algunos de naturaleza general que son de fundamental importancia.

a) Competencia Contenciosa. Ese Tribunal -como anticipé- ha tenido ocasión de pronunciarse en casos en que los derechos de las mujeres se encontraron involucrados específicamente, o en que fueron la principal cuestión en debate. Ello así debido sobre todo a la falta de derivación de los asuntos por parte de la Comisión y de los Estados. Por ello, la gran mayoría de los casos fueron resueltos con Informes sobre el fondo de la Comisión o en soluciones amistosas.

a) 1. El caso Loayza Tamayo c. Perú¹.

Una de las críticas que se le formulan al quehacer del Tribunal de marras es haber desaprovechado, en este asunto, la oportunidad que se le presentaba de juzgar con perspectiva de género. Allí dicho órgano no consideró probados los hechos relativos a la violación sexual alegada por la Comisión en su demanda, aclarando que lo hacía "*después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho*"². La reprobación reposa, por un lado, en el doble estándar de valoración tomado para considerar los hechos alegados en la promoción de la acción, leve con relación a los malos tratos, golpes, etc., más riguroso con la denunciada violación sexual y, por el otro, lo escueto y poco claro de su argumentación, antes transcripta. Como se ha dicho por las comentaristas, seguramente una mayor sensibilidad de género al considerar la naturaleza de una violación sexual y el patrón general existente en el Perú de la época en casos similares hubiera conducido precisamente a tener este hecho por probado como lo entendió la Comisión.

a) 2. Caso Maritza Urrutia c. Guatemala³. Al decidir este expediente, la Corte dio por

¹ Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33.

² Corte IDH, caso Loayza Tamayo c. Perú, cit., párr. 58.

³ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103.

comprobado que la víctima fue apresada arbitrariamente y torturada mientras permaneció retenida en un centro clandestino de detención durante ocho días y obligada a emitir a la opinión pública un comunicado previamente preparado por sus captores sobre su pertenencia a un grupo guerrillero.

Dada la situación creada por tales hechos como así también por las amenazas de muerte que le dirigían sus captores, abandonó Guatemala, solicitando la condición de refugiada ante las autoridades competentes del Estado de México.

Desde esa perspectiva también han surgido ciertos reparos a la OC-18/03 al no considerar de modo diferente la situación de la migrante mujer indocumentada del migrante varón. Entendemos que una sensibilidad de género llevaría asimismo a estimar en forma particular la situación de la mujer refugiada.

a) 3. Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú⁴ y el estándar de la "debida diligencia". Aquí el Tribunal se pronunció justamente con relación a la Convención de Belem do Pará, a instancias de las víctimas y sus familiares.

En su decisión sobre el fondo del

⁴ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

asunto incorporó la perspectiva de género, introduciendo destacados elementos de análisis fácticos y jurídicos por lo que puede decirse que se trata del *primer precedente jurisprudencial de género del sistema*. En tal sentido, la decisión se destaca por haber utilizado, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, '*el impacto diferencial de género como criterio interpretativo*', tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos.⁵

Como acabo de señalar el nombrado Tribunal aplicó la Convención de Belem do Pará, no obstante que Perú aún no la había ratificado al momento de producirse los hechos; así considero que en la situación de marras se violaron los arts. 8 y 25 de la C.A.D.H. (garantías judiciales y protección judicial, respectivamente) en relación con el artículo 7.b) de aquélla.

La incógnita que persiste es si de haber estado ratificada la Convención de Belem do Pará, para ese entonces, habría declarado la *violación autónoma de ese Tratado*. Sobre el particular, resulta ilustrativo el voto singular -o personal- del entonces juez Cançado Trindade quien, argumentando sobre la base de lo estipulado

⁵ Corte IDH, caso del Penal Castro Castro, cit., párrs. 223/26 en especial.

en el art. 12 del documento bajo análisis, en punto a que la Comisión Interamericana conocerá las peticiones de conformidad con "*las normas y los requisitos para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y en el Reglamento*" y por el art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica, en tanto prevé el envío de casos por la Comisión a la Corte para su decisión, concluye que en futuros asuntos en que este instrumento resulte aplicable **rationae temporis**, la Corte debería confirmar unívocamente su jurisdicción para la aplicación, como lo ha hecho ya con otros instrumentos del sistema (por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura)⁶.

Según se dijo, esta sentencia, junto con los votos razonados de los jueces Cançado Trindade -ya citado- y García Ramírez, fija un estándar sumamente importante erigiéndose en un precedente valioso para el sistema interamericano.

Efectivamente, si se atiende al sentido de la C.E.D.A.W. y la Convención de Belem do Pará, los Estados son responsables tanto de la violencia y la discriminación contra las mujeres que tengan lugar en la

⁶ Corte IDH, caso del Penal Castro Castro, cit., párr. 73 del voto Razonado del Juez Antonio Cançado Trindade.

esfera pública, cuanto lo que ocurra en la esfera de las relaciones con particulares. Por consiguiente, ellos tienen la obligación de guardar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar a los responsables y reparar las consecuencias emergentes de los hechos de los particulares incluidos entre los denominados "agentes no estatales", ya sea que sucedan en la calle, en el hogar o en el trabajo (arts. 1.1 y 2, C.A.D.H.).

Esto supone que desde el momento en que una mujer víctima de discriminación o de violencia, se presenta en una dependencia pública pidiendo protección, poniendo en conocimiento del país tales hechos, éste debe hacer todo lo necesario para atender integralmente su situación (arts. 1.1 y 2 de la C.A.D.H.). Ello es una traslación al caso específico de la mujer, de la doctrina que sentara el Tribunal en sus primeros pronunciamientos sobre los casos de Honduras en los cuales sostuvo que los Estados no sólo responden por los actos del poder público o personas que se prevalecen de los poderes oficiales que ostentan, sino también cuando *"un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo,*

sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".⁷

Luego, la "debida diligencia" es al tiempo una obligación de los Estados y un principio informante del derecho internacional de los derechos humanos que encuentra su consagración normativa en el art. 7.b (deberes inmediatos de los Estados) de la Convención de Belem do Pará, al prescribir que los Estados deberán "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer"⁸.

En suma, la noción de "debida diligencia" tiene una creciente raigambre en la protección de las mujeres y resulta una herramienta indispensable al momento de exigir, nacional o internacionalmente, el derecho de éstas a vivir libres de violencia y discriminación; perspectiva de género que esperan las comentaristas de fallo que se refuerce en lo sucesivo⁹.

b) Competencia Consultiva. La

⁷ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, cit., párr. 172.

⁸ Así también, lo pregonan la Recomendación General 19 del Comité CEDAW: "En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas".

⁹ García Muñoz, Soledad, en "La obligación de debida diligencia estatal; una herramienta de acción por los derechos de las mujeres"; en Razón Pública. No. 1, 2o., semestre de 2004. Amnistía Internacional Argentina. Bs. As. 2004.

competencia consultiva de la Corte I.D.H., ha sido ratificada de manera específica en relación con los derechos humanos de las mujeres: pero, lamentablemente -ya lo dije-, hasta el momento ningún Estado parte de la Convención, ni la C.I.M., han hecho uso de esta atribución requiriendo una opinión específicamente relacionada con los derechos de las mujeres reconocidos por la Convención de Belem do Pará.

Sin embargo, de varias de sus Opiniones Consultivas surgen algunos estándares generales que tienen su significado especial en relación con la *dimensión de género* y también de *derechos humanos de las mujeres*.

b) 1. En ese sentido en la OC-4, al expedirse con relación a una Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, el Tribunal elaboró estándares generales sobre la igualdad y la no discriminación.

b) 2. En la OC-17/02, aclaró que "el término 'niño' abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes".¹⁰ Aquí se infiere que el lenguaje a emplear puede hacer visible a los colectivos discriminados.

b) 3. También revisten importancia las pautas sentadas en torno al principio de no discriminación

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, sobre la *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, de 28 de agosto de 2002. Ver notas al pie 45 y 123.

en la OC-18/03, sobre la condición jurídica de las personas migrantes indocumentadas. Allí dicho órgano estableció que el principio fundamental de igualdad y de no discriminación es una norma de **jus cogens**: *"en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no de determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, incluso a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas"*¹¹.

B. Conclusiones sobre el sistema interamericano y el valor de los precedentes. La adopción de instrumentos específicos para proteger los derechos humanos de las mujeres, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (C.E.D.A.W.), importa una clara manifestación de la sensibilización progresiva del derecho internacional de los derechos humanos hacia la perspectiva de género; concepto que se ha

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de Septiembre de 2003, párr. 100.

incorporado literalmente en textos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, signo evidente del valor que la comunidad internacional ha dado al mismo.

La vertiente de género supone, igualmente, un criterio hermenéutico fundamental en relación con todos los documentos del sistema, porque permite que se evalúe en cada caso el impacto diferencial que, en relación al derecho en juego existe para los hombres y para las mujeres; como por ejemplo sucede en la situación de las migrantes indocumentadas o de las mujeres obligadas a solicitar el estatus de refugiada, tal cual se vio en el asunto de Maritza Urrutia.

Por último es dable sostener que en la jurisprudencia de la Corte I.D.H.¹² se advierte una tendencia en dicha dirección, que tendrá -en mi criterio- que profundizarse.

En efecto, podemos citar, en concordancia con lo dicho; a) en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), donde la Corte

¹² La tesis es sostenida y desarrollada por García Muñoz, Soledad, en La progresiva "generalización" de la protección internacional de los derechos humanos; en Revista Electrónica de Estudios Internacionales. No. 2 de 2001. <http://www.reei.org/reei.2/Munoz.PDF>. Según se advierte la autora acuña el concepto de "generización" de la protección internacional de los derechos humanos, definido como el "fenómeno de transversalidad o impregnación por el género, como concepto y perspectiva de análisis, de la tarea de reconocimiento, promoción y salvaguardia de los derechos humanos en sede internacional".

I.D.H., que había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, sostuvo que "... el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable la investigación...", añadiendo que ese cuerpo supranacional seguirá supervisando; b) en el caso Fernández Ortega y otros vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), también por violación sexual, donde la Corte IDH legó a la misma conclusión y c) el caso González y otras ("Campo algodnero") vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 21 de mayo de 2013), oportunidad en la que ese Cuerpo había aceptado el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado por el asesinato de tres mujeres en un campo algodnero de Ciudad Juárez. En ese asunto, la Corte I.D.H. recordó que en los párrafos 452 a 455 y en el punto resolutivo 12 de la Sentencia, se establecieron criterios que deben ser atendidos en el análisis de esos hechos, precisando que la investigación deberá incluir una perspectiva de género, sentando ciertas pautas que permitan materializar dicho mandato¹³.

¹³ Sin embargo, y pese a la manifestación del Estado de haber dado cuenta de las acciones emprendidas para dar cumplimiento a dicho resolutivo (vgr.; creación de una Fiscalía Especializada en Atención de Mujeres Víctimas del Delito por Razones de Género, así como la implementación de criterios técnicos más adecuados desde una

Por último, vale la pena tener en claro que los pronunciamientos de la Corte I.D.H. poseen efectos vinculantes en el modelo de los países plegados al Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, considerando lo resuelto no hace mucho en el caso "Gelman vs. Uruguay" (Fondo y Reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011) y en la supervisión de cumplimiento del mismo (Resolución del 20 de marzo de 2013) es dable considerar que dicho Tribunal ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa interpartes), sino que también originan efectos vinculantes *para todos los Estados signatarios de la C.A.D.H.*, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta **erga omnes**). Puede decirse finalmente, que la doctrina legal o judicial de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (**res interpretata**) (ver Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso "Gelman vs.

perspectiva de género y derechos humanos para la investigación de los mismos, el aludido Tribunal manifestó que -de conformidad a la información aportada- no era posible verificar si esa tarea cumple con los estándares indicados en la Sentencia, o que estimo pendiente de cumplimiento, por lo que declaró que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión.

Uruguay", párrs. 67, 69 y 72). De todos modos -sea cual fuere la posición del intérprete doméstico- lo cierto es que al menos producen efectos que no deben desdeñarse en el derecho interno.

II.- En consecuencia, reitero pues mi adhesión al voto que abre el acuerdo.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1.a) El 26 de julio de 2010 se inició la causa C 118.474, con la comunicación de una medida de protección especial de derechos -abrigo en Institución- adoptada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (SZPPDN) respecto de R. B. y M. A. S. de, por entonces, 8 y 4 años respectivamente.

Surge de las actuaciones que el SZPPDN tomó contacto con la situación de las menores a través de los informes que le fueran remitidos por la trabajadora social del Hospital "Evita Pueblo" de Berazategui, nosocomio al que ingresó la madre de las niñas, señora A. M.G. , con su hijo J. E. G. -de cuatro meses de edad- con un caso de bronquiolitis.

En esa presentación se informa que la señora G. padece retraso mental y epilepsia y que relató haber sido abusada sexualmente por su padre, hecho que fue

denunciado penalmente en la Fiscalía de Instrucción y Juicio N° 5 de Berazategui.

b) Vencido el plazo de la medida de abrigo, la jueza de trámite decretó la guarda institucional, peticionada por el SZPPDN y por el Asesor de Incapaces (v. fs. 65/67, 82 y 83).

Luego de casi dos años de institucionalización las niñas manifestaron su deseo de tener una familia con quien vivir, sin perjuicio de mantener el contacto con su madre (v. fs. 197, 198, 199, 210, 243, 248/249, 340).

c) Las niñas son hijas de A. M. G. y de R. S.S. , quien falleciera en el año 2008 conforme surge del acta obrante a fs. 54 de la causa C 118.474.

d) El 23 de mayo de 2013 el Tribunal de Familia interviniente dictó sentencia declarando a las menores en situación de desamparo, tras considerar agotados los esfuerzos tendientes a restituir las a su grupo familiar de origen.

Para así decidir, destacó que "... en su actual situación, la Sra. A. M. G. no puede asumir por sí el conjunto de deberes que la función materna le exige. No está en condiciones de resguardarse a sí misma de peligros concretos, ni de proteger a sus hijas (véase fs. 197) debido a su propia vulnerabilidad psíquica..." (v. fs.

348 vta.).

Y agregó que, "... postergar cualquier decisión o supeditarla a que la Sra. A. M. G. encuentre soluciones a su situación, tal como lo propone a fs. 310/315, se opone al interés superior de sus hijas, principio rector sobre la materia".

Encontró acreditada "... la imposibilidad fáctica de la Sra. A. M. G. para ejercer el rol materno de forma autónoma, mediante el cumplimiento de una función amparadora que cubra las necesidades y asegure el bienestar y el sano desarrollo de sus hijos, y la ausencia de alternativas familiares que quieran hacerse cargo de los niños. Sin dejar de desconocer que la Sra. A. M. G. es una víctima más, lo cierto es que no puede sostener una función materna, sin el acompañamiento de un tercero, del que carece dentro de su grupo familiar o de relación..." (v. fs. 349/vta.).

Indicó que, en miras al interés superior de las niñas, se disponía la internación de las mismas con una familia alternativa.

Orientó el proceso hacia una adopción simple, asegurando -conforme surge de la aclaratoria de fs. 367- el contacto vincular de las menores con su hermanito J. E. G. y el derecho de comunicación del grupo de hermanos con su progenitora.

e) En el mes de noviembre de 2013 autorizó al matrimonio G. -C. a iniciar un proceso de vinculación con M. A. (v. fs. 425/445).

2. El abrigo dispuesto el 31 de agosto de 2010 en favor del menor J. E. G. tramita en la causa C. 118.473.

En esas actuaciones se dispuso la guarda institucional del niño (v. fs. 72, C. 118.473) y con posterioridad se dictó sentencia declarándolo en situación de desamparo, con similares fundamentos a los señalados en la causa C. 118.474 (v. fs. 211/215 y 234/235)

J. E. G. es hijo de la señora A. M. G. y del padre de ésta, J. D.G. , tal como acredita el análisis comparativo de A.D.N. confeccionado en la causa penal cuyas copias se adjuntan a las presentes.

3. Por otro lado, en la causa C. 118.472 se resolvió declarar la restricción de la capacidad de la señora A. M. G., de conformidad a lo dispuesto en el art. 152 bis inc. 2 del Código Civil y se dejó expresamente determinado que la mencionada no puede ejercer la patria potestad respecto de sus hijos (v. fs. 103/107; 123/125 -22 de mayo de 2013-).

Asimismo se estableció en su favor la participación del Centro Integral de la Prevención de la Violencia Familiar para que colaboren con ella a fin de que

pueda adoptar decisiones válidas que hagan a su derecho y ejercicio de su personalidad jurídica, a través de una evaluación periódica y con una fluida comunicación con la Curaduría Oficial que la supervise y la asista.

4. Ahora bien, concuerdo con los colegas que me preceden en la votación en que corresponde que las causas sean acumuladas.

5. Coincido también en que no están dadas las condiciones necesarias para que la señora A. M. G. pueda ejercer la maternidad.

Los informes acompañados en las actuaciones dan cuenta de ello (v. fs. 88, 109, 179/180, 272/273, 287, causa C. 118.474; fs. 76, causa C. 118.473).

A. M. G. reconoce en su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley: "... es cierto que en autos se han efectivizado sendas medidas tendientes a evaluar la posibilidad de egreso del niño con asistencia y /o apoyo de un referente familiar o afectivo que coadyuve con la suscripta en el ejercicio en el rol materno, el que no me encuentro en posibilidades de ejercer en forma autónoma, atento la afección psíquica que padezco. Lamentablemente, tales gestiones han dado resultado negativo, atento que no se ha presentado, a la fecha, familiar o referente alguno que se encuentre dispuesto a brindarme la asistencia necesaria a tales efectos..." (v.

fs. 242 vta., C. 118.473).

Reconocimiento que -asimismo- se evidencia a lo largo del proceso, en estos cinco años que han trascurrido desde que los niños fueran institucionalizados y en los que su madre reclamó su restitución (v. fs. 314, C. 118.484).

6. La decisión es ardua, todos los derechos involucrados son atendibles e importantes.

La particular situación en que se encuentra la señora A. M. G. y las vivencias adquiridas por sus hijos antes del inicio de estas actuaciones y en estos últimos cinco años, demandan para el caso un análisis global, en el que se evalúe la totalidad de los intereses en juego y todo lo actuado hasta el presente.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13-XII-2006 y en nuestro país por ley 26.378) como así también los principios que determina la ley 26.657 (que modifica el Código Civil) permiten también realizar una mirada amplia y realista para analizar la pretensión de la recurrente, procurando así que la solución a adoptar brinde un adecuado y eficiente servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) atendiendo a los requerimientos humanos que la misma conlleva.

7. Es un contexto que no ha sido provocado por la madre biológica de los niños, ella es una víctima más y requiere medidas urgentes de especial protección.

a) De las pericias médicas realizadas surge que necesita un régimen de supervisión de terceros y controles neuropsiquiátricos periódicos, tal como ha quedado debidamente acreditada en las actuaciones (v. fs. 71/72, 88, 243, 255 vta., 257, 272/273 de la causa C. 118.474; fs. 76, causa C. 118.473; y 18, 68/69, C. 118.472).

b) De otros momentos del expediente se demuestra que carece de referente familiar y/o afectivo que la asista, por lo tanto, debe abastecerse dicha carencia.

c) Además, su situación reclama la solución al problema habitacional de la señora A. M.G. , con el objeto de impedir el contacto con su padre (de quien resulta víctima de violencia y con quien comparte el terreno).

8. Considero, al igual que lo hizo el Tribunal de Familia, que postergar cualquier decisión o supeditarla a una posible y eventual solución para la situación vivenciada durante tantos años por la señora A. M. G. no es favorable a los intereses de los niños (conf. art. 3, Convención sobre los derechos de los niños -ley

23.849-).

a) J. E. G. de cinco años de edad, desde muy pequeño y hasta la actualidad vive con el matrimonio L. -G. (v. fs. 177, audiencia del 23 de agosto de 2012); y M. A. también en una situación estabilizada desde el mes de noviembre del año 2013,

Por todo ello, y dadas las excepcionales circunstancias aconsejan en autos mantener la declaración de estado de desamparo decretada en las causas C. 118.473 y C. 118.474.

9. En relación al derecho de comunicación de la madre biológica de los niños con éstos, adhiero a lo expuesto por el doctor de Lazzari en el pto. VI ap. C. acápite vi de su voto.

10. En lo que respecta a la decidida orientación del proceso hacia una adopción simple, propicio su revocación. Considero que resulta prematuro, en esta etapa procesal, determinar el tipo de adopción que pudiera resultar favorable a los intereses de todos los involucrados.

En consecuencia, entiendo que corresponde dejar supeditado dicho análisis para el momento de dictar sentencia en el proceso de adopción.

11. Debe otorgarse a la señora A. M. G. la asistencia adecuada, designando el o los apoyos

necesarios, como así también corresponde se le provea una vivienda digna donde pueda constituir un vínculo familiar autónomo y de cobertura de las necesidades básicas insatisfechas (conf. mi voto en A. 70.717, sent. del 14-VI-2010).

12. Por último, coincido en requerir a la Procuración que informe en relación a la existencia de acciones en las que se haya investigado el abuso sufrido por las niñas y, en su caso, el resultado de las mismas.

13. En conclusión, con el alcance expuesto precedentemente, en mi criterio, corresponde confirmar la decisión recurrida en cuanto afirma que la señora A. M. G. no se encuentra en condiciones de ejercer la maternidad de sus hijos R. B., M. A. y J. E. y declara a éstos en estado de desamparo.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez docto Soria dijo:

I. Por las razones expuestas por el doctor de Lazzari en el pto. V.A. y VI.b. y el doctor Pettigiani en el II aps. 1 a 3, de sus respectivos votos, corresponde confirmar la restricción a la capacidad de la señora G. para el ejercicio de su responsabilidad maternal.

II. De otra parte, a efectos de no desorbitar el marco y contenido de los aspectos que han

sido materia puntual de agravios ante esta Suprema Corte, entiendo pertinente encauzar las propuestas efectuadas en el punto V aps. B y C y VI ap. c.i] y c.ii] del sufragio del ponente, por vía de superintendencia (conf. mi voto en causa Ac. 98.260, sent. de 12-VII-2006).

III. Por lo demás, pudiendo ser de interés la averiguación administrativa de lo obrado en el fuero penal reseñada por el ponente en el pto. VD.vii], sin abrir juicio sobre la configuración de un accionar reprochable, corresponde dar intervención a la Subsecretaría de Control Disciplinario.

IV. Adhiero, asimismo, a la intervención de la Procuración General a fin de que informe acerca de la realización de actuaciones con motivo del presunto abuso que habrían sufrido los menores y su resultado -conf. pto. V ap. E del voto de doctor de Lázzari-.

V. En lo que concierne al régimen de comunicación de los menores con su progenitora, también he de prestar mi adhesión a las pautas propuestas por el ponente en el pto. V.F. aps. i] y ii] y pto. VI.C.vi].

VI. Por fin, en orden a las consideraciones formuladas por el doctor Pettigiani en el punto III ap. 1, y primero y cuarto párrafos del ap. II, comparto su parecer en cuanto propicia la confirmación del

estado de adoptabilidad de los menores. Y en lo que respecta a la definición sobre el carácter de la adopción a conceder en el caso, entiendo que resulta anticipada su delimitación por cuanto los extremos que habrán de incidir en tal decisión no han sido aún indagados de modo cabal. Adhiero por tanto en este aspecto a la propuesta del doctor Negri (conf. pto. 10 de su voto) (arts. 321 y 330, su doct., C.C.).

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Kohan dijo:

Adhiero al voto del doctor de Lazzari por sus mismas razones y fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se rechazan los recursos extraordinarios de nulidad; con costas (arts. 68 y 298, C.P.C.C.).

Asimismo, por mayoría, se resuelve:

a. confirmar que la señora G. no se encuentra en condiciones de ejercer el maternaje respecto de los niños J. , M. y R. ;

b. declarar el estado de adoptabilidad de R. , M.

y J. y

c. arbitrar las siguientes medidas en pos de la recuperación y protección de los derechos gravemente vulnerados de la señora G. y R. , a saber:

i. instruir medidas concretas de acción en la instancia para que se resuelva el problema habitacional de la señora G. , a fines de que se impida con efectividad el contacto con el agresor y se la posicione mediante ayuda psicosocial (v. punto B del voto del juez de Lázzari);

ii. con respecto a R. , en la instancia se debe realizar un seguimiento para que en el supuesto de no concretarse la adopción se provean medidas de sostén especial para posicionarla de un mejor modo para enfrentar la adultez -becas de educación y otros planes- con una atención presupuestaria prioritaria (v. punto C del voto del Juez de Lázzari);

iii. solicitar explicaciones al Juez de Garantías interviniente sobre las actuaciones llevadas a cabo en torno a la investigación penal derivada de la causa de abuso sexual (v. punto D del voto del Juez de Lázzari);

iv. encomendar a la responsable del Registro de Violencia Familiar junto al Consejo Consultivo de Violencia Familiar y de Género la elaboración de un protocolo para juzgar con perspectiva de Género para ser elevado ante esta Suprema Corte (v. punto D del voto del Juez de Lázzari);

v. Conferir intervención a la Procuración General para que informe si se realizaron las actuaciones que instaron la acción de abuso sexual hacia los niños y, en su caso, el resultado de las mismas (v. punto E del voto del Juez de Lázzari) y

vi. encomendar a la instancia ordinaria la evaluación del tipo de adopción y el derecho a comunicación de la progenitora con sus hijos siguiendo las pautas establecidas en el ap. V. punto F del voto del Juez de Lázzari.

Las costas relativas a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley deducidos se imponen por su orden en atención a la forma en que se resuelven y a la índole de los temas debatidos (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

MARIO EDUARDO KOHAN

CARLOS E. CAMPS

Secretario