

Expediente N° 37.609/2012/1/RH1, caratulado “Recurso deducido por C. M. I., en los autos I., J. M. s/ Protección Especial”

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, CUIL 27-06409589-2, CUID 50000000008, constituyendo domicilio en Avenida Callao 970, 2º Piso, contra frente, Capital Federal, ante VV.EE. me presento y respetuosamente digo:

I. Vuelven las actuaciones a esta Defensoría General en virtud de lo ordenado por ese Excmo. Tribunal con fecha 3 de septiembre del año en curso, a los efectos de expedirme sobre el mérito de las constancias probatorias obrantes en el incidente CIV 57490/2012/1.

II. En mi anterior presentación que luce a fs. 53/60 me aparté de la postura asumida por este Ministerio Público a lo largo de las presentes actuaciones por entender que el mejor interés de J.M.I. se encuentra resguardado en el seno de su familia biológica.

En resumidas cuentas, allí sostuve que:

- La separación entre madre e hijo es excepcional y en autos no se verifica ningún supuesto para apartarse de dicho principio (art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño).
- J.M.I. puede ser criado por la Sra. I., si ella cuenta con los apoyos adecuados (art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad).

- Hubo una insuficiente prestación del Estado que ha lesionado el derecho a la protección de la familia.
- La Sra. I. efectúa un correcto ejercicio del rol materno en relación a su segundo hijo.
- Se provocaría un previsible daño psicológico a J.M.I. cuando tome conciencia de que fue adoptado, mientras que su hermano menor fue criado en plenitud junto a su madre.

Luego de ello, por disposición de esa Corte se le confirió vista a la Procuración General de la Nación.

Encontrándose allí las presentes actuaciones, se recibió el incidente CIV 57490/2012/1 de donde surge que, según los informes elaborados por el Hogar Querubines, la Sra. I. habría interrumpido las visitas a su hijo. Además, a través de unos informes acompañados por el Sr. Defensor de Menores de Primera Instancia, se desprende la existencia de una denuncia penal contra el abuelo materno de mi defendido.

A raíz de ello, en el entendimiento de que los hechos ventilados serían susceptibles –*prima facie*– de incidir en la decisión a adoptar en el presente caso, la Procuración solicitó, antes de emitir dictamen, que se oiga nuevamente a este Ministerio.

III. En virtud de ello, corresponde ahora expedirme en torno a las constancias probatorias que obran en el incidente mencionado. Para un mejor ordenamiento, las dividiré en tres grupos, a saber: 1) los informes realizados por la institución en donde se encuentra alojado mi defendido; 2) la existencia de una denuncia penal contra el abuelo materno de J.M.I.; 3) los informes elaborados por la voluntaria social de la Defensoría de Menores de Primera Instancia.

Vale señalar que, frente a este escenario y a los efectos de un mejor dictaminar, encomendé la elaboración de un nuevo informe interdisciplinario a integrantes del “*Programa de*

Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad" y del "Equipo Interdisciplinario de la Unidad de Letrados art. 22 – Ley 26.657", ambos de la Defensoría General de la Nación -que se acompaña al presente- a los fines de que VV.EE. cuenten con información actualizada.

De allí surge la realización de diversas entrevistas llevadas a cabo con la Sra. I. y la familia ampliada de mi representado, con profesionales del Hogar Querubines y con integrantes del equipo docente de la Escuela de Educación Especial para Formación Laboral Nro. 36 a la que asiste la progenitora de mi defendido. Asimismo, se realizó una observación de J.M.I. en sus actividades cotidianas en el Hogar y en su vinculación con la Sra. I.

A esos informes me referiré en lo que sigue.

IV. 1.- Luego de una detenida lectura de los elementos aportados por la institución en donde se encuentra alojado mi defendido, cabe realizar las siguientes consideraciones.

Por un lado, el Hogar hizo hincapié en la poca frecuencia que ha mantenido la Sra. I. en las visitas realizadas desde el mes de enero hasta el mes de mayo del corriente año, momento en el que, según lo informado por la propia institución, habría dejado de visitar a J. M. I.

Asimismo, se ha destacado que cuando la progenitora de mi defendido no asiste a visitar a su hijo, no avisa antes ni se comunica posteriormente y que, cuando concurre al Hogar, "sigue presentando malas condiciones de higiene" (v. fs. 12 del incidente).

Del informe interdisciplinario que acompaña al presente surge que la Sra. I. "manifestó haber presumido que la denuncia realizada por su hermana habría incidido de forma negativa y definitoria en una eventual restitución de su hijo, razón por la que –aun cuando recibió

algunas llamadas desde el Hogar Querubines en las que le comunicaron que no existían restricciones a sus visitas-, entendió que ya no tendría posibilidades de ejercer la maternidad respecto de éste”.

En relación a ello, las profesionales intervintivas señalaron que “*la espacialidad y la temporalidad son construcciones que enmarcan la vida de las personas en las cuales intervienen diversos factores e intereses, por lo tanto son múltiples y configuran diferentes subjetividades. En muchos casos para los jóvenes con discapacidad, estas dimensiones poseen modalidades expresivas diferenciadas*”.

A su vez, destacaron que “*la distancia del domicilio donde vive C. M. –aun cuando se ha mudado, está ubicado en el mismo barrio- hasta el Hogar Querubines, es una importante barrera de accesibilidad, ya que es vivenciada como un largo trayecto hacia un lugar lejano y ajeno a su espacio de vida cotidiana. Dado que concurre sola y que el viaje le exige gran esfuerzo, requiere de un soporte afectivo y de contención adecuado para poder sostenerlo en el tiempo; por ello es que resulta fundamental en este marco la calidad del recibimiento y el acompañamiento del dispositivo convivencial*”.

De hecho, una vez que la Sra. I. logró “*poner en palabras sus percepciones, sus temores y sus fantasías al respecto [denuncia penal], reanudó las visitas al Hogar con regularidad*”.

En este contexto, las profesionales informaron que el pasado “*28 de septiembre, semanas después del primer encuentro, C. M. refirió su alegría y la de [J. M. I.] al restablecer las visitas periódicas. En este sentido, relató cuánto ha crecido su hijo, las cosas que le gustan, detalles sobre lo que conversan y hacen juntos. Manifestó haber mantenido un contacto afectuoso con su hijo y haber concurrido a la plaza con él, junto a otros niños y referentes institucionales, experiencia a la que se refirió como especialmente gratificante*”.

Sobre el punto, el Hogar en uno de sus informes destacó de manera clara y precisa que “[e]n relación al vínculo, entre M. y [J.M.I.] se observa que cuando [el niño] ve a su

mamá la reconoce con una sonrisa, la llama mamá, la toma de la mano y la lleva al patio a jugar” y que “*M. se muestra contenta cuando lo ve, se saludan con un beso y abrazo*” (v. fs. 12 del incidente).

Concordantemente con ello, en el informe interdisciplinario elaborado por este Ministerio Público se señaló que “*en el marco de la visita realizada al hogar, se observó el despliegue de un espacio lúdico y un intercambio afectuoso entre ambos*”.

Además se resaltó que, durante la visita realizada al Hogar por las profesionales intervenientes, mi defendido preguntó “*insistentemente por su mamá y refiere que quiere estar con ella, situación que pudimos constatar cuando visitamos el hogar ya que apenas nos presentaron a [J. M.I.], él preguntó cuándo iría su mamá, quien lo visitaría por la tarde*” –lo resaltado me pertenece-.

De este modo, pudieron verificar que el niño “*se vincula afectivamente con C. M. y con sus referentes institucionales. Se observa una relación amorosa madre-hijo, que presenta conductas de apego*, es decir, la búsqueda de proximidad y mantenimiento de cercanía física alrededor de ella, como figura diferenciada” –lo destacado es propio -.

Concluyeron que “*no se observa una marcada ‘desafectivización’ ni vínculos mayormente superficiales, consecuencias frecuentes en los niños institucionalizados*” y que era necesario que J.M.I. “*no continúe institucionalizado más tiempo para que no se obstruya su normal desarrollo y mantenga las adquisiciones alcanzadas, incluyéndose lo más rápido posible en un ámbito familiar*”.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, cabe remarcar que en la actualidad la madre de mi defendido lo visita regularmente y que las ausencias que ha tenido tiempo atrás fueron fruto del temor que le generó la denuncia penal contra el Sr. I.. Asimismo, de los informes elaborados por el Hogar Querubines y por este Ministerio Público, surge de manera clara y manifiesta la existencia del vínculo afectivo entre J.M.I. y su progenitora.

2.- Por otra parte, del incidente surge la existencia de una causa penal seguida contra el abuelo materno de mi defendido, el Sr. M. D. I., por un supuesto hecho de abuso sexual en perjuicio de M. L. C. (hermana unilateral por vía materna de la Sra. I.).

Según las averiguaciones llevadas a cabo por este Ministerio Público (se acompaña acta certificada), en la causa penal mencionada –que tramita por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 37 bajo el nro. 7005/15 y se caratula “I., M. D. s/ Abuso sexual”- ni siquiera se recibió declaración indagatoria al acusado.

Sobre este punto, cabe poner de resalto el principio de trascendencia mínima contenido en el art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto implica que las consecuencias de un proceso penal no deben trascender del individuo imputado, junto con la presunción de inocencia insita en el art. 18 de la Constitución Nacional, art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resulta menester destacar que la sustanciación del citado expediente penal en modo alguno puede incidir sobre el vínculo materno filial, más aun al verificar que ni siquiera se ha efectuado una imputación concreta respecto del Sr. I., pese al tiempo transcurrido desde la denuncia.

Así, en el marco de las presentes actuaciones deben extremarse los recaudos para evitar que los efectos del trámite de la causa penal trasciendan a terceros y afecten directamente a J.M.I.

No puede pasar por alto que de los informes obrantes en el incidente traído a estudio y del informe interdisciplinario que acompaña al presente, en ningún momento se desprende que la existencia de esta denuncia penal haya incidido en el rol de apoyo que cumple el Sr. I. en relación a su hija.

Sin perjuicio de ello, además del actual servicio de acompañamiento terapéutico que se le brinda a la Sra. I. tres veces por semana por parte del Programa Federal de Salud y el acompañamiento que realiza el equipo de docentes de la Escuela de Educación Especial para Formación Laboral Nro. 36 a la cual asiste, del informe interdisciplinario elaborado por este Ministerio surge la existencia de diversos apoyos alternativos, a saber:

- “Programa de extensión para la atención de niños privados del cuidado parental”, perteneciente a la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires.
- “Consultoría interdisciplinaria en derechos del niño”, bajo la órbita del Centro de Salud Mental N° 1 de la Dirección de Salud Mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

3.- Por último, el Sr. Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia acompañó dos informes elaborados, según sus dichos, por una voluntaria social que colabora en su dependencia (fs. 5 y 16).

La profesional actuante, además de omitir la suscripción de sus informes, se limitó a reproducir los dichos del personal del Hogar Querubines. Asimismo, si bien se desprende que tuvo un contacto visual con el niño, no aportó ninguna opinión técnica profesional propia ni tampoco surge que se haya entrevistado con la familia ampliada de J. M. I.

En virtud de ello, más allá de la irregular introducción de los informes al proceso como material probatorio, nada cabe agregar al respecto.

V. A mayor abundamiento, no puedo dejar de recordar que en relación al “interés superior” de mi defendido, esa Corte ha dicho *“que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo*

al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores” (Fallos 328:2870).

Al respecto, es dable señalar que el interés superior del niño no se agota con el examen de las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación del niño y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.

En este contexto, reitero lo dicho en mi dictamen anterior: cuando J.M.I. tome conciencia de que fue adoptado por otro grupo familiar -a raíz de una decisión del Estado- y que, contrariamente a ello, su hermano menor fue criado plenamente por su madre, se generará un previsible daño psicológico que, sin duda, afectará el desarrollo de su personalidad, al sentirse injustamente excluido de su familia de origen.

VI. A modo de cierre, resulta menester destacar que las profesionales intervenientes en el informe interdisciplinario que se acompaña han determinado con exactitud que, con los apoyos implementados hasta el momento, se ha fortalecido el protagonismo de la progenitora de mi defendido “en igualdad de oportunidad con otras madres” y que “el despliegue que ella realiza para el ejercicio del maternaje respecto de su hijo más pequeño es un indicador de que, con su diversidad funcional, **puede ofrecer a [J.M.I.] un vínculo permanente, significativo y afectivo para satisfacer las necesidades de alimento y abrigo de este niño - que está institucionalizado desde su nacimiento- en un clima emocional que permitirá su desarrollo y crecimiento, en la medida de su acceso a una variedad de servicios de apoyo”.**

Así, se afirmó que “*a partir de la actual experiencia de maternidad de C. M. y de sostenerse –y ampliarse según lo propuesto- los apoyos institucionales, [J.M.I.] accedería a las condiciones apropiadas para su desarrollo psicoafectivo en su ámbito familiar*” –lo resaltado me pertenece-.

Por los fundamentos aquí expuestos, cabe concluir que los informes agregados en autos con posterioridad al dictamen elaborado por este Ministerio, el pasado 6 de mayo de 2015, carecen de sustento para impedir el vínculo materno filial y robustecen mi postura ya asumida en autos. Ello, de conformidad con la normativa nacional e internacional vigente - descripta y desarrollada en aquella oportunidad- y con el interés superior de J.M.I. (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Defensoría General de la Nación, de diciembre de 2015.