



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

CCC

Causa 109112

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

//la ciudad de La Plata, a los *veintitres* días del mes de octubre de dos mil siete, reunidas en acuerdo ordinario las Señoras Jueces Vocales de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Segunda, doctoras Patricia Ferrer y Nelly Norma Suárez, para dictar sentencia en la causa 109112, caratulada: " **S/ ABRIGO**", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora **SUAREZ**.

La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- 1a. ¿Es justa la providencia de fs. 31.?
- 2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

A LA PRIMERA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA SUAREZ DIJO:

I.- La providencia que recayó a fs. 31 de estas actuaciones, hizo lugar a la petición de habeas corpus, afirmando que la situación actual de la niña , que actualmente se halla alojada en el Hospital Noel Sbarra de esta Ciudad, constituye una medida de abrigo.

II.- La decisión es objeto de un recurso de reposición con apelación subsidiaria por parte del Director Provincial de Protección de Derechos del Niño del Ministerio de Desarrollo Humano del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, quien arguye la incompatibilidad del procedimiento de Habeas Corpus para cuestionar una medida de protección adoptada por el Servicio Zonal de Protección de Derechos de La Plata, agregando, además, que la Justicia de Menores resulta incompetente para decidir la medida de abrigo.

III.- En el Habeas Corpus articulado por la Sra. titular de la Asesoría de Incapaces Nro.4, Dra. Griselda Margarita Gutiérrez, a cargo de la Asesoría Nro. 2 a favor de la niña , aquélla ha sostenido que la menor se encuentra internada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos, en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

el Hospital Noel Sbarra, sin el control de legalidad establecido en el inciso H de la ley 13.298 (texto según artículo 100 de la ley 13.634) para las medidas de abrigo, solicitando que así sea encuadrado el caso.

Agrega que no se dispuso el abrigo de la pequeña y que la medida adoptada padece de irregularidad al no haber sido comunicada en el plazo de 24 horas dispuesto por la ley, tanto a la Asesoría como al Juez en turno.

Argumenta igualmente que el consentimiento de la progenitora para la internación de la criatura recién nacida no es válido por el momento en que se produjo, bajo los efectos del estado puerperal, como también por la evidente existencia de intereses contrapuestos entre la madre y su hija, ya que la primera decidió darla en adopción, por cuya razón se debió dar inmediata intervención al Ministerio Pupilar.

IV.- El instituto del Habeas Corpus, regulado en el art. 20 inc. 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, resulta la vía idónea para tutelar la libertad de las personas. Su función es remediar la vulneración de la garantía constitucional que consagra

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ese derecho, ante cualquier restricción o amenaza proveniente de acciones u omisiones de autoridades o particulares.

Es condición de admisibilidad de esta acción que su ejercicio esté destinado estrictamente a reparar situaciones en las que se encuentre involucrada la libertad del individuo.

Como regla general, el Habeas Corpus aparece como el medio idóneo para corregir cualquier acto o hecho que comprometa, en forma injustificada e irregular, la libertad del individuo.

Por ello, en atención a la seriedad de los intereses comprometidos, en especial por encontrarse en juego el derecho prevalente de un menor, debe admitirse como adecuado el trámite elegido, pues lo que se invoca es la adopción irregular de una medida restrictiva de la libertad de la menor de autos, cuya legalidad debe ser revisada.

V.- El artículo 35 de la ley 13.298 en sus diversos incisos implementa distintas medidas de que disponen los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, para llevar a cabo su cometido en los

Causa N°.....
Registro N°.....

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
EXCMA. CAMARA DE APELACION

supuestos en que se comprueba la amenaza o violación de los mismos.

La hipótesis del inciso h, reformado por el artículo 100 de la ley 13.634, regula un amparo distinto, que se ha dado en llamar "abrigo". Dada la prohibición del art. 33 (mod. por art. 99 de la misma ley) que las medidas de protección de derechos signifiquen la privación de la libertad ambulatoria del niño, este apartado prevé la necesidad que las disposiciones que se adopten involucrando tal derecho sean comunicadas, dentro de las 24 horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia (hoy -aún- el Juez de Menores en transición), para su control de legalidad.

La citada disposición legal contempla el caso excepcional -y siempre provisorio- en el que existan motivos graves que impongan la necesidad de alojar al menor en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud. La norma no formula distinciones respecto de las causas que determinen el alojamiento en lugares distintos del propio ámbito familiar del menor.

Se aprecia igualmente que el ordenamiento legal respectivo tampoco cuenta con disposiciones especiales que organicen en forma diferenciada, - sustrayendo del referido control judicial de legalidad- el alojamiento de los niños por parte de los referidos Servicios Locales, en instituciones u hogares alternativos, en los casos en que los progenitores, en forma voluntaria hagan abandono del menor o, por razones justificadas o no, manifiesten no poder dar adecuada protección y crianza a sus hijos o se vean, por cualquier motivo, en la real imposibilidad de hacerlo.

Por el contrario, el artículo 31.2, segundo párrafo, del decreto 300/05, reglamentario de la preceptiva que vengo comentando (ley 13.298 y su mod.), previene que cuando a solicitud expresa de los padres... un niño haya ingresado a un hogar convivencial en cualquiera de sus modalidades, la institución está obligada a comunicarlo al Servicio Local... en un plazo de 72 horas. Dicho órgano deberá tomar intervención, y la permanencia del niño en la institución se regirá por el art. 35 inc. h)..."



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

Dada la provisionalidad de la medida, dispone la misma preceptiva que en ningún caso podrá aplicarse por un plazo superior a treinta días, prorrogables por única vez por otros treinta.

VI.- En supuestos como el presente, en que los progenitores pretendan entregar a sus hijos con fines de adopción, la autoridad administrativa, a mi juicio, carece de facultades para asumir su tratamiento autónomo, por diversas razones:

1.- Las medidas que puede aquélla adoptar al respecto, como se dijo, carecen de la provisoriedad necesaria, lo cual aporta más serios motivos para que el órgano jurisdiccional intervenga de inmediato.

2.- La ley no regula especialmente el caso por lo cual no cabe formular distinciones y, por el contrario, el decreto reglamentario, ya comentado, prevé que estos casos se regirán por el citado inc. H. En tal virtud, las facultades de las autoridades de los respectivos servicios no pueden ser más amplias que las previstas en forma expresa.

3.- Las disposiciones del Código Civil incorporadas por la ley Nacional de Adopción 24.779,

prevén categóricamente que la manifestación de voluntad del progenitor de dar al menor en adopción, debe formularse "judicialmente" (art. 325 inc. e).

Por su parte, la norma del artículo 318 del código citado establece la prohibición de la "entrega en guarda de menores mediante... acto administrativo", por lo cual carece de apoyatura legal el alojamiento de éstos en instituciones públicas, dispuesto de tal modo y en contravención a las leyes de la Nación.

4.- En los casos en que se manifiesta por parte de los padres la decisión de entregar al niño se plantea un conflicto de intereses contrapuestos entre éste y aquéllos, por lo cual no aparece adecuado hablar del ejercicio legítimo de la patria potestad y se acentúa la necesidad de aplicación, tanto de la comentada norma del inciso h, cuanto del imperativo legal emanado del artículo 59 del Código Civil, en el sentido de ejercitar el deber, por parte del Ministerio Pupilar, de intervenir y asumir la representación promiscua del menor.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

VI.- Sostiene la parte apelante que el Tribunal de Menores carece de facultades para decidir o disponer una medida de abrigo.

En mi opinión, más allá de los términos que pudieren haberse empleado al pedir o resolver, de la problemática planteada no ha resultado una espontánea decisión de implementar una medida de abrigo, sino la necesidad de rectificar el encuadre legal de los hechos y la calificación que debe darse a los mismos, y señalar las deficiencias con que las medidas dispuestas se han llevado a cabo, a la luz de las disposiciones que rigen la materia.

En tal sentido sostengo que en la especie, las circunstancias fácticas que se sucedieron indican claramente que debió tratarse de una medida de abrigo, a la cual es aplicable la citada preceptiva del artículo 35 inciso h) de la ley citada y su modificatoria. Ello indica que la situación planteada en autos, no se trata de una hipótesis en que se encuentre en debate la competencia que cabe a cada una de las autoridades que se arrojan el control del caso, sino de un supuesto de interpretación de las disposiciones legales vigentes y

el adecuado encuadramiento de los hechos en examen, con el objeto de determinar si se han cumplimentado en debida forma los recaudos pertinentes.

Por tales razones no es posible coincidir con la apelante, en cuanto ha sostenido que se ha utilizado el trámite de habeas corpus en un "sentido confuso".

No cabe duda que la irregular institucionalización de la niña recién nacida, sin dar cumplimiento a las comunicaciones establecidas por la ley, constituye una violación a las normas que garantizan sus derechos, siendo el trámite elegido, por definición, el medio adecuado de reparar cualquier situación que involucre injustificadamente la libertad de la persona (arts. 33, 35, 36 cit.; art. 20 CDN, art. 11 inc. b R45/113 ONU, art. 19 ley 26.061) .

No es exacto que lo actuado en la especie responda a una medida de protección de derechos "respetando el ejercicio de la patria potestad de la madre", porque no constituye una actuación regular de los derechos que acuerda ese instituto, la manifestación de voluntad de no asumir en el futuro los deberes emergentes del mismo, antes bien, ello importa la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

resignación de los derechos y obligaciones inherentes a la potestad materna (doct. arts. 264, 265 del Código Civil).

Como el primer interés focalizado por la reciente legislación, son los derechos del niño, no aparece una hermenéutica prudente diferenciar y poner fuera de control jurisdiccional ciertas situaciones de desprotección en que aquél pueda encontrarse, ya sea por causas voluntarias o involuntarias provenientes de sus progenitores.

Al sostener que la conducta adoptada en el presente caso ha constituido una medida de protección de derechos, la apelante no hubo aportado elementos que indicaran, siquiera por vía argumental, en qué consistió ésta, que no fuera la institucionalización de la niña, ya que, según surge de la documentación acompañada a fs. 4/17, la menor fue internada sin poner ello en conocimiento del órgano jurisdiccional (inc. h cit.), y sin evidenciar la puesta en marcha de otras medidas de protección para evitar la separación de madre e hija. No cabe duda que no constituye el cumplimiento de las exigencias legales, la sola comunicación al Asesor para

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA

que éste promueva acciones tendientes a la adopción de la menor, en pleno estado puerperal de la madre, y sin que ésta haya sido asesorada jurídicamente respecto de las consecuencias de su decisión (art. 21 inc. a "in fine", de la Convención de los Derechos del Niño y Resol. 425/97 de la Procuración General de la Suprema Corte de esta provincia), porque el primer derecho del niño es permanecer con su familia de origen (art. 9 de la C.D.N. cit.), y porque el artículo 35.3 tercer párrafo del decreto 300/05 reglamentario de la ley 13.298 dispone que mientras dure la permanencia del niño fuera del hogar, el Servicio Local de Protección trabajará con su familia biológica para promover la modificación de las causas que llevaron a la amenaza o violación de sus derechos (arts. 21 inc. a, "in fine"; 27 inc. 3 de la CDN; art. 12, R.45/112 de la ONU; en especial: art. 35 incs. a; d; e; f y/o g de la ley 13.298).

El control de legalidad que corresponde a la autoridad judicial (inc. h cit.) debe ser interpretado en el sentido que la libertad del menor cuente con todas las garantías con que la preceptiva vigente ha tratado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

de tutelar sus derechos, y la interpretación de las disposiciones legales, cuando se dispone su privación, no puede quedar librada al órgano administrativo de aplicación, quien podría a su arbitrio considerar cuándo ha de cumplir con las mismas y cuándo puede negar su deber de observarlas por entender que se da en los hechos un caso no reglado en forma expresa.

Por todo lo antedicho considero que la situación de hecho en que se encuentra la menor María Luz Castro, debe ser calificada como medida de abrigo, y como tal se advierte que las autoridades administrativas han actuado en forma irregular, incumpliendo las exigencias del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298, respecto de las comunicaciones que deben efectuarse, sin perjuicio de que el juez que ha tomado ya noticia de la aludida internación, actúe de acuerdo a derecho.

A los fines pertinentes se deberá poner en conocimiento de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia y de ese alto Tribunal, lo resuelto en el día de la fecha, a través de la presente.

Voto, por la **AFIRMATIVA**.

La Señora Juez doctora **Ferrer**, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION LA SEÑORA JUEZ DOCTORA SUAREZ DIJO:

Alcanzado el necesario acuerdo de opiniones, por los argumentos dados, corresponde: 1) Confirmar el decisorio apelado en todo cuanto ha sido objeto de recurso y agravio, declarando que la menor

se halla amparada por una medida de abrigo, en los términos del artículo 35 inc. h de la ley 13.298. 2) Poner en conocimiento de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia y de ese alto Tribunal, lo resuelto en el día de la fecha, a través de la presente.

ASI LO VOTO.

La Señora Juez doctora **Ferrer** por los mismos fundamentos votó en igual sentido.

CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente:

----- **S E N T E N C I A** -----

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede: 1) Se confirma el decisorio apelado en todo

