**A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 23 de diciembre de 2003, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázzari, Roncoroni, Negri, Hitters, Genoud,** se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 86.250, “M. L., M. M., M. M., M. M., M., E., M. I., G. D., G. E., G. R.. Art. 10, ley 10.067”.

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

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el pronunciamiento del Tribunal de Menores que había denegado el subsidio peticionado por L. A. V..

Se interpuso, por el Asesor de Menores, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

**C U E S T I O N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

**V O T A C I O N**

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

I. Para denegar el subsidio solicitado por L. A. V. en el marco del decreto 606/1983, reglamentado por los Acuerdos 1986 y 2039 de esta Corte, la sentencia recurrida sienta las siguientes bases:

a) Que media omisión de la madre en acreditar el destino de $ 103, pues sólo demostró haber gastado la suma de $ 297 en la adquisición de mercadería en el supermercado Norte; por lo que se ha “... verificado en autos el desvío en la aplicación de la anterior ayuda material” (fs. 30), o lo que a fs. 29 vta. se califica como “distracción de fondos”.

b) Que la concesión de esta clase de subsidios prevista en el dec. 606/1983 no es obligatoria para el órgano jurisdiccional, sino que depende de la discrecionalidad del magistrado según surge de la forma en que están redactados los arts. 1 y 4 del Acuerdo 1986 (fs. 29/29 vta.).

c) Que del informe socio ambiental al que se refiere el art. 3 del Acuerdo 1986, se constata que “es un grupo familiar en extremo conflictivo y en el cual los adultos actúan de acuerdo a su personal conveniencia, y la sola satisfacción de necesidades materiales no parece solucionar problemas de contención de muy vieja data y a los que los progenitores se negaron sistemáticamente a satisfacer ...” (fs. 29).

d) Que el rechazo del subsidio no coloca en desamparo a los menores porque en tal caso el art. 1 del Acuerdo 1986 contempla la “internación” “otorgando su guarda a familias sustitutas” (fs. 30).

II. Contra esta decisión, el Asesor de Menores interpuso el presente recurso en el que denuncia la violación de los arts. 50 de la ley 10.067; 384 del Código Procesal Civil y Comercial; 3.1, 4, 9.1, 12.2, 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, errónea aplicación del Acuerdo 1986 de la Suprema Corte y absurda apreciación de la prueba. En especial, señala que la Cámara incurre en absurdo al concluir que existe distracción de fondos por la mera ausencia de justificación documental (fs. 36 vta.).

III. Coincido con el recurrente en que con tal proceder se ha configurado el vicio descalificante de absurdo, con quiebra de lo dispuesto en los arts. 384 y 484 del Código Procesal Civil y Comercial.

A) El tribunal afirma que la madre no demostró el destino de $103, parte de los $ 400 otorgados en el subsidio anterior, pues no acompañó constancias que respaldaran este gasto, en tanto para los restantes $ 297 sí lo acreditó a través de la boleta del supermercado Norte adjuntada. De ello infiere un desvío en la aplicación de la ayuda material recibida (ver consid. 10, fs. 30).

He aquí el equívoco incurrido en el fallo, la transgresión lógica que se exhibe manifiesta y que conforma el absurdo: una omisión de tipo formal -no acompañar constancias documentales de ciertos gastos-, cuya causa puede deberse a múltiples circunstancias**, es equiparada en manera automática y decididamente dogmática en algo intrínsecamente diferente como es la existencia de un desvío en la aplicación de los fondos.**

Paralelamente, se arriba a tal conclusión sin prueba alguna que así lo justifique, (adviértase que se están haciendo imputaciones que involucran inclusive responsabilidad penal), desoyendo asimismo otras constancias de la causa en las que se menciona la utilización por la familia del sistema de trueque y compras en “ferias americanas” para conseguir elementos cotidianos (fs. 12).

La experiencia y el sentido común -la sana crítica- indican que las necesidades básicas de un niño se satisfacen mediante pequeños gastos, muchos de ellos de imposible comprobación. La compra de leche o pan en un almacén del barrio o el uso de un remisse para concurrir el grupo familiar a un hospital son ejemplos cotidianos en la vida de las personas en los que, por contar con un régimen especial, el consumidor no recibe factura. En este sentido, quienes no revisten la calidad de responsables inscriptos en el impuesto al valor agregado, cuando la operación que efectúen fuere al contado y su importe no supere la suma de diez pesos ($10), están exentos de la obligación de emisión de comprobantes (resolución 1415 de la Administración General de Impuestos, Anexo I, Boletín Oficial del 13 de enero de 2003).

En tales condiciones, la desviada conclusión lógica aludida se enfrenta además con la realidad.

B) Por otra parte, el atribuido en el fallo no es el sentido que corresponde otorgar al control del destino de los fondos que se infiere de la norma aplicada.

El art. 4 del Acuerdo 1986 dispone que una vez concedido el beneficio, el tribunal controlará mensualmente a través de sus asistentes sociales la afectación del subsidio a sus fines específicos, debiendo verificarse a través de los informes la alimentación, vestimenta y escolaridad que recibe el menor destinatario del beneficio, el que será inmediatamente revocado de haberse comprobado desvío en su aplicación.

Rectamente apreciado, el control sobre el destino dado a los fondos estriba en constatar si los padres destinaron ese emolumento a los fines antes explicitados, pero de ningún modo cabe sancionarlos por elegir medios que no se respalden en una registración contable documentada, máxime cuando no hay ningún dato concreto de que el menor no concurre a la escuela, sufre falta de alimentación o carece de morada, vale decir, que la aplicación del dinero sea diversa al fin perseguido.

C) En el considerando 5º (fs. 29), la sentencia hace pie en un informe psicológico donde se expone que el comportamiento de la progenitora evidencia una actitud dependiente hacia la ayuda externa para superar limitaciones vivenciales. Se trata del dictamen obrante a fs. 9 y vta., en donde se agrega: “Se conversa acerca de la necesidad de buscar, pensar y trabajar sobre soluciones alternativas que la involucren, al igual que a su pareja, en la resolución de la situación económica familiar sin la recurrencia al pedido de ayuda externa, de la cual se demuestra dependiente y demandante” (ver fs. 9 vta.). Ahora bien, al erigirse esta circunstancia en elemento determinante para la denegación del subsidio se ha efectuado una valoración fragmentaria, parcial y por ende insuficiente del contexto todo de la causa, de cuyas constancias surgen otras circunstancias relevantes: el grupo familiar conviviente está conformado por los progenitores y siete hijos menores, el padre es desocupado y por ende las necesidades básicas se encuentran insatisfechas (informe ambiental, fs. 13).

¿De qué modo puede subsistir una madre con siete hijos y con un marido sin trabajo que no sea con el auxilio externo?. La problemática económica y social de la que este grupo familiar es víctima constituye un hecho notorio. De allí que también, desde esta perspectiva, hay quebrantamiento de las leyes que rigen la apreciación de la prueba.

D) Asimismo, la afirmación de que el grupo es en extremo conflictivo y los adultos actúan conforme su personal conveniencia (fs. 29, considerando 6), no aparece respaldada en estos autos con soporte probatorio alguno mereciendo, por tanto, análogo reproche que el expresado en el acápite precedente.

III. Otro de los fundamentos aportados por la Cámara para rechazar el subsidio radica en que la prestación o su eventual denegación resulta **discrecional** para el Juez de Menores (arts. 1 y 4 del referido Acuerdo, ver puntos 7 y 8 de la sentencia, fs. 29 y vta.). Pareciera entenderse que la mención de este carácter en el texto literal de los citados artículos del Acuerdo atribuirían al órgano jurisdiccional una libre potestad, un arbitrio sin otra sujeción que su sola voluntad.

Pienso exactamente en contrario. En primer lugar, corresponde afirmar que esta normativa cumple una función protectoria: efectivizar los derechos económicos, sociales y culturales de los niños que dependen de la situación de sus padres (ver Grosman, Cecilia, “Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final siglo XX”, “La Ley”, 1999-F-1052). La pauta a meritar por el Juez para otorgar, denegar o revocar el subsidio no puede ser otra, entonces, que materializar en el caso concreto aquella función protectoria. El beneficio debe cumplir con la finalidad prevista en la norma, y la apreciación que al respecto formule el juzgador ha de ser razonable (art. 28, Const. nacional). De donde discrecionalidad no es arbitrariedad, puro voluntarismo o mero capricho sino evaluación idónea de los elementos de juicio existentes. Se trata de una discrecionalidad técnica, en el sentido de que el juez cuenta con libertad de elección o de determinación, en el marco del Acuerdo, más compelido por la inexcusable obligación de atender el fin previsto en la norma que, como se ha expresado, radica en la protección del niño. En este sentido cabe recordar lo que esta Corte señalara en el Ac. 73.814, sentencia del 27-IX-2000, con cita de Gelsi Bidart: las normas jurídicas no deben ser interpretadas sólo en su sentido gramatical y los jueces debemos llevar a cabo una hermenéutica finalista, abarcadora y flexible buscando la télesis del precepto y el interés que está en juego (voto del doctor Hitters).

En segundo lugar, el conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho ratifican esta interpretación. Luego de la reforma constitucional de 1994, el art. 75 inc. 23 de la Carta Magna impone que el estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (cfr. art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En la Provincia de Buenos Aires contamos con normas que conducen al otorgamiento de subsidios en supuestos como el de autos. Por tanto, el juez debe interpretar las normas existentes **a la luz del principio de acción positiva** (ver Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, abril de 2001; Bidart Campos, Germán “Tratado elemental de Derecho constitucional argentino”, Bs. As, Ediar, 1995, T. VI, pág. 315; Ac. 84.856, sent. 26-II-2003).

Ha dicho la Corte Interamericana que “la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos los derechos -entre ellos, los económicos, sociales y culturales- que les asignan diversos instrumentos internacionales, debiendo los Estados partes adoptar medidas positivas para asegurar la protección de tales derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002-VIII-28- OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

IV. Resta abordar el postrer fundamento brindado por la Cámara para rechazar el subsidio, quien entiende que ello no coloca en desamparo a los menores porque en tal caso el art. 1 del Acuerdo 1986 contempla la “internación de los menores ... otorgando su guarda a familias sustitutas...” (ver considerando 10 de la sentencia, fs. 30).

Semejante soporte no resiste el análisis y revela grave falencia a la luz de lo que disponen las normas de protección para la niñez, en especial la Convención de los Derechos del Niño -arts. 7, 8 y 9.1-; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 36.1 de la Const. de la Prov.). Una vez más la carencia de medios económicos conduciendo a la destrucción de la unidad familiar. Una vez más la intrínseca injusticia social que emerge de la pobreza, castigada y sancionada nada menos que en la órbita judicial con la inicua amenaza de apartamiento de los menores, internación o entrega a familia sustituta. Subleva a la conciencia acudir a tal arbitrio cuando otras vías permiten evitar el inmenso perjuicio que inexorablemente sufrirían los niños con el desarraigo. Afortunadamente, un dato de estas actuaciones reconforta y da consuelo a tanta desazón, revelando la dignidad y altura moral del padre, señor R. I. M.. Este padre, desocupado, que solamente efectúa ocasionalmente algunas changas, que se encuentra en situación “crítica” (fs. 2), “desesperada” (fs. 7), “desesperante” (fs. 10), levanta su voz en la indigencia y **“ofrecido que fue la alternativa de internar en forma provisoria a los niños menores...expresa en forma rotunda que no permitirá bajo ningún concepto la internación de sus hijos”** (fs. 11).

Es una verdad irrefutable que la familia -entendida en sentido amplio como abarcativa de las personas vinculadas por parentesco cercano- constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. De allí que cuando se constata que es incapaz de actuar el Estado debe apoyarla y fortalecerla a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo (OC-17/2002 de 28-VIII-2002, citada precedentemente). Incluso se señala en esta opinión consultiva que “la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y a la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención”.

Es por ello que la separación de un menor de su familia sólo se justifica cuando se haya constatado el fracaso de las medidas dispuestas por el Tribunal para mantener la unidad familiar.

Catalina Arias de Ronchietto puntualiza que el ser humano necesita de la integración a una familia para el desarrollo digno de su infancia y para evitar la siempre lesiva, agraviante, institucionalización. Por ello la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el art. 9 que el niño solo será separado de sus padres cuando la autoridad competente considere que tal separación es necesaria en virtud de su interés superior (“La adopción”, A. P., Buenos Aires, 1997, p. 85).

Por otra parte, la internalización de un menor no puede manejarse como una alternativa apropiada de contención si el problema radica exclusivamente en lo económico; por el contrario, ante la problemática comprobada en la causa es necesaria su protección con medidas concretas para preservar el núcleo familiar.

Ida Scherman referencia la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en donde se revocaron guardas ordenadas en virtud de que la tutela estatal siempre debe ser considerada como una medida de naturaleza temporaria. El otorgamiento de tales guardas significa una violación a la Convención cuando no están lo suficientemente fundadas. Así, en “Hokkanen vs. Finland” (1996), el tribunal señalo: “El art. 8 de la Convención Europea otorga a los padres derechos frente a las decisiones de guarda de menores en cabeza de órganos estatales. Y, por tanto, todas las decisiones de esta naturaleza deben tener en cuenta el momento de reencuentro del progenitor y el niño, debiendo el Estado tomar acciones positivas para posibilitar tal circunstancia”. Y reitera esta postura en “Soderback vs. Sweden” (1999), al revisar una decisión de las autoridades de Suecia señalando que “la medida que ordena poner a un niño bajo guarda de un organismo del Estado debe ser siempre tomada como de naturaleza absolutamente transitoria y debe cesar lo más pronto posible en el momento en que se observen cambios en tales circunstancias que justificaron la adopción de una medida tan extrema. Así, las autoridades del país deben tener presente que tales guardas significan una violación al derecho a gozar de una vida familiar, y que sólo caben cuando fueren otorgadas en virtud del mejor interés del menor” (“Impacto de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, Rev. Colegio Público de Abogados de la Capital, Año 2001, Revista de doctrina N. 4, p. 182-183).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, en una causa donde el estado nacional debía asegurar la entrega regular de medicamentos que requería un niño discapacitado, que la limitación que formula el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -que también expresa el art. 6 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Niño-, cabe interpretarla en el sentido de que los Estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (“Recurso de hecho deducido por la demandada en Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24-10-2000, “Jurisprudencia Argentina”, 2001-I-464); por lo que imposibilita al Estado a adoptar decisiones discresionales en desmedro de estos derechos.

V. Concluyo propiciando hacer lugar al recurso de inaplicabilidad deducido y disponiendo el otorgamiento del subsidio pertinente.

Voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Roncoroni**, **Negri, Hitters y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron también por la **afirmativa**.

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, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, disponiéndose el otorgamiento del subsidio pertinente (art. 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.