

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

SECRETARÍA CIVIL Y COMERCIAL

CUADERNOS DE DOCTRINA LEGAL

NÚMERO 2

Niñez: temas trascendentes.

LA PLATA – DICIEMBRE DE 2014

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Presidente: **Dr. DANIEL FERNANDO SORIA**

Vicepresidente: **Dr. JUAN CARLOS HITTERS**

Ministro Decano: **Dr. HÉCTOR NEGRI**

Ministro: **Dr. LUIS ESTEBAN GENOUD**

Ministro: **Dra. HILDA KOGAN**

Ministro: **Dr. EDUARDO JULIO PETTIGIANI**

Ministro: **Dr. EDUARDO NÉSTOR de LÁZZARI**

PROCURACIÓN GENERAL

Procuradora: **Dra. MARÍA DEL CARMEN FALBO**

Subprocurador: **Dr. JUAN ANGEL DE OLIVEIRA**

COORDINADOR

Carlos Enrique Camps

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

María Julia Bertomeu

Luciana De Girolamo

Daniela Cleve

Presentación

Para este segundo número de CUADERNOS DE DOCTRINA LEGAL hemos escogido pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que sientan pautas esenciales en una materia muy trascendente: la niñez.

De acuerdo con la convención internacional que específicamente regula en nuestro ámbito esta materia, el derecho de los niños y niñas goza de una situación privilegiada a partir del estándar interpretativo basilar del *interés superior*.

Indiscutiblemente, en todo proceso en el que se encuentren variados derechos en pugna, el de los chicos será el que siempre habrá de priorizarse.

A pesar de esta potente directriz –con rango constitucional- en muchos trámites se observa que la regla no se aplica –sea en el fallo, sea en el recurso que pretende revertirlo-. Frente a casos de tal tenor –varios de ellos, de un dramatismo inusitado- la Corte bonaerense ha fijado pautas operativas acerca de cuál es el concreto alcance que debe darse a la protección de los derechos de los niños en situaciones particulares, pudiendo desprenderse de tales posicionamientos criterios generales a los fines de proyectar tales reglas a casos futuros.

La problemática de la niñez conmueve por su importancia intrínseca: el deber de velar por la salud y felicidad de todos los chicos constituye un mandato básico de toda sociedad del planeta.

Nunca serán muchos los esfuerzos por lograr que esa regla se vea reflejada en los procesos judiciales a los que lamentablemente se ven expuestos menores de edad. La falta de sensibilidad en muchos de los operadores del sistema así como la demora en la definición de situaciones procesales son dos de los más graves problemas que se observan en este terreno, circunstancias que también fueron advertidas por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso paradigmático (por la materia en discusión y por el país condenado, la Argentina) “Fornerón”.

La selección de precedentes que aquí se pone a consideración del público especializado contiene una serie de argumentos que tienden a lograr un concreto respeto del *interés superior* del niño en el terreno de los procesos judiciales. De la lectura del texto *in extenso* del fallo, se puede advertir el núcleo decisorio mayoritario que en cada caso hace a la doctrina legal que dimana del precedente.

Sin embargo, también se transcriben pasajes destacados de las sentencias dada – como se señalara- la importancia de los fundamentos vertidos por los Jueces del Tribunal al emitir sus votos.

Esperamos, en suma, que los operadores involucrados hagan propias las enseñanzas que surgen de estos fallos de la casación bonaerense en la trascendente misión de proteger a la infancia desde los estrados judiciales.

Carlos E. Camps

Coordinador

La Plata, diciembre de 2014.

ÍNDICE

I. Interés superior del niño: Principios generales. Relativización de exigencias técnico- recursivas. Importancia de la realidad actual del niño al momento de decidir. Perjuicio derivado de la prolongación de guardas de hecho.	11
II. Necesidad de definir la situación jurídica de los menores en tiempo adecuado	36
III. Limitación a la institucionalización excesiva	40
a) Exhortación a los órganos intervinientes	40
b) Sustitución de medida cautelar	43
c) Exhortación a los órganos intervinientes con indicación de pautas específicas dadas las especiales circunstancias del caso.	45
IV. Control de legalidad de las medidas de abrigo adoptadas por los organismos administrativos	60
V. Límites a la actuación del Servicio Local luego de la judicialización del caso	71
VI. Rol de la familia biológica.	84
a) Legitimación en el proceso de adopción	84
b) Constatación de la situación de abandono	98
c) Derecho de defensa de la familia biológica frente al interés superior del niño	114
VII. Derecho del niño a ser oído. Relevancia para la solución del caso.	128
VIII. Derecho a la identidad del niño. Identidad biológica o estática	139

IX. Adopción.	150
a) Simple o plena	150
b) Registro Único de Aspirantes a Adopción y guardas de hecho.	165
X. Restitución internacional de menores: Evaluación de la ilicitud del traslado.	
Acreditación de la causal del art. 13 inc. h, CH 1980. Intervención de la Autoridad Central	
	173

**I. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: PRINCIPIOS GENERALES.
RELATIVIZACIÓN DE EXIGENCIAS TÉCNICO-RECURSIVAS. IMPORTANCIA DE LA
REALIDAD ACTUAL DEL NIÑO AL MOMENTO DE DECIDIR. PERJUICIO DERIVADO
DE LA PROLONGACIÓN DE GUARDAS DE HECHO.**

(Causa C. 102.655, sent. del 27-IV-2011)

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el fallo que se presenta a continuación, la Corte resolvió confirmar el estado de abandono y adoptabilidad dispuesto con relación a tres hermanos. El caso es especialmente relevante porque en él se ponen de resalto importantes principios generales: el concepto de “interés superior de niño”, la morigeración de las formalidades técnicas al momento analizar la suficiencia de los recursos extraordinarios interpuestos y la importancia de resolver tomando en cuenta la realidad actual del niño, entre otros.

RESEÑA DEL CASO:

Las actuaciones se iniciaron en el mes de febrero de 1999 a partir de una denuncia telefónica anónima a la seccional policial de la localidad de Los Polvorines, que daba cuenta de que la menor S. A., de entonces 7 años de edad, y sus hermanitos B. y K. A., de 3 y 2 años, se encontraban en la casa materna solos y sin ningún tipo de higiene y protección.

A raíz de esta denuncia el juez actuante dispuso provisoriamente el alojamiento de los menores en el hogar "La casita", situación que se extendió hasta el momento del dictado de la sentencia por parte de la Corte provincial respecto de dos ellos, mientras que S. ya se encontraba en guarda.

El juez de menores declaró judicialmente el abandono de los niños y orientó su guarda a terceros con fines de adopción. La sentencia fue apelada por la progenitora de los mismos y el tribunal *a quo* confirmó la decisión.

Contra dicho pronunciamiento se alzó la aludida progenitora, patrocinada por la Defensora Oficial, por vía de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Como se adelantara, el Superior Tribunal provincial por mayoría de fundamentos decidió, luego de oír a los niños, confirmar la sentencia impugnada.

CARÁTULA:

"A., J. M.; A., E. P.; A., M. D.; A., T. A.; A., K., A. y otros. Art. 10"

PASAJES DESTACADOS:

- En mérito a la especial naturaleza de la controversia, en la que está en juego el interés de dos menores de edad -B. y K. - que requieren por parte de la familia, sociedad y del Estado medidas de protección, el tiempo consumido en la actividad recursiva, los elementos de juicio allegados a la causa por propia decisión del Tribunal y, en especial a partir de su opinión vertida en la audiencia sobre el asunto que los afecta en relación al estado de adoptabilidad dispuesto en la sentencia, corresponde que la Suprema Corte otorgue respuesta en lo sustancial (art. 289 inc. 2 C.P.C.C.) más allá de la insuficiencia de técnica recursiva (art. 163 inc. 6, C.P.C.C.). (Del voto del Juez de Lázzari).
- Circunscribir la decisión a evaluar lo que ha sido materia del recurso, esto es la definición del reintegro de los dos adolescentes citados en primer término en relación con su familia de origen, sin contemplar los efectos de la resolución en cuanto determina la declaración de adoptabilidad, o -en el caso de S.- desatender su situación personal sin contemplar la posibilidad de disposición de recursos que ayuden a alcanzar su autonomía, en vista a los cambios acaecidos en la vida real de los mismos, conocidos por este Tribunal, y sin tomar en cuenta su opinión, contrariaría los fines de protección jurisdiccional (arts. 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 4 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 18 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la C.N.). (Del voto del Juez de Lázzari).

- El nuevo paradigma de la infancia implementado desde la Convención y por las leyes 26.061 y 13.298 determina la constatación de la vulneración de derechos en la familia de origen para poder efectivizar el derecho de vivir en una nueva familia. (Del voto del Juez de Lázzari).
- Los niños tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva (arts. 5 y 20 de la Conv. de los Derechos del Niño), sin embargo la adopción no es la única opción posible cuando media inexistencia o privación del grupo familiar. Mas, estas alternativas no deben dejar de tener por mira que todo niño "debe tener una familia definitiva, un lugar suyo al cual pertenezca donde tenga un status de hijo" y sin duda, la adopción es el instituto que mejor se condiciona para la convivencia para niños y adolescentes que no pueden permanecer viviendo en su grupo familiar originario, ya que en él se alcanza cabalmente ese rol de hijo. (Del voto del Juez de Lázzari).
- En función del interés de los niños (art. 3 de la Convención), ligado al derecho a desarrollarse en una nueva familia (arts. 5, 20 y preámbulo de la Convención), aquél debe construirse a través del respeto de sus derechos fundamentales, sopesando las circunstancias de hecho antes descriptas y, en consecuencia, para determinar de qué manera tales derechos y las necesidades del niño puedan recibir el mejor amparo, se hace indispensable respetar: 1. la dignidad que sustentan como sujetos de derechos y de personas en desarrollo (arts. 9 de la ley 26.061; 33 de la C.N.); 2. la integridad física y síquica (arts. 6.2 de la Conv. de los Derechos del Niño); 3. el derecho a la identidad (arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño) desde una concepción dinámica del término, en cuya efectivización el lugar de acogida deberá tener en cuenta su situación vital y su actual entorno social (art. 20.3 de la C. de los Derechos del Niño); 4. la participación en el proceso de toma de decisiones de su destino familiar (arts. 5 y 12 de la C.D.N.) (Del voto del Juez de Lázzari).
- Un escenario como el aquí descripto, me lleva sin hesitación a subrayar que la nueva mirada hacia el niño y la familia que sustenta su protección integral y de la que tanto se ha hablado, escrito y analizado, de nada servirá, pues nada cambiará, si no va acompañada de una política integrada referente a casos como el presente, donde se trate de niños privados del cuidado de sus padres, en la que el Estado, en

cooperación con la sociedad civil, tienen una responsabilidad institucional en efectivizar los derechos de los mismos. No se ignora tampoco que programas eficientes de políticas públicas ejercidas desde el Estado en todos sus estamentos, pero que sean instrumentos reales de concreción, es de vital prioridad, por ejemplo para determinar si la familia de origen no atiende al menor por razones económicas en función de lo que impone el art. 33 de la ley 26.061 que obliga a imprimir acciones positivas para superar este trance. Incluso también se debiera atender de una regulación detallada precisa con un grado mayor de instrumentalidad sobre otras alternativas familiares que no sean la adopción para cuando ella no sea posible. Sin embargo, ello no empuja el paradigma de la Convención que regula sus derechos y no permite que el mismo se transgreda cuando en nombre de medidas burocráticas, omisiones, negligencias, falta de seguimiento, menores como los de autos permanezcan tanto tiempo bajo los términos de un programa asistencial. (Del voto del Juez de Lázzari).

- Frente a la completa ausencia paterna, el inicial abandono material y moral en que los niños fueron colocados por su madre biológica, su posterior distanciamiento e incapacidad de mantener contacto personal y afectivo con ellos, junto a la carencia de compromiso por parte de los restantes miembros de la familia de origen, se impone la intervención estatal dirigida a la tutela de sus derechos en su superior interés (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4 y concs., ley 13.298), el que debe concebirse 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, quedando 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. 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). (Del voto del Juez Pettigiani)

- 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 los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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). (Del voto del Juez Pettigiani)
- Al decidir respecto del estado de abandono del menor y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de cada uno de ellos, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. voto del suscripto en C. 96.411, sent. del 17-VI-2009). (Del voto del Juez Pettigiani)
- El hogar infantil no puede constituirse para el menor en una finalidad de vida que se agote en sí misma, pues en dicho caso, por un lado, funcionalmente, su geométrica superpoblación anularía sus cometidos y propia razón de ser, así como por otro, ontológicamente, ello sin dudas afectaría la actitud de los niños frente a tales hogares, ya que verían consagrada la posibilidad de vislumbrarlos como una solución definitiva, postergando u obstaculizando consciente o inconscientemente su posible vinculación afectiva con las familias que pretendan integrarlos mediante una adopción. (Del voto del Juez Pettigiani)

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 27 de abril de 2011, 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, Soria, Negri, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 102.655, "A. , J. M.;A. , E. P.;A. , M. D.;A. , T. A.;A. , K. , A. y otros. art. 10".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín confirmó el fallo de primera instancia que había declarado judicialmente el abandono de los menores de autos.

Se interpuso, por la progenitora de los niños, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

1. Se iniciaron estas actuaciones en el mes de febrero de 1999 con motivo de una denuncia telefónica anónima a la seccional policial de la localidad de Los Polvorines que daba cuenta que la menor S. A. de entonces 7 años de edad se hallaba atada con una cadena y un candado en su muñeca derecha a una cama y estaba acompañada de sus hermanitos B. y K. A. de 3 y 2 años de edad. Los 3 niños se encontraban solos y sin ningún tipo de higiene y/o protección.

A raíz de tal denuncia en febrero de 1999 el juez actuante dispuso provisoriamente el alojamiento de los menores en el hogar "La casita" con carácter de provisorio y a la orden del tribunal (v. fs. 20). Esta situación "provisoria", se ha mantenido hasta hoy en lo que respecta a K. y a B. , mientras que S. , vive con S.R. , responsable a su cargo (según surge de la audiencia realizada ante este Tribunal), y mantiene vínculo fluido y frecuente tanto con la señora A.S. , directora de la institución como con sus hermanos menores.

El juez de menores declaró judicialmente el abandono de los menores y orientó su guarda a terceros con fines de adopción. La sentencia fue apelada por la madre de los mismos y el tribunal a quo confirmó tal decisión (fs. 231 a 233).

El tribunal de alzada luego de reseñar los avatares sucedidos a lo largo de los ocho años transcurridos entre el inicio de estas actuaciones y el dictado de su fallo concluyó refiriéndose a la progenitora recurrente que "en todo este tiempo, primordialmente sólo ha habido intenciones de cambio de su actitud frente a sus hijos internados, expuestas esporádicamente pero ningún logro se ha concretado. Interín, los menores han desarrollado su niñez y parte de su adolescencia fuera del ámbito de una familia, solos, si bien han sido debidamente contenidos material y espiritualmente en el Hogar que los cobija" (v. fs. 268 vta.). Objetivamente -concluyó- "se impone el hecho del abandono originario, que no fue reparado por la madre, y estos ocho años en que los menores han crecido al amparo de un Hogar sustituto del ámbito familiar a que todo niño, como se dijo tiene derecho" (v. fs. 269); y decidió en consecuencia confirmar el fallo de primera instancia y orientar a los menores en guarda a terceros

con fines de adopción, sin desatender el vínculo entre estos tres hermanos y sus derechos de decidir respecto de su inserción e inclusión a futuro.

2. Contra dicho pronunciamiento, se alzó la progenitora patrocinada por la Defensora Oficial, por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció infracción a los arts. 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 19, 32, 33, 34, 35 de la ley provincial 13.298; artículos de la ley nacional 26.061; 2, 3, 4, 5, 8, 9 inc. 3, 12, 19 inc. 2, 37 de la Convención de los Derechos del Niño; 8, 17, 19, 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 56, 57 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; 10, 11, 15, 36 incs. 1, 2 y 4, 57, 171 de la Constitución provincial; 14, 18, 28, 31, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; 3, 307 del Código Civil (fs. 276 a 297).

Adujo en suma que la sentencia recurrida incurre en un apartamiento de las normativas aplicables y que denunció como infringidas, con la consecuente frustración de los derechos amparados por nuestra ley fundamental, tratados y convenios internacionales citados, y solicitó que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se le restituyan los menores S. J.A. , B. A. y K. A.A. , en el tiempo y forma que las autoridades de aplicación así lo dispongan.

3. En uso de los poderes-deberes otorgados al juzgador por el art. 36 inc. 2 del Código Procesal Civil y Comercial, con carácter previo al pronunciamiento de este decisorio (v. fs. 312), esta Suprema Corte dispuso la realización de distintas medidas. Así, convocó a los menores de autos a su presencia, los que fueron escuchados (art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño), al Ministerio Pupilar en turno y a una perito psicóloga y se proveyó la realización de probanzas necesarias para arribar a una justa decisión (v. informes psicológicos y socio ambientales de fs. 330/331; 332/333; 337/338 y 347/348).

4. Como el señor Subprocurador General considero que el recurso es insuficiente pues la recurrente se desentiende del iter lógico del sentenciante en el que pormenorizadamente relata las circunstancias de la causa y concluye confirmando la declaración de abandono de los menores.

Tiene dicho esta Corte que para que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cumpla con la misión que le asigna el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial y su doctrina, debe contener la impugnación cabal del razonamiento jurídico de los sentenciantes y la enunciación de los agravios que el mismo provoca seguida del desarrollo de los mismos, de lo contrario la queja deviene insuficiente (conf. Ac. 61.026, sent. del 9-IV-1996; Ac. 63.430, sent. del 29-IX-1998; L. 91.841, sent. del 15-X-2008). Si bien en autos la impugnante ha formulado distintos agravios, no ha evidenciado un desarrollo fundado de los mismos.

5. Sin embargo, en mérito a la especial naturaleza de la controversia, en la que está en juego el interés de dos menores de edad -B. y K. - que requieren por parte de la familia, sociedad y del Estado medidas de protección, el tiempo consumido en la actividad recursiva, los elementos de juicio allegados a la causa por propia decisión del Tribunal y, en especial a partir de su opinión vertida en la audiencia sobre el asunto que los afecta en relación al estado de adoptabilidad dispuesto en la sentencia,

determina que esta Suprema Corte otorgue respuesta en lo sustancial (art. 289 inc. 2 C.P.C.C.); más allá de la insuficiencia recursiva antes expuesta (art. 163 inc. 6, C.P.C.C.).

Asimismo, en el caso de S. , cuya edad se sitúa entre los 18 y 21, y en función a las condiciones desfavorables en que ha estado inmersa a lo largo de su vida, es que juzgo necesario apreciar estrictamente aquí estos factores concediéndole una atención especial.

En este nuevo escenario, circunscribir la decisión a evaluar lo que ha sido materia del recurso, esto es la definición del reintegro de los dos adolescentes citados en primer término en relación con su familia de origen, sin contemplar los efectos de la resolución en cuanto determina la declaración de adoptabilidad, o en el caso de S. desatender su situación personal sin contemplar la posibilidad de disposición de recursos que ayuden a alcanzar su autonomía, en vista a los cambios acaecidos en la vida real de los mismos, conocidos por este Tribunal, y sin tomar en cuenta su opinión, contrariaría los fines de protección jurisdiccional (arts. 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 4 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 18 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la C.N.).

6. Ahora bien: el nuevo paradigma de la infancia implementado desde la Convención y por las leyes 26.061 y 13.298 determina la constatación de la vulneración de derechos en la familia de origen para poder efectivizar el derecho de vivir en una nueva familia.

En este sentido, de las expresiones de los distintos especialistas que intervinieron en el proceso se constatan serias disfunciones de la progenitora en el cuidado y crianza de los hijos en el período que los tuvo a su cargo (fs. 24, 42 a 43, 64, 88 a 90, 11; incluso reconocidas por la propia protagonista, fs. 18 vta.); se constata también, en el lapso que deja de vivir con ellos, un acabado distanciamiento al no mantener relaciones personales y contacto directo con los mismos en forma regular (fs. 65, 84, 134, 148, 191, 330), que demuestre una relación afectiva hacia ellos (conf. fs. 64, 92). Estos hechos exhiben una situación de vulneración de los derechos de los infantes que hace procedente transformar el derecho del niño a vivir con su familia de origen a efectivizar el derecho a desarrollarse en una nueva familia (preámbulo y arts. 5, 9.1 y 20 de la Convención de los Derechos del Niño).

Otro dato de interés es el poco compromiso demostrado de parte de los miembros de la familia amplia para ser referentes responsables de la crianza de los chicos (fs. 92).

7. En este contexto, para poder efectivizar el derecho a vivir en una nueva familia, liminarmente estimo pertinente precisar las circunstancias fácticas y jurídicas de la situación de los hermanos B. y K. en función de su mejor interés.

8. Situación de B. y K. .

i. Circunstancias fácticas determinantes de la causa en relación a su infancia:

a) vivieron casi toda su vida con la señora A. S. y el esposo, hoy fallecido, no habiéndose logrado entablar un vínculo con su madre y hermanos (fs. 331);

b) forjaron fuertes lazos emocionales que hacen que la reconozcan como su mamá (fs. 330 vta., 332 vta.);

c) en la figura de la mencionada señora, encontraron una persona en quien confiar, efectivizando de este modo el derecho a la seguridad tan necesario como principio básico para la crianza

y el cuidado de los niños (fs. 330 vta., ver Bellof, Mary, "Construyendo pequeñas democracias", en referencia a la legislación sueca que avanza en la interpretación de este principio en los trabajos preparatorios de la reglamentación del Code of Parenthood and Guardianship);

d) manifestaron proyectos vitales desde ese lugar, como el explicitado por B. en la audiencia realizada en este Tribunal de estudiar en la escuela de Agronomía de la Universidad de Buenos Aires (fs. 340);

e) sus hogares son el de guarda; sus amigos son los de la escuela y el Club Deportivo cercano al lugar donde residen (fs. 330 vta. 331). Su hermana mayor, los visita todos los domingos, en el Hogar que es punto de reunión familiar;

f) manifestaron que no quieren reencontrarse con su madre de sangre (fs. 192 y 332/333);

g) expresaron que no desean integrar un grupo familiar adoptivo, prefiriendo no cambiar su situación actual, con deseos de estabilizarse en el lugar en que se encuentran (fs. 333).

h) la decisión de no restituir a los niños a su familia de origen y declarar el estado de adoptabilidad demandó un tiempo extensísimo, con el agravante que en el interín ello repercutió para que los niños variaran su opinión en alcanzar un proyecto de vida alternativo (fs. 192 y 333).

ii. Paso a valorar las circunstancias jurídicas:

a) Los niños se integraron a un grupo familiar convivencial alternativo como aplicación de una medida excepcional y transitoria (fs. 20); medida cuyo objetivo es cubrir el paso hasta agotar todas las posibilidades de revincular al niño con su propia familia (nuclear o ampliada), antes de determinar la procedencia de alternativa como la adopción (conf. Gil Domínguez, Andrés, Famá Victoria, Herrera, Marisa, "La Ley de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes", ed. Ediar, p. 572).

Ante el fracaso de la reinserción familiar y la circunstancia consistente en que lo que debió ser una medida temporaria -la incorporación a "La casita de Micaela"- paso a perpetrarse en la casi total existencia vital de estos niños, la respuesta no puede desconocer la historia personal y el vínculo significativo que este adulto ha tenido en la vida de estos niños. Vale decir, atendiendo a la situación fáctica de larga data, en donde la representación de la guardadora tiene elementos configurativos de un vínculo más estable y abarcativo de aquél de naturaleza eminentemente asistencial que no crea entre la familia y el niño vínculo jurídico alguno (ver Lucía Ferrari, "Niños separados de sus padres. La nueva ley argentina de protección de derecho," quien explica las distintas alternativas previstas en la ley 26.061, en "Psicoanálisis y el hospital", Revista semestral de practicantes en instituciones hospitalarias, Año 16, N. 30 -Nov. 2006-, la situación se complejiza, porque, en los hechos, el vínculo, en los términos del programa asistencial, se ha modificado, al menos desde la perspectiva de los niños que no quieren alterar el statu quo;

b) los niños tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva (arts. 5 y 20 de la Conv. de los Derechos del Niño), sin embargo la adopción no es la única opción posible cuando media inexistencia o privación del grupo familiar (conf. Chavanneau, Silvia, "Formas alternativas de convivencia familiar y protección integral de los derechos de los niños", Rev. Derecho de Familia, N. 27, Lexis Nexis, pág. 25). Mas, estas alternativas no deben dejar

de tener por mira que todo niño "debe tener una familia definitiva, un lugar suyo al cual pertenezca donde tenga un status de hijo" (Cecilia P. Grosman, "La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes", *Jurisprudencia Argentina*, Lexis Nexis, 2007-IV, Número Especial, Protección de la Familia, pág. 12) y sin duda, la adopción es el instituto que mejor se condiciona para la convivencia para niños y adolescentes que no pueden permanecer viviendo en su grupo familiar originario, ya que en él se alcanza cabalmente ese rol de hijo.

iii. Ahora bien, aquí no estamos diseñando un modelo para armar en el que seguramente la postergaciones en la definición legal no tienen cabida así como la prolongada permanencia de B. y K. con la señora S. debieron extenderse en el menor tiempo posible (conf. la fijación de plazos como límite a la discrecionalidad judicial como propuesta de la doctora Marisa Herrera en "El derecho a la identidad en la adopción", T. I, ed. Universidad, 2008, pág. 517, para contrarrestar los efectos del tiempo; o la preocupación en la edad del niño a adoptar para ser requerido en adopción, que amerita distinciones legales explicitadas por Stella Maris Biocca en "La adopción internacional", *Rev. Derecho de Familia*, N. 6, Abeledo Perrot, 1991, o los riesgos propios de la institucionalización tan explícitamente tratados por Palomeque-Scorza, en "El niño desamparado", en la obra "Filiación adoptiva", editorial Juris, p. 199). Ni se pretende consolidar esta situación de hecho de larga data en el sentido de considerar que con esta relación vincular que los niños pretenden con su guardadora K. y B. efectivicen el derecho del niño a vivir en familia que manda cumplimentar la Convención, porque precisamente es bien diferenciado con el contenido que el referido derecho sustenta. Ni pretende retrasar la efectividad de ese derecho, sino más bien hacer frente a las particularidades propias que la situación trajo aparejada en virtud de la edad de los menores y la opinión por ellos vertida. De lo que estamos tratando es de considerar la solución que atienda a un mejoramiento de su situación, en su condición de sujetos y que en esa transición a la adaptación como miembro de una familia no se sientan como un objeto a ser colocado en distintos lugares sin que esto dejara 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 guarda 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 Giverti, Eva, quien explicita en el prólogo de la obra antes citada "Filiación adoptiva" lo que significa la identidad en los hijos adoptivos). Es por ello que en función del interés de los niños (art. 3 de la Convención), ligado al derecho a desarrollarse en una nueva familia (arts. 5, 20 y preámbulo de la Convención), aquél debe construirse a través del respeto de sus derechos fundamentales, sopesando las circunstancias de hecho antes descriptas y, en consecuencia, para determinar de qué manera tales derechos y las necesidades del niño puedan recibir el mejor amparo, se hace indispensable respetar:

1. la dignidad que sustentan como sujetos de derechos y de personas en desarrollo (arts. 9 de la ley 26.061; 33 de la C.N.);
2. la integridad física y síquica (arts. 6.2 de la Conv. de los Derechos del Niño);

3. el derecho a la identidad (arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño) desde una concepción dinámica del término, en cuya efectivización el lugar de acogida deberá tener en cuenta su situación vital y su actual entorno social (art. 20.3 de la C. de los Derechos del Niño);

4. la participación en el proceso de toma de decisiones de su destino familiar (arts. 5 y 12 de la C.D.N.).

Es entonces, desde la perspectiva que dimana de estos postulados que propondré la definición en el interés concreto de los niños:

a. mantener la guarda en cabeza de la señora S. con amplias facultades para asistirlos en el ejercicio de sus derechos (arts. 3, 4, 5, 6 y 19 de la Convención de los Derechos del Niño);

b. como consecuencia de la imprescindible participación activa de los niños o adolescentes en el proceso, y para efectivizar el derecho a vivir en otro núcleo familiar que no sea el primario, en la instancia de origen, deberá darse plena intervención a B. y K. en la elección del grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, informándoseles de las ventajas de la adopción por ser ésta la que mejor alcanza la condición de hijo, aunque no sea la única forma familiar a decidir, debiendo tenerse en cuenta su elección en el momento de tomar la decisión (arts. 5, 12 y 14 inc. 2 de la Convención de los Derechos del Niño; 75 inc. 22 de la C.N.), siempre desde la seguridad de que el cuidado que ejerce la familia cuidadora es un vínculo presente que no lo van a perder (Observación General del Comité de Derechos del Niño, N. 7 [2005], puntos. 6 -b, e y f- y 8).

c. Dadas las circunstancias reseñadas, en el proceso que se inicia, estimo necesario el seguimiento mediante asistencia terapéutica para K. y B. , con la finalidad de lograr que su participación cuente con los instrumentos necesarios para la efectividad real de lo que aquí se decide. O dicho de otra manera para que los niños casi adolescentes -en libertad- puedan definir las opciones que como sujetos pueden tener para alcanzar el medio familiar definitivo. El tratamiento terapéutico deberá cumplirse en el Hospital Eva Perón de San Martín o el que sustituyan en su mejor interés, correspondiendo el debido seguimiento al Asesor de Menores interviniente (art. 20.1 de la Conv. de los Derechos del Niño).

9. Situación de S. .

Habiendo alcanzado la mayoría de edad, al cumplir dieciocho años, conforme la reciente reforma del Código Civil (art. 126, ley 26.579, promulgada el 21-12-2009), y siendo que las resoluciones jurisdiccionales deben tomar en cuenta las circunstancias sobrevenidas al momento de estar a sentencia, considero que es dable revocar la decisión recurrida en cuanto dispone la orientación en guarda a terceros con fines de adopción (art. 163 inc. 6, C.P.C.C.). Sin embargo los factores que pasaré a detallar hacen necesario apreciar estrictamente otro tipo de consideraciones.

i. Circunstancias fácticas determinantes de la causa:

a) Como ya lo anticipé, esta causa se inició a raíz de una denuncia anónima que daba cuenta que S. , en ese momento de 7 años de edad, se encontraba atada al respaldo de una cama con una cadena y candado a su muñeca derecha (v. fs. 2/5 y fotografías de fs. 11);

b) La progenitora en la audiencia ante el tribunal en la instancia, en su oportunidad refirió que lo hacía por seguridad, para que no se escape a la calle (v. fs. 18 y vta.) y tal situación generó la

internación de la niña y de sus hermanitos menores en "La casita de Micaela" lugar donde permaneció ininterrumpidamente hasta poco tiempo atrás;

c) Ella como K. y B. vivió gran parte de su vida con la señora A. S. y su esposo y encontró junto a ellos un grupo familiar alternativo como aplicación de una medida transitoria excepcional que se prolongó;

d) el tiempo consumido en el proceso y en la actividad recursiva la encuentra hoy con 18 años de edad; cursa 9° grado en la Escuela Rivadavia de San Martín y manifestó en esta sede su deseo de estudiar enfermería. Planea convivir con la señorita S. R. (v. además fs. 349 vta., 353 y vta.); la mencionada señorita R. , fue quien de hecho, la acompañó a la audiencia fijada por este Tribunal (fs. 340);

e) S. ha tenido secuelas por el maltrato recibido con la familia de origen (fs. 52 y 115), y es quien ha tenido también problemas de aprendizaje en el ciclo escolar (fs. 84 y 191);

f) S. ha visitado impulsivamente a su madre biológica, pero tales acercamientos la han perjudicado emocionalmente (v. fs. 347 vta.) por lo que no quiere volver a tener contacto alguno con ella ni con su abuela (v. fs. 349);

g) S. si bien desea trabajar, no lo hace todavía y se encuentra anotada en Mc Donald's (v. fs. 353).

ii. Paso a valorar las circunstancias jurídicas:

a) Ya como anticipé, S. al haber adquirido la mayoría de edad al arribar a los dieciocho años de edad y atento a que es su voluntad mantenerse en el esquema familiar establecido con la señorita R. (tal como expusiera en la audiencia celebrada en esta Corte), estimo que a ella le corresponde adoptar las decisiones concernientes a este asunto (art. 1, ley 26.579), por lo que corresponde revocar el decisorio impugnado en cuanto dispone su orientación en guarda a terceros con fines de adopción (art. 311 y concs., Cód. Civil).

b) S. aunque supere los 18 años de edad, es menor de 21 y por imperio del principio pro homine (sintetizado como la interpretación más favorable para la vigencia de los derechos humanos) y los factores antes descriptos, es que considero que se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la ley 26.061 y de la Convención de los Derechos del Niño (v. además art. 2, decreto 415/2006; ver también el Proyecto de Directrices de las Naciones Unidas para la protección y cuidado alternativo de niños privados del cuidado de sus padres, punto 26, en Rev. de Derecho de Familia n. 35, Lexis Nexis, pág. 281);

c) 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 (arts. 6.2 y 29.1 a) de la Convención de 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);

d) En el contexto de las disposiciones de los tratados de derechos humanos relativos a la no discriminación y a la igualdad, y en vista a que las necesidades básicas para llevar una vida digna así

como las necesidades y contenidos básicos de aprendizaje de la joven S. no están satisfechas, es prioritario la implementación de acciones positivas -programas encaminadas al autovalimiento que le permita el acceso a un proyecto vital autónomo- (arts. 2, 18.2 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 16, 75 incs. 2, 19, 22 y 23, Const. nac; 5, 2° párrafo de la ley 26.061).

iii. Es por ello que en función de alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad humana, sopesando las circunstancias de hecho antes descriptas considero indispensable incorporar a S. al Sistema de Sostén que depende de la Procuración de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y que fuera creado por ley 11.852, tal como lo aconsejara la perito trabajadora social a fs. 349 vta. Este programa de "sostén" mediante prestación de becas y asistencia integral, debidamente supervisado por la señora Procuradora General, colaborará decididamente para que esta joven pueda aprender gradualmente a vivir sola y adquirir independencia para armar su proyecto de vida; ello en cumplimiento del mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos y aplicación directa del principio de la no discriminación e igualdad ante la ley (art. 2 de la Convención Americana, art. 75 incs. 22 y 23, ver mi voto en Ac. 98.260, sent. del 12-VII-2006).

En este sentido, he sostenido en otra causa (Ac. 86.250, sent. del 23-XII-2003), que la reforma constitucional, en el art. 75 inc. 23 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 y jóvenes. 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 (con cita de Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las acciones positivas" publicación de la Asociación de Abogados de Bs. As, abril de 2001; también ver Ac. 84.856, sent. del 26-II-2003).

La marcada tendencia lleva este sentido como se comprueba con la actualización constitucional de Brasil tras la reforma del año 2004 (enmienda 45) en cuanto estimula una categoría específica de resoluciones jurisdiccionales mandamentales, que, con sentido realista, evaluando las circunstancias determinantes en cada caso, tienden un puente directo de tutela actual a prestar de manera efectiva por los órganos políticos y administradores en aras de preservar los derechos fundamentales de alta dimensión social y tuitiva que imponen a los jueces una preocupación adicional (conf. Claudio Cintra Zarif, "Da necesidades de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo", en "Processo e Constituicao, Estudos em homenagem ao Professor José Barbosa Moreira", Rev. Dos Tribunais, San Pablo, 2006, pág. 139).

A lo que tienden estas acciones niveladoras es sin duda a contribuir al empoderamiento de la joven S. para un proceso de construcción de su ciudadanía. Se ha entendido este concepto -según definición del Banco Mundial- en su sentido más amplio como la "expansión en la libertad de escoger y de actuar. Significa aumentar la autoridad y el poder del individuo sobre los recursos y las decisiones que afectan a su vida..." (ver: www.laenfermera.hoy.com.ar/articulo).

IV. Para terminar, un escenario como el aquí descripto, me lleva sin hesitación a subrayar que la nueva mirada hacia el niño y la familia que sustenta su protección integral y de la que tanto se ha hablado, escrito y analizado, de nada servirá, pues nada cambiará, si no va acompañada de una política integrada referente a casos como el presente, donde se trate de niños privados del cuidado de sus padres, en la que el Estado, en cooperación con la sociedad civil, tienen una responsabilidad institucional en efectivizar los derechos de los mismos. No se ignora tampoco que programas eficientes de políticas públicas ejercidas desde el Estado en todos sus estamentos, pero que sean instrumentos reales de concreción, es de vital prioridad, por ejemplo para determinar si la familia de origen no atiende al menor por razones económicas en función de lo que impone el art. 33 de la ley 26.061 que obliga a imprimir acciones positivas para superar este trance. Incluso también se debiera atender de una regulación detallada precisa con un grado mayor de instrumentalidad sobre otras alternativas familiares que no sean la adopción para cuando ella no sea posible (ver Directrices -Parte séptima: "Suministro de cuidados alternativos. Políticas", citado con anterioridad, pág. 287). Sin embargo, ello no empecé el paradigma de la Convención que regula sus derechos y no permite que el mismo se transgreda cuando en nombre de medidas burocráticas, omisiones, negligencias, falta de seguimiento (fs. 166/167), menores como los de autos permanezcan tanto tiempo bajo los términos de un programa asistencial.

Ello es más allá de destacar a la señora A.S. , directora de "La casita de Micaela" y reconocer su valía, empeño, dedicación y aptitud para generar un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y paliar el inmenso perjuicio que la guarda prolongada pudo haber generado a S. , K. y B.A. , circunstancia que me place poner de manifiesto luego de haber escuchado de los propios menores el caudal afectivo y existencial que les fue brindando.

Así lo voto.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó en el mismo sentido.

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

I. Por compartir sus fundamentos adhiero al voto del doctor de Lázzari en cuanto halla acreditada en la causa la situación de abandono y vulneración de los derechos de los niños, que lleva a confirmar en dicho aspecto el decisorio recurrido (especialmente puntos 5 y 6 de su voto).

1. En efecto, frente a la completa ausencia paterna, el inicial abandono material y moral en que los niños fueron colocados por su madre biológica, su posterior distanciamiento e incapacidad de mantener contacto personal y afectivo con ellos, junto a la carencia de compromiso por parte de los restantes miembros de la familia de origen, imponen la intervención estatal dirigida a la tutela de sus derechos en su superior interés (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4 y concs., ley 13.298), el que debe concebirse 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, quedando 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. 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).

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).

Por ello, 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 los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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).

Así, cierto es que la maternidad no constituye una omnipotestad biológica que confiere impunidad para incursionar en experiencias abandónicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que no pueden ir y volver sobre sus pasos arbitrariamente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés de los niños (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Es que, al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho del menor a la preservación de su identidad y de sus relaciones familiares, velando porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior del menor, como por ejemplo cuando sea objeto -como en el caso- de descuido o abandono (conf. arts. 5, 8, 9, 19, 20, Convención sobre los Derechos del Niño; en el mismo sentido, art. 307 inc. 2, Cód. Civil), conclusión que necesariamente lleva a compartir la desestimación del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído.

2. Por demás, al decidir respecto del estado de abandono del menor y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de cada uno de ellos, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. voto del suscripto en C. 96.411, sent. del 17-VI-2009).

Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 340), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de los menores, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resultaría 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).

II. Ahora bien, en casos como el presente, en el que los niños se encuentran privados de su medio familiar de origen por la marcada inconveniencia de ser restituidos al mismo, atendiendo a su superior interés, débeseles reconocer el derecho a 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 el niño sea pasible de adopción, no como consecuencia de una sanción al padre sino como un remedio para el hijo, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que lo coloca 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 por las que 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 opción 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); de modo que si resulta acreditado el desinterés evidente por parte de ambos progenitores respecto del menor y su consecuente desamparo, frente a la ausencia de otros familiares que se puedan ocupar del niño, la actuación estatal debe inclinarse 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).

No es posible obviar, de ordinario, que la permanencia de los niños en los hogares en los que son institucionalizados constituye una solución sólo provisoria, momentánea, limitada en cupo, que no resulta un fin en sí misma, sino que cumple una misión diversa de aquélla que es llamada a abastecer la adopción, mediante la inserción del niño en una nueva familia.

1. En estos términos, si bien encuentro de utilidad las apreciaciones formuladas por el distinguido colega que abre el acuerdo en relación con las circunstancias que envuelven la realidad de

los menores y su necesaria adecuada percepción en miras a efectivizar su derecho a conformar una nueva familia, y si bien recuerdo especialmente y comprendo las manifestaciones que efectuaran K. y B. en ocasión de celebrarse la audiencia ante este Tribunal, estimo que por sus cortas edades (14 y 15, años respectivamente) y aún considerando el extenso tiempo durante el cual han permanecido alojados en el hogar "La Casita de Micaela" (desde 1999), todavía es posible intentar brindarles la oportunidad de conformar un vínculo afectivo y jurídico más estrecho aún, como es el adoptivo.

En este punto, el interés de los menores impone que la guarda simple mantenida hasta ahora por la señora S. no pueda constituirse en un obstáculo para la adopción de la que puedan verse beneficiados los niños (en semejante sentido, mi sufragio en Ac. 72.890, sent. del 19-II-2002).

Debo añadir en refuerzo de mi postura, otras consideraciones que a mi entender adquieren marcada relevancia en esta temática, y en particular atendiendo a las circunstancias que rodean el caso.

En este sentido, cabe reconocer que la finalidad de la institución que con ponderable esfuerzo personal lleva adelante la señora S. no es otra que la de atender provisoriamente las necesidades de menores privados de su medio familiar, a los fines de que, en caso de no ser posible su reintegro, puedan ser recibidos en hogares donde su vida futura pueda desenvolverse con estabilidad, en un marco de afecto y sustentabilidad acorde con las expectativas de todo ser humano. Dada esa provisoriedad inmanente, la propuesta de permanencia definitiva de los menores en esa institución desvirtuaría los altos fines que persigue la labor de quienes allí se desempeñan, pudiendo llegar a convertirse objetivamente en una traba y un obstáculo para alcanzarlos en el futuro, redundando así en perjuicio de los niños desamparados.

Esta suerte de hogares infantiles tienen una dinámica que puede parangonarse de algún modo con la de los institutos de rehabilitación, basada en la inmediata contención del padecimiento del paciente a través de su internación, su atención terapéutica y el encauzamiento de su carencia a efectos de orientarlo en la vía de su solución. Pero una vez realizada dicha asistencia primaria, el tratamiento debe continuar a través de los consultorios externos, de manera que los pacientes puedan reintegrarse al núcleo de la sociedad, retornar a sus hogares y retomar sus actividades. De igual forma, los hogares infantiles -como "La Casita de Micaela"- deben atender, a modo de improvisado "by pass", situaciones de carencia de los menores, sin pretensiones de brindarles remedios definitivos, sino tan sólo contenerlos y encauzarlos hasta tanto puédaseles ofrecer una alternativa que en forma genuina resulte apta de brindarles protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral.

Entonces, el hogar infantil no puede constituirse para el menor en una finalidad de vida que se agote en sí misma, pues en dicho caso, por un lado, funcionalmente, su geométrica superpoblación anularía sus cometidos y propia razón de ser, así como por otro, ontológicamente, ello sin dudas afectaría la actitud de los niños frente a tales hogares, ya que verían consagrada la posibilidad de vislumbrarlos como una solución definitiva, postergando u obstaculizando consciente o inconscientemente su posible vinculación afectiva con las familias que pretendan integrarlos mediante una adopción.

Desde la óptica estrictamente atinente a los menores, la posibilidad de que éstos puedan permanecer institucionalizados por su propia voluntad o aún bajo una suerte de guarda de hecho por parte de la directora del hogar, importaría un fuerte retroceso en la consideración de la adopción como el instituto más idóneo para dar una solución al problema del abandono de los niños, y de algún modo, un regreso a una forma si se quiere atenuada -pero en definitiva configurativa- de la institucionalización, que por su propio funcionamiento arriesga la conformación del cuerpo libidinal del niño por falta de contactos necesarios y atenta contra la creación de los espacios de simbolización que se incluyen durante la época del acuíñamiento (Giberti, Eva, "Adopción. Los niños y las niñas y sus derechos", Montevideo, Ed. Parlamento del Uruguay y U.N.D.P., 2006, Conferencia). Sólo es posible construir la identidad de un niño en la medida que un adulto significativo le ofrezca lugares de identificación, concepto que se opone al de "infancia en serie" que se verifica cuando se lo institucionaliza, ya que el deseo que lo subjetiviza no puede ser anónimo (Krasnapolski, Norma "Aspectos silenciados de la adopción", en www.jus.mendoza.gov.ar/información/novedades).

De tal modo, los niños no conocerán otra posibilidad de desarrollo de sus vidas más que la que les ofrece el limitado mundo del hogar que hoy los alberga, entorno digno, pero en mi criterio insuficiente para brindarles las posibilidades materiales y espirituales, primordialmente afectivas, que puede dispensarles su inclusión en un núcleo familiar que les proporcione mayor tiempo, dedicación y atención personalizada, ajena a cualquier forma de institucionalización, donde los roles familiares se vean delineados con mejor precisión, con figuras tutelares cercanas y propicias, configurándose un fortísimo lazo peculiar que les confiera una identidad -en su faz dinámica- y un sentido de pertenencia único, personal e indivisible, mucho más difícil de alcanzar en un entorno más difuso como el que representa un hogar de tránsito.

Es que "La Casita de Micaela", como cualquier otro hogar de menores, representaría algo así como un limbo, que sitúa la vida del niño en desarrollo en un verdadero estado de latencia, sin definición con perfiles claros de su espacio de pertenencia. No se estaría propiciando la consolidación de un vínculo profundo como implican la filiación y su especie en este caso, la adoptiva; simplemente se estaría perpetuando un statu quo de indefinición, dándole un rango de estabilidad a lo que naturalmente no la tiene ni debe tenerla.

A la vez, sentar un precedente de tal naturaleza podría entenderse como un signo de desconfianza hacia el instituto mismo de la adopción, que quedaría relegado marcando una verdadera postergación de los numerosísimos aspirantes que anhelan poder brindar su afecto a la infancia abandonada a través de esta vía, de raigambre tan antigua como humanitaria, y en sentido lato (más allá de la encomiable labor de la señora S.), un retorno a la política de institucionalización de los niños abandonados, cuando en mi criterio lo que se impone en esta materia es resolver prudente pero rápidamente cuándo se configura el estado de abandono, y abocarse inmediatamente a la constitución de un espacio dónde los niños puedan encauzar y desarrollar con máxima plenitud sus responsabilidades.

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, "La Ley", 2006, T. IV, pág. 135).

La expresa intención de K. y B. de continuar viviendo en el hogar en que lo hacen desde 1999 evidencia todas las deficiencias del presente proceso tutelar, a la par que constituye el resultado de la realidad que los circunda, que se muestra limitada a su reducido ámbito. Como en la ficción ocurre con el personaje de Truman -en la difundida versión fílmica que se nominó "The Truman Show" (E.E.U.U., 1998, Dir. Peter Weir, 103 min., Color Scope)- han desarrollado una vida en derredor del hogar, su pequeño mundo, en el que seguramente son muy queridos, se sienten contenidos, adaptados, formando parte de una gran familia (cuyos integrantes cambian constantemente producto del funcionamiento de la institución, aún considerando la continua presencia de la señora S.); sin embargo, su sostenida situación de hecho, que objetivamente les dispensa una mejor calidad de vida que la que deriva del abandono, no debe importar una renuncia -de antemano- a una solución que -por vía de la adopción- les permita acceder a un nuevo mundo, en mi criterio, mucho más amplio, personalizado y lleno de sentimientos más profundos.

Con la salvedad indicada, comparto las restantes valoraciones que realiza el doctor de Lázzari en el Punto 8 de su voto en relación con la situación de K. y B. , el imprescindible respeto de su dignidad, integridad física y psíquica, su derecho a la identidad, el reconocimiento de su autonomía progresiva y su activa participación en el procedimiento que de aquí en más deba seguirse, así como el seguimiento terapéutico que se propone.

2. La situación de la niña S. , de 18 años merece un tratamiento específico.

A diferencia de sus hermanos, S. no ha podido adaptarse institucionalmente (fs. 226, 347 vta.), manteniendo incluso fuertes disputas con la señora S. cada vez que, esporádicamente, los visita, con quienes no ha forjado un vínculo fraterno tan sólido como el habido entre los primeros (fs. 349 vta.).

Así las cosas, cuando abandonó "La casita de Micaela" fue puesta bajo responsabilidad de la señorita S.R. , de 29 años, con quien convivió en un primer momento en el hogar familiar de ésta y sus padres, hasta que -producto de la separación de los padres de S. - ambas dejaron dicha vivienda. A partir de allí, S. y S. se ven sólo esporádicamente -si bien mantienen deseos mutuos de convivencia (fs. 337, 349)- pasando a pernoctar la segunda alternadamente en la casa de su tío W. A. o en la de sus padrinos C. T. y M.T. , rechazando todo contacto con su madre y abuela biológicas (fs. 349).

Sin embargo, habida cuenta de la sanción de la ley 26.579, de inmediata aplicación al caso, por la cual se ha establecido la nueva mayoría de edad en los 18 años, y considerando la manifiesta intención de la joven de mantenerse alternadamente en el ámbito familiar extenso de la forma en que lo ha venido haciendo y junto a la señorita R. (plasmada en la audiencia celebrada ante esta Corte), considero que sólo puede ser ella quien de ahora en más adopte las decisiones concernientes a tal asunto (arts. 1, ley 26.579; 126, 129, 897, 910, 913, 917, 921 a contrario, y concs., Cód. Civil), por lo que a su respecto cabe revocar el decisorio impugnado sólo en cuanto dispone su orientación en guarda a terceros con fines de adopción (art. 311 y concs., Cód. Civil).

III. Por lo expuesto y adhesión formulada, voto por la negativa.

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

En mi opinión el recurso no prospera.

1. El tribunal a quo confirmó la sentencia de primera instancia que resolvió disponer definitivamente de los menores A. S.J. , N.N. o B. A. y K. A.A. , declaró su estado de abandono y ordenó orientarlos en guarda a terceros con fines de adopción.

Para decidir de ese modo tuvo especialmente en cuenta que la señora Defensora Oficial no aportó en su pieza recursiva precisiones concretas acerca de la aptitud de la recurrente para desempeñar su papel de madre (fs. 265 vta.). Añadió que durante los ocho años que transcurrieron entre el inicio de las actuaciones y la interposición del recurso de apelación sólo exteriorizó meras intenciones de cambio de actitud frente a sus hijos internados, expuestas esporádicamente, aunque ningún logro ha concretado en ese sentido (fs. 268 vta.). Objetivamente -concluyó- se impone el hecho del abandono originario, que no fue reparado por la madre, y frente al cual las actuaciones judiciales lograron brindar la respuesta más adecuada -al amparo de un Hogar sustituto del ámbito familiar- teniendo como principio rector el interés superior del niño.

Agregó que la decisión así confirmada, debía cuidar de no desatender el vínculo entre los tres hermanos, y sus derechos a decidir respecto de su inserción e inclusión a futuro, lo que amerita un nuevo y profundo informe psicológico en oportunidad de ejecutarse la sentencia (fs. 269 vta.).

II. Contra esa decisión se alza la madre biológica, mediante el recurso de inaplicabilidad de ley en tratamiento, donde expone los siguientes agravios:

a) Violación del derecho vigente, toda vez que la decisión recurrida ha sido fundada en normas derogadas (ley provincial 10.067) en franca violación al sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (fs. 279);

b) vulneración del principio de congruencia (fs. 279 vta.);

c) incorrecta aplicación de la ley nacional 26.061 y 13.298 de la Provincia de Buenos Aires (fs. 279 vta.);

d) arbitraria valoración de los elementos de autos (fs. 289);

e) violación del principio dispositivo (fs. 292 vta.);

f) violación del derecho de defensa (fs. 292 vta./293 vta.).

III. Como adelanté, el recurso no es de recibo.

a) La crítica vinculada a la derogación de la ley 10.067 -precepto donde encontró parcial apoyo la decisión recurrida, en cuanto a la potestad judicial de disponer del destino del menor- resulta inatendible.

La citada sucesión normativa no importó una alteración de las facultades de ese órgano para adoptar la decisión a la postre recurrida; a lo que cabe añadir, que el fallo en crisis también se abasteció en su fundamentación con otros dispositivos expresamente enunciados en el mismo.

De allí que -aún cuando pudiera verificarse en el caso la errónea cita legal que denuncia el recurrente- no existe un agravio en cabeza del mismo que lo habilite a impugnar el señalado aspecto del decisorio, requisito este de ineludible verificación cualquiera sea la vía de embate intentada (conf. Ac. 67.920, sent. del 3-VIII-1999; Ac. 68.238, sent. del 18-IV-2000; Ac. 87.607, sent. del 11-V-2005).

b) Idéntica suerte ha de correr la denunciada arbitrariedad en la valoración efectuada por la alzada.

La línea argumental que desarrolla la quejosa en esa parcela del recurso (y que se vincula con la existencia de otros hijos bajo su cuidado; el padecimiento de malos tratos proferidos por su pareja, de los que ella y los menores habrían sido víctimas, y las deficiencias en la estrategia de acompañamiento en la rehabilitación terapéutica que reprocha al tribunal), no permite vislumbrar la configuración de vicios en el juicio de valoración de los elementos probatorios, que habiliten su revisión en esta instancia.

Reiteradamente ha resuelto este Tribunal que las cuestiones de hecho y la apreciación de la prueba son privativas de los jueces de la instancia ordinaria, irrevisables, en principio, en casación, salvo supuesto de absurdo (Ac. 58.187, sent. del 4-III-1997; Ac. 78.281, sent. del 11-VII-2001; Ac. 78.395, sent. del 2-IV-2003).

Ante tal premisa, la crítica que porta este tramo del embate, en cuanto evidencia una mera discrepancia personal con el criterio adoptado en la sentencia recurrida, deviene insuficiente a los fines recursivos. Aún cuando la valoración de la prueba realizada por la alzada pudiera resultar discutible o poco convincente a la luz de los intereses de las partes, ello no es suficiente para descalificarla por absurda, desde que no basta el disenso producto de la personal interpretación de los hechos y las pruebas, para demostrar la existencia de tal vicio lógico (art. 279, C.P.C.C. y su doctrina; Ac. 87.607, cit.; C. 89.922, sent. del 27-XI-2006; C. 90.220, sent. del 26-IX-2007).

c) Tampoco resulta idónea a esos efectos la alegación atinente a la vulneración al derecho de defensa de la que se agravia, en cuanto estima que el debate suscitado en el sub *discussio* debió encauzarse por las reglas del proceso sumario. Se trata en el caso de los aquí denunciados de errores adjetivos producidos con anterioridad al dictado de la sentencia impugnada, circunstancia que excluye el tema de la competencia casatoria, tal como con insistencia lo ha recalcado esta Corte con anterioridad (Ac. 73.750, sent. del 7-II-2001; Ac. 77.976, sent. del 19-II-2002 ; Ac. 90.727, sent. del 18-VII-2007).

d) Finalmente, respecto de las invocadas violaciones a los principios dispositivo y de congruencia, así como la que atañe a la supuesta errónea aplicación de las leyes 13.298 y 26.061 anunciadas en el embate, la manifiesta insuficiencia de su postulación surge palmaria desde que quedó

ceñida a su mera proclamación, sin que fueran acompañadas del más mínimo esfuerzo argumental tendiente a su fundamentación.

Es sabido que el eventual acogimiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se encuentra condicionado a la comprobación de su suficiencia técnica. Ello exige la elaboración de una crítica meditada, razonada y precisa, que abarque los fundamentos del pronunciamiento atacado y que "apunte" a la totalidad de las normas en que aquél se apoya (L. 93.599, sent. del 27-IX-2006; L. 89.225, sent. del 7-III-2007), exigencia ritual que en el caso ha sido claramente omitida (art. 279, C.P.C.C.).

IV. a) La decisión que propicio deja incólume la del tribunal a quo en cuanto confirmó el estado de abandono y adoptabilidad de los menores K. y B.A. .

b) Sin embargo, y atento que las resoluciones jurisdiccionales deben atender a las circunstancias sobrevenidas al momento de su pronunciamiento, se impone realizar una ponderación adicional respecto de la situación jurídica actual de S. A. (art. 163 inc. 6, segundo apartado del C.P.C.C.).

Ello así, teniendo en cuenta el advenimiento del nuevo régimen legal impuesto por la ley 26.579, y considerando que la mencionada ya ha superado al presente los dieciocho años de edad.

En atención a ello, considero al igual que el distinguido colega que me precede, doctor Pettigiani -puntos II. 2 de su voto- que corresponde revocar este aspecto de la decisión recurrida, en cuanto dispone la orientación de la mencionada en guarda a terceros con fines de adopción.

c) La ejecución de la decisión así confirmada, no sólo deberá atender a los requerimientos que el a quo precisó en cuanto a la necesidad de preservar el vínculo entre los tres hermanos, y su derecho a decidir respecto de su inserción e inclusión a futuro, debiéndose a tal efecto implementar medidas informativas como las que allí se ordenan; sino que habrá de ponderar el resultado de las medidas oficiosas adoptadas por esta Corte (fs. 330/331 y 332/333 vta.) y practicar todas aquéllas que resulten indispensables para garantizar la efectiva tutela del interés de los menores.

Con ese alcance, adhiero a las recomendaciones que efectúa el distinguido colega que abre el acuerdo, doctor de Lázzari, vertidas en el apartado 8. iii, c de su sufragio.

VI. En consecuencia, y de conformidad a los desarrollos que anteceden, el recurso ha de ser desestimado, con costas (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.).

Así lo voto.

El señor Juez doctor Soria, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votó la cuestión planteada en el mismo sentido.

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

1. La Cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia que declaró el estado de abandono de S. J.A. , N.N. o B. A. y K. A. A. y orientó a los mismos en guarda con fines de adopción (v. fs. 263/270).

2. Contra esa decisión la madre de los niños dedujo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que luce obrante a fs. 280/297.

3. En relación a la temática debatida en autos, esta Corte tiene dicho que el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de

hecho, que permite su revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo (conf. Ac. 36.721, sent. del 8-III-1988; C. 100.587, sent. del 4-II-2009).

En el caso, la impugnante sostiene que la alzada ha efectuado una arbitraria valoración de los elementos de autos (fs. 289/292 vta.).

Considero que no le asiste razón (conf. art. 384, C.P.C.C.)

a) El 24 de febrero de 1999 el juez de primera instancia ordenó el alojamiento de S.J. , B. y K. A. A. en el Hogar "La casita de Micaela" de la Localidad de Caseros (v. fs. 20).

Esa decisión fue tomada a raíz del grave estado psicofísico de los niños, de por entonces 7, 3 y 2 años de edad, al haber sido hallados por personal policial en situación de abandono y estando la mayor de ellos encadenada a una cama (v. fs. 1/11 y 15/17).

b) Ahora bien, esa institucionalización que fuera dispuesta, en un primer momento, con carácter provisorio, se mantuvo en el tiempo cobrando una importante gravitación en la vida de los niños.

c) Los informes obrantes a fs. 92, 115, 134, 146, 192, 330/331 dan cuenta que B. y K. A. se encuentran desde hace once años debidamente cuidados y contenidos por la guardadora institucional y que, tal como señala la perito psicóloga a fs. 333/333 vta., están transitando "... su crecimiento y desarrollo psicoafectivo en un lugar que, al momento, contempla sus potencialidades y provee el cumplimiento de sus necesidades afectivas y materiales...".

Esa institucionalización cuenta con la aquiescencia de los niños, quienes consideran a los miembros del Hogar como su familia (v. fs. 332/333).

d) Por otro lado, surge también de dichas pericias que los causantes no han logrado entablar relación alguna con su madre ni hermanos y que no desean revincularse (v. fs. 332 vta./333).

4. Es por ello que, teniendo en cuenta que la atención primordial al "interés superior del menor" a que hace referencia el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección, opino que el recurso no puede prosperar.

Pues dicha normativa proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos, priorizando por sobre el interés de éstos el de los niños (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; Ac. 87.832, sent. del 28-VII-2004; C. 100.587, sent. del 4-II-2009; C. 101.304, sent. del 23-XII-2009).

Y, si bien en otro contexto fáctico, puse de relieve el valor de la familia biológica y en su momento la restitución del niño al hogar de sus padres biológicos (conf. Ac. 69.426, sent. del 12-IX-2001); entiendo que excepcionales circunstancias determinan que ese valor debe ceder ante otro que lo desplaza y supera. En ese sentido destaco que, son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la vida y que los reclamos que se demanden para su desarrollo integral como persona, deben dejar de ser exigencias para convertirse en realidades.

Por todo ello, luego de un pormenorizado análisis de las circunstancias, estimo -en el caso- demostrada tal situación excepcional (v. fs. 90, 118/119, 148, 330/331 y 332/333).

5. En ese orden de ideas, y toda vez que la recurrente tampoco logró acreditar las restantes violaciones denunciadas a fs. 292 vta./294 (conf. doct. art. 279, C.P.C.C.), he de propiciar el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y, en tal sentido, mantener la decisión recurrida en lo que atañe a los menores B. y K. A. (art. 289, C.P.C.C.).

6. Por último, en consideración a que S. J. A. ha adquirido la mayoría de edad (conf. ley 26.579) entiendo -al igual que los colegas que me preceden en la votación- que corresponde revocar la decisión adoptada en cuanto dispuso su orientación en guarda a terceros con fines de adopción.

7. En conclusión, rechazado el recurso queda de este modo firme (al menos en esta instancia) la sentencia de grado y con ella la posibilidad de una ulterior adopción que signifique para estos jóvenes aun menores una solución definitiva al problema que en su momento suscitó su abandono.

Lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en orden a no desatender el vínculo entre los hermanos y el resguardo de sus derechos a decidir respecto a su inclusión familiar futura (que comprende medidas concretas hasta de tipo psicológico), satisfacen a mi juicio suficientemente los pasos que sigan, cuando, como diría Morello, "... El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto..." (Morello, Augusto Mario, "Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", vol. 1, pág. 623, Bs. As., 1998).

Voto por la negativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votó también en el mismo sentido.

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, en lo que atañe a S. A. y en consideración a que ha adquirido la mayoría de edad, se revoca la decisión adoptada en cuanto dispuso su orientación en guarda a terceros para fines de adopción; en lo atinente a K. y B.A. , se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, debiendo tenerse en consideración lo ordenado en el punto 8, iii c del voto que abre el acuerdo. Costas al perdedor (arts. 84 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese con carácter de urgente y expresa habilitación de días y horas inhábiles (art. 153, C.P.C.C.) y devuélvase.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

CARLOS E. CAMPS - Secretario

II. NECESIDAD DE DEFINIR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES

EN TIEMPO ADECUADO

(Causa C. 118.216, resol. del 5-II-2014)

CUESTIÓN PLANTEADA:

Aquí, en lo que interesa destacar, la Corte exhortó al órgano de la instancia de grado a que definiera con premura la situación jurídica de un menor de edad, ya que consideró que la demora en la tramitación de la causa resultaba perjudicial para los derechos de aquél.

RESEÑA DEL CASO:

La causa arribó a la Corte con motivo de la articulación de recursos de inaplicabilidad de ley tanto por parte de los progenitores del niño L. como de la Asesora de Incapaces. La sentencia impugnada había desestimado el pedido de reintegro formulado por la familia biológica y dejado sin efecto la búsqueda de un matrimonio inscripto en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción. Asimismo, había dispuesto la permanencia del niño en el ámbito del matrimonio que lo cuidaba desde recién nacido, cuyos integrantes fueron designados como guardadores asistenciales.

Ambos recursos fueron declarados mal concedidos por el Superior Tribunal, ya que el fallo recurrido no revestía carácter definitivo.

Sin embargo, advirtiendo la dilación en la tramitación de la causa en pos de la búsqueda de una estrategia de vinculación que ya había excedido un tiempo más que razonable -lo que resultaba claramente perjudicial para los derechos del niño-, se exhortó al magistrado interviniente a que en el plazo perentorio de dos meses

definiera -evaluando el contexto y tras una previa actualización de los informes interdisciplinarios pertinentes- la situación del menor.

CARÁTULA:

“P., L. Protección y guarda de personas”

PASAJES DESTACADOS:

- No puede dejar de advertirse la dilatada tramitación del proceso, en el que se encuentran comprometidos los intereses de un niño de corta edad que casi desde su nacimiento ha sido criado por sus cuidadores y cuya situación, a más de cinco años de iniciadas las actuaciones, aún no ha sido definida, por lo que corresponde adoptar medidas tendientes a la protección de sus derechos.
- Se exhorta al magistrado ante el que tramitan actualmente estos obrados a que defina, previa actualización de los informes interdisciplinarios pertinentes, en el plazo perentorio de dos meses, la situación del menor, evaluando la situación hoy existente, no pudiéndose extender más la estrategia de vinculación por haber excedido el tiempo –harto razonable- para ello.

TEXTO IN EXTENSO:

//Plata, 5 de febrero de 2014.

AUTOS Y VISTO:

1. Se inician las presentes actuaciones, con fecha 11 de noviembre de 2008, con motivo de la medida de protección de persona solicitada por la Asesora de Incapaces n° 2 del Departamento Judicial de Mar del Plata, doctora Mónica Cotroneo, con relación al niño L.P., quien tenía a ese momento 28 días de vida (fs. 13/15).

El entonces Tribunal de Familia n° 2 departamental luego de diversas actuaciones dispuso dar intervención al Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño y por su intermedio ordenó la guarda provisoria del mismo en un hogar de tránsito, lo que se cumplió en los "Hogares de Belén" (fs. 41/43, 61/62 y 283).

Dictadas durante el trámite sucesivas decisiones del órgano jurisdiccional en relación al contacto del niño con su familia biológica (v. fs. 681, 725, 902, 934/935, 965/973), finalmente el matrimonio L-R, perteneciente a los "Hogares de Belén", que tuvo al niño a su cuidado desde los primeros días de vida, solicitó que se resolviera su situación jurídica y que se les otorgara la guarda del mismo (fs. 1805/1807).

La Jueza de Trámite rechazó la solicitud de reintegro efectuada por los padres del menor, así como también el pedido de guarda formulado por el matrimonio L-R y dispuso la búsqueda de un matrimonio inscripto en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción a los fines de una eventual vinculación con el niño, manteniendo, hasta que se realizara tal selección, la guarda en cabeza de los "Hogares de Belén" (fs. 1821/1845).

Planteados sendos recursos de reconsideración, tanto por los progenitores del niño como por quienes estaban a cargo de su cuidado, el Tribunal en pleno resolvió -por unanimidad- confirmar el rechazo del pedido de reintegro a su familia biológica, dejar sin efecto la búsqueda de un matrimonio inscripto en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción y confirmar la permanencia del niño en el ámbito del matrimonio Larsen-Ruiz. Asimismo, por mayoría, dispuso designar a estos últimos como guardadores asistenciales y hacer cesar el dispositivo de "Hogares de Belén", como hogar de tránsito (fs. 1985/1219).

Contra este pronunciamiento dedujeron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley los progenitores del menor -con patrocinio del Defensor Oficial- y la señora Asesora de Incapaces (fs. 2039/2075 y 2080/2086, respectivamente), siendo ambas impugnaciones concedidas por el a quo (fs. 2087/2088 vta.).

2. Al respecto cabe recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que los recursos extraordinarios son admisibles únicamente respecto de las sentencias definitivas, correspondiendo vincular tal concepto con la posibilidad de cancelar vías hábiles para lograr la reparación del derecho lesionado (conf. doct. Ac. 105.472, 12-VIII-2009; Ac. 101.354, 26-VIII-2009).

Así, en el caso, el pronunciamiento del Tribunal de Familia que desestimó la pretensión de reintegro de los progenitores, disponiendo la permanencia del niño en el ámbito del matrimonio que lo ha tenido a su cuidado, a quienes designa como guardadores asistenciales, no reviste el carácter precedentemente mencionado en los términos del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. doct. C. 96.770, resol. del 17-XI-2010; C. 113.718, resol. del 15-XII-2010; C. 113.903, resol. del 28-XII-2010; C. 116.542, resol. del 21-XII-2011), desde que en el mismo no se resuelve en forma definitiva sobre la situación del niño.

3. Sin embargo, no puede dejar de advertirse la dilatada tramitación de este proceso, en el que se encuentran comprometidos los intereses de un niño de corta edad que casi desde su nacimiento ha sido criado por sus cuidadores y cuya situación, a más de cinco años de iniciadas estas actuaciones, aún no ha sido definida, por lo que corresponde adoptar medidas tendientes a la protección de sus derechos (arts. 11 y 36.2, Const. pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3, 19, 39 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

POR ELLO, se declaran mal concedidos los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos (art. 278, cit.). Asimismo, se exhorta al magistrado ante el que tramitan actualmente estos obrados a que defina, previa actualización de los informes interdisciplinarios pertinentes, en el plazo perentorio de dos meses, la situación del menor L., evaluando la situación hoy existente, no pudiéndose

extender más la estrategia de vinculación por haber excedido el tiempo –harto razonable- para ello (arts. 11 y 36.2, Const. pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3 y ccs. de la Convención de los Derechos del Niño).

Regístrese, notifíquese con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles (art. 153, C.P.C.C.) y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DELAZZARI

CARLOS ENRIQUE CAMPS - Secretario

III. LIMITACIÓN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EXCESIVA

A) EXHORTACIÓN A LOS ÓRGANOS INTERVINIENTES

(Causa C. 117.042, resol. del 19-XII-2012).

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el pronunciamiento que se analiza a continuación, el Máximo Tribunal provincial puso especial énfasis al momento de decidir en el excesivo tiempo de institucionalización –más de cuatro años- que atravesaban dos hermanos, exhortando a los órganos intervinientes a ponerle un fin a tal situación y a tomar las medidas necesarias para el debido resguardo de sus derechos.

RESEÑA DEL CASO:

Contra la sentencia de Cámara, confirmatoria de aquella que había declarado en estado de abandono y situación de adoptabilidad a dos niños, la progenitora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Corte desestimó el medio revisor mediante la aplicación del mecanismo previsto en el art. 31 bis de la ley 5.827. No obstante ello, advirtiendo que la institucionalización de los niños se había extendido notoriamente en el tiempo, exhortó a los órganos intervinientes a que adoptasen con urgencia las medidas tendientes a superar dicha situación.

CARÁTULA:

“G., J. E.; S., J. E. Art. 35 inc. H, ley 13.298”

PASAJES DESTACADOS:

- Atento a la situación de institucionalización excesivamente prolongada en la que se encuentran los niños, corresponde que se adopten con urgencia medidas tendientes a su superación.
- Se exhorta a los órganos intervinientes en estas actuaciones a que procedan a la adopción de las medidas pertinentes de protección de los derechos de los menores, en el plazo más breve posible, a fin de proveer al debido resguardo de los mismos.

TEXTO IN EXTENSO:

//Plata, 19 de diciembre de 2012.

AUTOS Y VISTO:

1. La Sala III de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó la sentencia que, a su turno, declaró a los menores J. E. G. S. y J. E. S. en estado de abandono y situación de adoptabilidad (fs. 342/351 vta.).

2. Contra dicho pronunciamiento, la señora M. E. S. -progenitora de los niños-, con patrocinio letrado de la Defensora Oficial a cargo de la Defensoría Civil y de Familia N° 2 (Distrito Pilar), interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual denuncia la violación de los arts. 34, 36 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial; 265, 307 y 317 del Código Civil; 10, 11 y 15 de la Constitución provincial; 18 de su par nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 16, 18, 27 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño; 3 y 9 de la ley 13.298 y 1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37 y 39 de la ley 26.061 (fs. 361/368).

3. La impugnación no prospera, atento a la insuficiencia técnica que porta (conf. art. 279, C.P.C.C.).

a] Ha dicho este Tribunal -en forma reiterada- que quien afirma que el fallo transgrede determinados preceptos del derecho vigente o denuncia absurdo, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. El incumplimiento de esta exigencia provoca la insuficiencia del intento revisor (conf. causas C. 95.063, sent. el 22-XI-2008; C. 96.918, sent. del 25-II-2009; C. 108.600, resol. del 7-X-2009; C. 110.380, resol. del 28-V-2010), que como -se adelanta- acontece en el caso (art. 279, C.P.C.C.).

Aquí, los sólidos fundamentos brindados por la Cámara a fs. 343/351 -a la luz del interés superior de los niños- que le permitieron concluir que: "De estos actuados se desprende en definitiva que pese al trabajo realizado en tal sentido no se ha logrado -en relación a la situación de la progenitora respecto de las modificaciones imprescindibles para asegurar la atención que requieren J. y J.- un cambio sostenido y favorable que permita un proceso de revinculación." (fs. 346 vta.), hallando

acreditada, en consecuencia, la imposibilidad de ésta de ejercer su rol materno, no han sido rebatidos idóneamente por la impugnante.

En efecto, una atenta lectura del escrito recursivo permite advertir que la progenitora se desentende de los motivos dados por la alzada, limitándose a exteriorizar su propio razonamiento sobre el material fáctico obrante en autos, haciendo hincapié en su situación personal, denotando con tal proceder la insuficiencia del recurso interpuesto. En síntesis, enarbola su discurso desconociendo la estructura jurídica del fallo, apartándose -de ese modo- de la idea rectora del mismo y de sus bases esenciales, parcializando con ello su ataque, el que por ende deviene ineficaz a los fines de rever la suerte de lo decidido (doct. art. 279, C.P.C.C.; conf. causas C. 107.458, resol. 2-IX-2009; C. 103.120, sent. 4-XI-2009; C. 101.596, resol. del 28-IV-2010), todo lo cual conlleva al rechazo de este aspecto del medio revisor bajo estudio, descartándose los quebrantamientos normativos esgrimidos (conf. art. 279, C.P.C.C.).

Resulta pertinente recordar que las meras discrepancias no sirven para alcanzar el fin perseguido en el recurso deducido, ni configura el vicio lógico que de lugar a la impugnación articulada, en tanto dicha situación acontece al mediar cabal demostración de su existencia (conf. C. 104.465, sent. del 25-XI-2009; C. 104.829, resol. del 12-V-2010), extremo no acreditado en la especie.

En concreto, el recurso -con su prédica- no logra revertir la afirmación del Tribunal (ratificatoria de la de primera instancia y sustentada en abundante prueba) en cuanto a la incapacidad de la progenitora de los niños para ejercer su rol materno.

Y ello es lo que, a la luz del "interés superior del niño" que surge de la Convención que rige esta temática, resulta dirimente para decidir el rechazo del recurso planteado (art. 3, Convención de los Derechos del Niño, 279, C.P.C.C. y art. 31 bis, ley 5827).

b] Además, debe señalarse que el mismo déficit posee la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley cuando -como en el caso- la apelante se ciñe a la mera invocación de infracción de normas constitucionales y/o tratados internacionales (fs. 361 vta.), sin demostrar de qué manera el pronunciamiento colisiona con las presuntas garantías y derechos que se dicen conculcados, tarea a cargo de la denunciante -en este caso incumplida- que no puede ser suplida por este Tribunal (conf. doct. C. 106.410, sent. del 9-IX-2009; C. 98.871, sent. del 30-III-2010; C. 109.074, resol. del 28-V-2010), lo que determina -sin más- la repulsa de este segmento de la crítica (conf. art. 279, C.P.C.C.).

3. Asimismo, atento a la situación de institucionalización excesivamente prolongada en la que se encuentran los niños J.E.G.S. y J.E.S. de la que da cuenta tanto la constancia de fs. 352/353 vta. como el informe de fs. 380/381 -los niños poseen a la fecha 8 y 6 años respectivamente y se hallan internados desde el 4 de noviembre de 2008, ver. fs. 352-, corresponde que se adopten con urgencia medidas tendientes a su superación.

POR ELLO, 1) encontrándose insuficientemente fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se lo desestima (arts. 31 bis, texto según ley 13.812 y 289, C.P.C.C.) y 2) se exhorta a los órganos intervinientes en estas actuaciones a que procedan a la adopción de las medidas pertinentes de protección de los derechos de los menores J. E. G. S. y J. E. S., en el plazo más breve

posible, a fin de proveer al debido resguardo de los mismos, debiéndose abordar y resolver en forma prioritaria, en base a las pericias pertinentes y con intervención del Ministerio Público, la petición efectuada en estos actuados por la abuela materna de los niños, señora M. I. F. (arts. 11 y 36.2, Const. pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3, 19, 39 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño), de lo que se deberá informar mediante oficio a esta Suprema Corte de Justicia.

Costas a la recurrente vencida (art. 68, cód. cit.).

Regístrese, notifíquese con carácter urgente y expresa habilitación de días y horas inhábiles y devuélvase (art. 153, C.P.C.C.).

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

CARLOS ENRIQUE CAMPS - Secretario

B) SUSTITUCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR

(Causa C. 117.646, resol. del 24-IV-2013)

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el presente caso, tras ser comprobada la excesiva institucionalización de cuatro hermanos de corta edad (situación que había tenido origen en una medida cautelar previa), se resolvió remitir la causa a la instancia de origen para que ésta se pronuncie sobre una posible sustitución de la medida (cambio de alojamiento de los menores en instituto para entregarlos en guarda cautelar a personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a Guardas con fines de adopción).

RESEÑA DEL CASO:

La Cámara de Apelación confirmó los pronunciamientos de la instancia de origen a través de los cuales se declaró el estado de abandono y adoptabilidad de cuatro hermanos y se desestimó un planteo de nulidad procesal formulado por los progenitores.

Contra dicho fallo, los apelantes dedujeron un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que fue concedido por la alzada.

Al arribar la causa a la Corte, esta advirtió que los niños se encontraban institucionalizados a partir de una medida cautelar dispuesta por el juzgado y que, en el expediente, obraba una solicitud del Servicio Zonal para que se adoptasen las medidas necesarias a los fines de brindarles un ámbito familiar alternativo para el resguardo de la integridad física y psíquica de los niños.

El Tribunal resolvió, entonces, remitir la causa a la instancia de origen a efectos de que se expidiera sobre la eventual procedencia de la sustitución de la medida cautelar adoptada.

CARÁTULA:

“C., G. E. Sobre protección contra la violencia familiar”

TEXTO IN EXTENSO:

/Plata, 24 de abril de 2013.

AUTOS Y VISTO:

Los señores jueces doctores Kogan y de Lázzari dijeron:

1. La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial -Sala I- del Departamento Judicial de La Plata, confirmó, de un lado, la sentencia de la instancia de origen que declarara el estado de abandono y adoptabilidad de C. de los Á., F.M., A. A. y C.S.C. (fs. 113/119 vta.) y, de otro, el pronunciamiento que desestimó la nulidad procesal planteada por los progenitores de los niños (fs. 169/170 vta.). Asimismo, revocó, por prematura, la resolución apelada en subsidio de fs. 177, segundo párrafo (fs. 216/228).

2. Frente a ello, los progenitores interponen recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 232/247), el que fue concedido (fs. 301).

3. De la compulsa de las actuaciones arribadas a esta sede, surge que los cuatro niños mencionados, todos de corta edad -entre 3 y 9 años-, se encuentran actualmente alojados en el "Pequeño Hogar A. F. y N." a partir de la guarda institucional dictada con carácter de cautelar por el juez de la instancia con fecha 7 de octubre de 2010, fundada en el serio peligro en que los mismos se encontraban a aquella época, pudiendo ser víctimas de maltrato físico y psicológico por parte de sus progenitores (fs. 13/14 vta.).

Surge, de tal modo, palmaria una hipótesis de excesiva institucionalización que es necesario revertir con la mayor urgencia posible dados los graves riesgos que ello implica para el desarrollo integral de los niños de autos en esta fase tan temprana de sus respectivas vidas. El cese de este estado viene requerido, asimismo, por el "Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" de la Municipalidad de San Vicente -de intervención en la causa- en la presentación de fs. 297/300 donde, luego de describirse el estado en el que se encontraban los menores

antes de la actuación de este cuerpo y de los nulos resultados de las estrategias de revinculación sana con sus progenitores, expresamente requieren a la judicatura que "se adopten las medidas necesarias y un ámbito familiar alternativo a fin de resguardar la integridad física y psíquica de los niños de la familia Á-C" (fs. 300).

4. Resulta, así, imperioso que -con la debida participación del Ministerio Público de Incapaces interviniente- se brinde respuesta al pedido que obra en fs. 297/300, resolviéndose en su caso la procedencia del reemplazo de la cautelar dispuesta -guarda institucional-.

El señor Juez doctor Soria dijo:

1. Los antecedentes de la causa han sido reseñados en los considerandos primero y segundo del voto que abre el presente Acuerdo, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

2. Ahora bien, teniendo en cuenta la guarda institucional de los menores involucrados en autos y visto lo requerido por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Municipalidad de Vicente López a fs. 297/300, corresponde disponer se extraigan copias de las piezas pertinentes para su urgente remisión a la instancia de origen a fin de que se expida sobre la eventual procedencia de la sustitución de la medida cautelar en cuestión.

El señor Juez doctor Hitters por los mismos fundamentos del doctor Soria vota en igual sentido.

POR ELLO, corresponde disponer se extraigan copias de las piezas pertinentes para su urgente remisión a la instancia de origen a fin de que se expida sobre la eventual procedencia de la sustitución de la medida cautelar en cuestión.

Regístrese, notifíquese a la señora Asesora de Incapaces interviniente, extráigase copia certificada de esta resolución y remítase la misma -junto con las copias pertinentes- mediante oficio al Juzgado de Familia N° 5 de La Plata.

Cumplido lo anterior, pasen los autos en vista a la Procuración General (art. 283, C.P.C.C.).

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

HILDA KOGAN

CARLOS ENRIQUE CAMPS – Secretario

C) EXHORTACIÓN A LOS ÓRGANOS INTERVINIENTES CON INDICACIÓN DE PAUTAS ESPECÍFICAS DADAS LAS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.

(C. 117.674, sent. del 16-VII-2014)

CUESTIÓN PLANTEADA:

La Suprema Corte confirmó el estado de abandono y adoptabilidad de tres hermanos y, en atención a la excesiva institucionalización a la que habían estado sometidos, así como a las experiencias negativas en anteriores intentos de vinculación, exhortó a los órganos intervinientes a que de manera urgente se abocasen a la tarea de seleccionar nuevos guardadores para los menores, dentro de aquellos inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción, teniendo en cuenta sus especiales necesidades y su centro de vida.

También se encomendó a la Secretaría de Niñez y Adolescencia, a través de los Servicios de Promoción y Protección, un acompañamiento y orientación durante la vinculación con los pretensos adoptantes y un seguimiento a cargo del equipo técnico del Juzgado interviniente.

RESEÑA DEL CASO:

La causa se inició el 21 de mayo de 2010 a partir de la intervención del Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de la localidad de Almirante Brown, el cual dio cuenta de la medida de abrigo adoptada respecto de F. L. B. F. a raíz de los malos tratos que le profería al niño su padre.

Dicha medida -guarda institucional- se llevó a cabo en el Hogar Bernardino Rivadavia de la ciudad de La Plata.

El 17 de agosto del mismo año se iniciaron los autos "N. N. o F., D. s/abrigo" y "C., C. s/abrigo", en relación a otros dos hijos de la señora F., como consecuencia de un incendio producido en su domicilio, en el cual perdiera la vida su hija M. de tres meses de edad.

El 22 de octubre de 2012 el Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora declaró el estado de abandono y adoptabilidad de D., C. y F. Tuvo en cuenta para ello las pericias realizadas y los informes del Hogar Bernardino Rivadavia, los cuales concluyeron en la existencia de una actitud abandonica que la progenitora había sostenido a lo largo del tiempo respecto a sus hijos y que tuvo como consecuencia trágicos desenlaces.

Frente a ello la progenitora interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, llegando el caso a conocimiento de esta Corte.

El Tribunal, luego de ordenar la realización de nuevas pericias y tomar contacto personal con los niños, confirmó el estado de abandono y emitió pautas expresas de actuación dirigidas a los órganos intervinientes, encaminadas al cese definitivo de la institucionalización de los mismos.

CARÁTULA:

"F., F. L. B. Abrigo".

PASAJES DESTACADOS:

- Analizando la forma en que se han desarrollado las medidas de abrigo adoptadas y teniendo en cuenta la excesiva institucionalización a la que se ha sometido a los niños de autos así como a las experiencias negativas respecto de los anteriores intentos de vinculación con adultos que puedan ejercer su guarda, es que corresponde disponer -en el marco de las actividades a las que se ha comprometido el Estado argentino a partir de la suscripción de instrumentos internacionales que aluden a la adecuada protección de la niñez- medidas concretas a cumplirse en la instancia de grado, a través de un programa de acompañamiento a familias en período de guarda con fines adoptivos, tal como reza el art. 18.2 de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 23, Const. nac.). (Del voto del Juez de Lázzari).
- Se encomienda al Juzgado de Familia que interviene en los presentes obrados - actuando en forma conjunta con el Ministerio Público pupilar- que una vez recibida la comunicación de lo resuelto en la presente causa, de manera urgente se aboque a la tarea de seleccionar, dentro de aquellos inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a guardas con fines de Adopción, nuevos guardadores teniendo en cuenta las especiales necesidades de los tres menores así como su centro de vida - la ciudad de La Plata-. Asimismo, a fin de alcanzar la efectividad de los derechos de los niños, se encomienda a la Secretaría de Niñez y Adolescencia, a través de los Servicios de Promoción y Protección, un acompañamiento y orientación en la vinculación con los pretensos adoptantes (art. 29 ley 14.528 y decreto 295/2014), junto a un proceso de seguimiento evolutivo realizado por el equipo técnico del Juzgado ahora interviniente. (Del voto del Juez de Lázzari).

- Vistas las manifestaciones vertidas por la Titular del Área de situaciones de vulnerabilidad de Niños, Niñas y Adolescentes de la Unidad de Defensa Civiles de Lomas de Zamora en torno a que no se han implementado los programas adecuados de acción estatal previstos en el art. 35 de la ley 13.298, la opinión de los peritos trabajadores sociales sobre las dificultades existentes en los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y que muchos de estos dispositivos no han sido conformados hasta el momento y desde la vigencia de la ley de la infancia en su integralidad con los recursos humanos y materiales mínimos indispensables para poder encarar este tipo de intervenciones, sería indispensable poner en conocimiento de estas falencias a la Secretaría de Niñez y Adolescencia por vía de Superintendencia (ver voto del doctor Soria en la sentencia Ac. 98.260 del 12-VI-2006; conf. actuaciones administrativas labradas por este Tribunal en el ámbito de Superintendencia 8721/12- Resolución Pte. SSJ 1363/12 y 8413/12 Res. Pte. SSJ 1262/12). (Del voto del Juez de Lázzari).
- Entendemos que la paternidad no constituye una omnipotestad biológica que confiere impunidad para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor, y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003). (Del voto del Juez Pettigiani).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 16 de julio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de

Lázzari, Pettigiani, Kogan, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.674, "F. , F. L.B. . Abrigo".

ANTECEDENTES

El Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora decretó el estado de abandono y adoptabilidad de los niños F. L. B.F. , C. C. y D. M. N. F. (fs. 300/308).

Se interpuso, por la progenitora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 343/360).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. La presente causa se inició el 21 de mayo de 2010 con motivo de la intervención del Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de la localidad de Almirante Brown, el cual dio cuenta de la medida de abrigo adoptada respecto de F. L. B. F. a raíz de los malos tratos que le profería al niño su padre. La denunciante (tía del menor) manifestó, en esa oportunidad, que la madre le había entregado a F. a su progenitor a días de haber nacido y que no la habían vuelto a ver.

La medida de abrigo -guarda institucional- se llevó a cabo en el Hogar Bernardino Rivadavia de la ciudad de La Plata.

El mismo Servicio informó que, habiendo mantenido una entrevista con la progenitora del niño -señora Y. F. -, ésta manifestó desconocer la situación de F. y creía que aún se encontraba con su padre, del que contaba con escasos datos (fs. 43/44).

El 17 de agosto del mismo año se inician los autos "N. N. o F. , D. s/abrigo" y "C. , C. s/abrigo" (los que se encuentran acumulados a la presente causa), también hijos de la señora F. , como consecuencia de un incendio producido en su domicilio en el cual perdiera la vida su hija M. de tres meses de edad.

D. y C. también son derivados al Hogar Bernandino Rivadavia.

II. A los fines de reconstruir la historia de este grupo familiar, en cuyo seno se suscitaran los lamentables episodios aludidos, resultan útiles los reportes efectuados por los peritos médico psiquiatra, psicóloga y asistente social a fs. 108/110, 111/113 y 118/120.

De entrevistas mantenidas con la aludida progenitora -aquí recurrente-, surge que la misma abandonó la escolaridad en 4to. grado cuando comenzó una relación amorosa con el señor B. , con quien tuvo 2 hijos: G. V. F. (nacida en el año 2002 y fallecida el 11 de julio de 2003 por muerte súbita) y D. M. N. F. (nacido en el 2004, actualmente en el Hogar Bernardino Rivadavia).

A los tres meses del nacimiento de D., inició una relación con el señor C., con el cual tuvo dos niños: E. M. C. (fallecido como consecuencia de una sucesión de paros respiratorios) y C. C. (alojado en el mencionado Hogar Rivadavia).

Posteriormente, mantuvo una relación con el señor D.P., con quien tuvo un hijo, F. L. B. F. (quien también reside en el mentado Hogar Rivadavia de La Plata). Aclara "que dejó de ver al niño cuando tenía 5 meses, luego se lo trajeron a los 11 meses de vida la madre de D. P. contestándole la dicente que lo tuviera un poquito más porque en ese momento ella no podía, se encontraba embarazada de 8 meses y medio con alto riesgo...".

Luego inició una relación (la cual mantiene hasta la actualidad) con el señor W.P., con quien tuvo una niña -M. P. - fallecida a los tres meses de vida en el trágico incendio mencionado más arriba.

Sobre el episodio, la señora F. manifiesta que "el día 16 de julio de 2010 siendo las 9 hs. aprox. el nene mas grande (D.) prende un papel en una garrafa con pantalla que permanecía encendida (mientras la causante se encontraba en el baño de la casa de su padre a metros de la vivienda) apoyándolo sobre el colchón que se incendia rápidamente, falleciendo M. , los otros menores lograron salir y avisar a su madre del accidente".

Es en ese contexto donde la señora F. habría expresado al Servicio Zonal su deseo de entregar a su hijo F. en adopción, presentándose luego el 23 de noviembre de 2010 ante la Asesora ratificando lo señalado (fs. 84). El 29 de marzo de 2011, sin embargo, con patrocinio letrado revoca sus dichos, solicitando retomar la custodia de sus tres hijos.

El 20 de diciembre de 2011 se dispuso la legalidad de las medidas de abrigo adoptadas - reseñadas en el pto. I-, la guarda institucional de los niños y el rechazo al reintegro solicitado por la señora F. (fs. 176/184). Contra ello fueron planteados recursos de reposición y reconsideración, los que fueron desestimados (fs. 193/196).

III. Finalmente, el 22 de octubre de 2012 el Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora declaró el estado de abandono y adoptabilidad de D., C. y F.. Tuvo en cuenta para ello la pericia de fs. 108/109, el informe del Hogar Bernardino Rivadavia de fs. 172/174 que da cuenta de que la visitas de la señora F. a sus hijos fueron escasas y breves, los informes de fs. 242/245 y 286/289 los cuales concluyeron en la actitud abandonica que la progenitora ha sostenido a lo largo del tiempo respecto de sus hijos y que tuvo como consecuencia desenlaces trágicos (fs. 300/307).

IV. Frente a ello, Y. F. interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, con el patrocinio letrado del titular del Área de Situaciones de Vulnerabilidad de Niños, Niñas y Adolescentes de las Unidades de Defensa Civiles de Lomas de Zamora, en cuyo marco denuncia la infracción de los arts. 3, 7, 8, 9, 10 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 14 bis, 16, 19, 33, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; la ley nacional 26.061; las leyes provinciales 13.298 y 13.634; la resolución 171 del Ministerio de Desarrollo de la Provincia y, en particular, el derecho del menor a ser oído y expresar su opinión reconocidos en los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, alega absurdo y violación de doctrina legal (fs. 343/360).

Aduce que la sentencia contradice el verdadero interés superior del menor y descarta los avances que ha tenido con la intención de brindarles a sus hijos una mejor calidad de vida, de los que dan cuenta diferentes informes que enumera.

Considera que la sentencia recurrida ha sido dictada en forma prematura, en virtud de la falta de contención recibida y de los obstáculos que se le han presentado para llevar adelante la revinculación con los niños (por ejemplo, la distancia existente entre su domicilio -ubicado en la localidad de Ezeiza- y el lugar donde se hallan internados sus hijos -La Plata-).

Sostiene que el Tribunal ha aplicado erróneamente el principio rector del superior interés del niño al omitir considerar las circunstancias actuales suyas y de sus hijos, ya que -entiende- el deseo de ellos es regresar junto a su madre.

También denuncia que el a quo ha trasgredido las normas del sistema legal de protección de menores con la consiguiente vulneración de los derechos de los niños, en particular la afectación de su derecho a vivir y desarrollarse en su ámbito familiar. En ese sentido, afirma que no se han implementado los programas adecuados de acción estatal previstos en la ley 13.298 y sus modificatorias en pos de la efectiva preservación y fortalecimiento familiar. Solamente se le indicó que realizara tratamiento psicológico el que cumplimentó -dice- con excelentes resultados.

Finalmente, alega que se ha vulnerado el derecho de sus hijos a ser oídos ya que no se los citó a ninguna audiencia en el marco del art. 12 de la Convención de los Derechos de Niño. Manifiesta que "[l]os niños, querían ser escuchados, imploran desde el hogar regresar conmigo, pero no se les ha permitido expresar sus deseos ante el Tribunal, aspecto a destacar toda vez que ha influido notoriamente en su decisión, pues considera abandonado a los menores sin ni siquiera escucharlos en sus intenciones." (fs. 359 y vta.).

V. El recurso no prospera.

a) Liminarmente, cabe observar que es requisito de ineludible cumplimiento para los recurrentes la réplica directa y eficaz de los fundamentos del fallo y en autos tal requisito no ha sido cumplimentado.

En este orden de ideas, esta Suprema Corte ha dicho que determinar si ha existido abandono del menor constituye una cuestión de hecho inabordable -en principio- en esta instancia (conf. C. 112.488, sent. del 28-III-2012, entre otras) salvo absurdo. En los presentes actuados y a pesar del esfuerzo argumentativo desplegado por el señor Defensor Oficial, la impugnante no ha acreditado tal vicio lógico en la valoración de las probanzas (art. 384, C.P.C.C.).

Así, el fallo impugnado, luego de efectuar una detenida reseña de los antecedentes fácticos que rodearon la problemática familiar en abordaje, ponderando la prueba producida en autos -puntualmente, los informes elaborados tanto por el Servicio Zonal interviniente como por el equipo técnico del Hogar Bernardino Rivadavia, las audiencias celebradas con la progenitora, los informes de las peritos psicólogas y de la asistente social y teniendo en cuenta el dictamen del Ministerio Pupilar- tuvo por acreditada la existencia de una situación de desamparo evidente y manifiesto.

Al respecto, el Tribunal destacó las conclusiones a las que arribaron las peritos psicólogas y asistente social en el informe elaborado con motivo de resolver la presentación efectuada por la señora F., mediante la que reiteró su petición de recuperar la custodia de sus tres hijos. Allí, las profesionales evaluaron que la progenitora no presentaba cambios en cuanto a su posicionamiento materno-filial.

Tuvo en cuenta también el informe confeccionado por el Hogar Bernardino Rivadavia con motivo de las vistas efectuadas por la recurrente, en el que se observó indiferencia de la madre hacia los niños.

Resaltó, asimismo, el contenido del dictamen psicológico acompañado por la Asesora interviniente que dio cuenta de "... una conducta abandonica respecto de sus hijos..." y el informe socio-ambiental elaborado por la asistente social quien concluyó que "... actualmente, aun compartiendo el terreno de la vivienda con su progenitor con quien ha pasado la mayor parte de su vida, no cuenta [con] apoyo y contención necesaria para ella y sus hijos...".

Sobre tal base y, considerando que el interés superior de los niños requería no demorar más tiempo la resolución del caso, declaró a los niños en estado de abandono y consecuente situación de adoptabilidad.

Tales fundamentos no han sido idóneamente cuestionados por la quejosa (art. 279, C.P.C.C.).

En efecto, una atenta lectura del escrito recursivo permite advertir que la recurrente se desentende de los motivos dados por el a quo exteriorizando, bajo la denuncia de absurdo, sus propios razonamientos sobre el material probatorio obrante en autos, haciendo hincapié en su historia de vida, su situación personal y en los avances que ha ido logrando a lo largo del proceso, pero sin atacar - concretamente- los fundamentos que dan sustento al fallo.

Esto es, no demuestra acabadamente -y con prueba bastante- un cambio en la situación tenida en cuenta por el Tribunal en lo que hace a su aptitud para abordar el maternaje de sus tres hijos y la falta de apoyo de su entorno familiar, atendiendo primordialmente al superior interés de éstos. No acredita, en suma, que hoy se encuentre en una situación sustancialmente diversa de la que tuvo por configurada la sentencia que se controvierte (art. 279, C.P.C.C.).

En suma, las impugnaciones -con su prédica- no logran revertir la afirmación del Tribunal de Familia (sustentada en abundante prueba) en cuanto a la incapacidad de la progenitora para ejercer su rol materno.

b) Respecto a la denuncia realizada por la quejosa en cuanto a que sus hijos no fueron citados por el Tribunal de Familia en el marco del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, vale aclarar que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta ya no se discute. Este Tribunal se ha pronunciado en innumerables casos en este sentido y desde la práctica hace ya varios años que los menores son escuchados. Es más, se ha afirmado que no oírlos afecta la validez de las decisiones que se tomen a su respecto (conf. C. 78.728, sent. del 2-V-2002, entre otras).

Sin embargo, dicha omisión -por sí sola- no puede ser causal de nulidad del fallo en crisis. Ello, en el caso, atentaría contra la necesaria celeridad con la que deben abordarse en Justicia este tipo de trámites configurando una respuesta por demás ritualista ya que, en definitiva, la mentada escucha de los menores se ha concretado en la audiencia realizada por esta Corte con fecha 30 de abril de 2014 (fs. 482) a la que concurrieron los tres niños y tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho frente a este Tribunal -encargado de revisar la decisión que agravia a la recurrente- en presencia de la Asesora de

Incapaces y de un psicólogo designado al efecto, con lo cual considero que en el presente trámite el alegado recaudo se encuentra debidamente abastecido.

c) Más allá de las circunstancias señaladas, suficientes para desestimar el recurso traído, dada la índole de la cuestión debatida -el futuro de tres hermanos de escasa edad- quiero remarcar que la decisión que contiene la sentencia impugnada se ajusta a derecho.

Evalúo fundamentalmente para arribar a dicha convicción las conclusiones que arrojan las pericias realizadas a la señora F. por los profesionales pertenecientes a la Asesoría Pericial de La Plata, especialmente encomendadas por esta Suprema Corte, las cuales son coincidentes -cada una desde su específica óptica- en la incapacidad de la progenitora para ejercer la crianza de D., C. y F..

Del informe socio-ambiental se desprende que: "La organización doméstica de la familia F. -P. se apuntala prioritariamente en este último, quien sostiene con su regulación general la cotidianeidad del grupo. Esta organización doméstica se vería indefectiblemente modificada con la incorporación inmediata de los niños D., C. y F. (por la suma de responsabilidades para la Sra. F. , quien permanece la mayor parte del día sin su pareja en la vivienda..." (fs. 516 vta.).

Así, es categórica la pericia cuando concluye en que "No se considera que estén garantizadas las condiciones para que los niños retornen al hogar familiar en el momento actual" (fs. cit.).

Del dictamen suscripto por las psicólogas vale resaltar los siguientes pasajes: "La Sra. F. Y. , es extremadamente vulnerable, susceptible de desorganización frente a cualquier situación de tensión que presente en su vida cotidiana. Su capacidad de control se encuentra limitada, con potenciales problemas de adaptación, con poca capacidad para hacer frente a eventuales complejizaciones de la realidad, al no poseer recursos psicoafectivos, organizados y accesibles." (fs. 500 vta.) y que "... si bien dice querer cumplir con su función materna 'como toda madre' (SIC) ello no significa que lo pueda realizar con eficacia" (fs. 501).

En ese sentido, señalan que la progenitora con respecto a los tres niños institucionalizados: "los desconoce en sus individualidades e indiscrimina sus necesidades", "En consideración a las conclusiones generales a las que se arriba, la Sra. F. Y. no está en condiciones de hacerse cargo de su maternaje" (fs. cit.). A lo que agregan, "por lo expuesto entonces las condiciones que se dan para J. -el último hijo a su cargo junto con el Sr. P. - en tanto éste tiene un espacio de deseo y alojamiento subjetivo en la pareja, no son las mismas que para los otros niños" (el destacado me pertenece; fs. 501 vta.).

Finalmente, en la experticia realizada por los peritos médicos psiquiatras se concluyó que: "La exploración, registro y evaluación de la fenomenología clínica, tal como la hemos expuesto y descripto en el correspondiente análisis de la organización psíquica actual, arroja que la causante presenta un cuadro compatible con un Retraso Mental Leve asociado a personalidad con rasgos psicóticos (Arborización del pensamiento, desorganización discursiva y temporal, pobreza e inconsistencia ideativa, vacuidad, conductas inestables y erráticas e indiferencia afectiva)" (fs. 505), "De su relato se evidencia despreocupación, irresponsabilidad, indiferencia (...) su discurso es contradictorio, confuso, inconsistente sin repercusión afectiva. Su expresión durante las entrevistas no denota angustia y no se

evidencia en su discurso implicancia subjetiva alguna en relación a los menores institucionalizados ni con los fallecidos" (fs. 506).

Son contundentes cuando afirman, en el final de su dictamen, que: "Estos peritos consideran que no está capacitada para ejercer por sí sola el rol materno" (fs. 506 vta.). Y en cuanto al señor P. comunican el temor confesado si regresaran los niños a su hogar pues por razones laborales no podría brindarle ayuda a su mujer (fs. 509).

Por lo tanto, la esfera íntegra de los derechos de los niños se vería afectada de ordenarse la reunificación con la madre de sangre porque supondría en la vida de los niños -con proyección al futuro- el no reconocimiento pleno en la integración al grupo familiar formado por la señora F. , el señor P. y el hijo de ambos.

Ante tal cuadro, estimo que la solución que propongo es -a todas luces- la que más se adecua al interés superior de la niños, pauta que guía toda decisión que sobre ellos se tome y que ha sido definida 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. C. 102.719, sent. del 30-III-2010, entre otras).

Se ha dicho también que en aras de ese interés superior y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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 (arts. 3 de la Convención y 75 inc. 22, Const. nac.).

Es entonces, desde esta especial plataforma axiológica y normativa y ponderando a la luz de la sana crítica los informes actualizados respecto de la situación psicológica, psiquiátrica y socio ambiental de la recurrente -elaborados por expertos pertenecientes a este Poder Judicial y de cuyas conclusiones no encuentro argumento para apartarme- que considero a la decisión aquí recurrida ajustada a derecho y, en particular, respetuosa del superior interés de los tres niños involucrados.

d) Ahora bien, analizando la forma en que se han desarrollado las medidas de abrigo adoptadas y teniendo en cuenta la excesiva institucionalización a la que se ha sometido a los niños de autos así como a las experiencias negativas respecto de los anteriores intentos de vinculación con adultos que puedan ejercer su guarda, es que corresponde disponer -en el marco de las actividades a las que se ha comprometido el Estado argentino a partir de la suscripción de instrumentos internacionales que aluden a la adecuada protección de la niñez- medidas concretas a cumplirse en la instancia de grado, a través de un programa de acompañamiento a familias en período de guarda con fines adoptivos, tal como reza el art. 18.2 de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 23, Const. nac.; ver Cecilia Grosman, "Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad", LL 999-F-1054).

Por ello, en el marco del incidente abierto (ver fs. 384/385, especialmente el considerando V y el pto. 3°) a partir de lo solicitado por la Asesoría de Incapaces en fs. 250 vta. (respecto del menor F.) y reiterado en fs. 382 (ahora por los tres niños), se encomienda al Juzgado de Familia que interviene en los presentes obrados -actuando en forma conjunta con el Ministerio Público pupilar- que una vez recibida la comunicación de lo resuelto en la presente causa, de manera urgente se aboque a la tarea de seleccionar, dentro de aquellos inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a guardas con fines de Adopción, nuevos guardadores teniendo en cuenta las especiales necesidades de los tres menores así como su centro de vida -la ciudad de La Plata-. Asimismo, a fin de alcanzar la efectividad de los derechos de los niños, se encomienda a la Secretaría de Niñez y Adolescencia, a través de los Servicios de Promoción y Protección, un acompañamiento y orientación en la vinculación con los pretensos adoptantes (art. 29 ley 14.528 y decreto 295/2014), junto a un proceso de seguimiento evolutivo realizado por el equipo técnico del Juzgado ahora interviniente.

A los fines señalados (adecuada selección de guardadores e inicio de la vinculación) se habrán de habilitar días y horas inhábiles, lo que incluye las ferias judiciales.

VI. Por último, vistas las manifestaciones vertidas por la Titular del Área de situaciones de vulnerabilidad de Niños, Niñas y Adolescentes de la Unidad de Defensa Civiles de Lomas de Zamora en torno a que no se han implementado los programas adecuados de acción estatal previstos en el art. 35 de la ley 13.298, la opinión de los peritos trabajadores sociales -v. fs. 517- sobre las dificultades existentes en los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y que muchos de estos dispositivos no han sido conformados hasta el momento y desde la vigencia de la ley de la infancia en su integralidad con los recursos humanos y materiales mínimos indispensables para poder encarar este tipo de intervenciones, sería indispensable poner en conocimiento de estas falencias a la Secretaría de Niñez y Adolescencia por vía de Superintendencia (ver voto del doctor Soria en la sentencia Ac. 98.260 del 12-VI-2006; conf. actuaciones administrativas labradas por este Tribunal en el ámbito de Superintendencia 8721/12- Resolución Pte. SSJ 1363/12 y 8413/12 Res. Pte. SSJ 1262/12).

VII. En consecuencia, oído el señor Subprocurador General, no habiéndose acreditado las infracciones legales denunciadas -art. 279, C.P.C.C.- y abasteciendo la solución que se confirma el mentado "interés superior del niño", propongo que se rechace el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

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

I. Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor de Lázzari.

1. Potencia la solución propuesta el hecho que la misma concilia acabadamente el interés de los menores involucrados en el presente proceso.

"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).

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).

Por ello, 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 los mayores y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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).

Entendemos que la paternidad no constituye una omnipotestad biológica que confiere impunidad para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor, y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Es que, al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de su identidad y de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean objeto -como ocurre en el caso- de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19, Convención sobre los Derechos del Niño).

De estos actuados -tal como bien lo ha descripto el estimado colega que me precede en el orden de votación- se puede percibir que no han sido superadas las circunstancias personales de la progenitora de los niños que llevaron a la constatación del abandono material y moral de éstos, y a la consecuente declaración de su situación de adoptabilidad, luego del fracaso de las acciones tendientes a provocar su revinculación con su familia de origen (v. informes técnicos de fs. 497/501; 502/9; 510/7),

sin que existan por ende, nuevos elementos que permitan mejorar su situación, conforme a los derechos constitucionales involucrados y circunstancias del presente caso (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 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, 850, C.P.C.C.).

2. Por lo demás, al decidir respecto del estado de abandono de los menores y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de aquéllos, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en cuestión (conf. análog. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).

Habiendo asistido a la audiencia 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. 482), lo que me permitió conocerlos en su realidad actual 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 conchs., Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22, Constitución nacional).

3. Comparto asimismo las medidas que propone el doctor de Lázzari en los Puntos V.d. y VI de su voto. Sólo me permito observar, habida cuenta de las negativas experiencias en anteriores intentos de guarda con fines adoptivos (fs. 440/1), que sería también necesario -atento a la urgencia del caso- que sean arbitrados los mecanismos de evaluación adecuados para que la selección de los próximos guardadores de los niños, en tanto sea mantenida la intención de otorgarlos en guarda preadoptiva en forma conjunta, recaiga en aspirantes que sean especialmente aptos o idóneos para llevar adelante semejante adopción plural considerando las particulares circunstancias personales de los niños, debiéndose en todo caso explorar la posibilidad y ventajas o desventajas de que -en este caso- sea dispuesta su adopción en forma individual o parcialmente separada, sin perjuicio del eventual mantenimiento del vínculo fraternal que existe entre los niños (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs. Constitución nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y conchs. Constitución provincial; 311, 313, 317, 321 y conchs., Cód. Civil).

II. Por ello, y adhesión formulada, voto por la negativa.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. Concuero con la solución a la que arriba el colega que me precede en el orden de votación, no obstante es preciso poner de resalto por la trascendencia que tiene para resolver la presente causa -y que considero diferenciable en el caso- que nos encontramos propiciando una adopción plural que, en la práctica, puede tornarse -según los frustrados intentos que se informan a fs. 440/1- de cumplimiento imposible.

Es sabido que la atención primordial al "interés superior del niño" a la que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección.

Este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones de los menores involucrados y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para ellos (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; C. 100.587, sent. del 4-II-2009).

Al decidir, no puedo dejar de ponderar el contacto que tuve con los niños en la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal, con la asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (fs. 482), lo que me permitió conocerlos y llegar a la convicción de cuál es la solución más funcional, que mejor proteja el interés superior de estos tres niños.

No desconozco que el mantenimiento de la convivencia de los hermanos hace al interés de los menores, ya que les permite conservar el vínculo familiar natural pero el caso en análisis presenta particularidades -prolongada institucionalización, frustrados intentos de adopción conjunta y especiales circunstancias por las que han atravesado los menores- que me llevan a considerar que debe disponerse de la manera más rápida posible su destino, aunque sea en forma separada (doct. art. 313, C. Civil).

A la luz del principio rector del interés de los menores, me lleva a propiciar que si los mecanismos de evaluación para la selección de los guardadores no permiten una adopción plural en forma inmediata, deberá disponerse su adopción en forma individual o separada en forma urgente, ello con la finalidad de no prolongar la institucionalización siempre y cuando se cuide de resguardar el centro de vida de los menores (conf. art. 3, ley 26.061).

2. Prestando mi adhesión al sufragio del colega preopinante, con el alcance señalado, voto por la negativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó la cuestión planteada también por la negativa.

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 lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto; con costas (art. 289, C.P.C.C.).

Asimismo, se deberá poner en conocimiento -de manera inmediata- del Juzgado de Familia interviniente lo resuelto en la presente a los fines contemplados en el pto. V.d. del voto que abre el acuerdo y, del mismo modo, a la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales de este Tribunal a los fines de que practique la comunicación dispuesta en el pto. V. del referido sufragio.

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS - Secretario

IV. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ABRIGO ADOPTADAS POR LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

(Causa C. 116.753, resol. del 6-VI-2012).

CUESTIÓN PLANTEADA:

Se expone aquí un caso en el cual la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en torno al debido control de legalidad de las medidas de abrigo, declarando –más allá de la respuesta brindada al recurso extraordinario- que toda medida de protección que se adopte en el marco del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que implique su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud debe ser enmarcada en los términos del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298 y sometida -por consiguiente- al debido control judicial sobre su legalidad, sea que se adopte con o sin la anuencia de los progenitores del menor involucrado.

RESEÑA DEL CASO:

La Asesora de Incapaces había solicitado la legalización de una medida de abrigo adoptada por el Servicio Local consistente en el alojamiento de dos hermanas menores de edad en un hogar.

El juez de trámite rechazó *in limine* el pedido y el tribunal en pleno –por mayoría- confirmó el rechazo. El órgano colegiado fundó dicha decisión en que la medida adoptada excedía el marco del art. 35 inc. h de la ley 13.298 pues, en el caso, era la propia progenitora de las niñas quien había requerido la institucionalización de sus hijas.

Contra ese fallo la representante del Ministerio Público interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Corte desestimó el medio de impugnación deducido con sustento en que, en los precisos términos en que la funcionaria lo había planteado, había perdido virtualidad su tratamiento, pues la medida cuya legalización se reclamaba había superado el término máximo de duración previsto por la citada ley para las medidas de abrigo.

No obstante ello, en el mismo fallo destacó la necesidad de que todas las medidas de protección que se adoptaran en el marco del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que implicasen su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud adoptadas por los Organismos Administrativos, fueran sometidas al control judicial sobre su legalidad, más allá de la denominación que se les haya dado y aún habiendo mediado el consentimiento de los progenitores.

CARÁTULA:

“S., A. R. y otro. Abrigo”

PASAJES DESTACADOS:

- En aquellos casos en que deba tomarse una medida tan excepcional como es el "abrigo", que afecta temporalmente sustanciales derechos del menor -como son su libertad y vivir junto a sus padres en el ámbito familiar de origen-, el consecuente control judicial sobre su legalidad debe pensarse en exclusivo beneficio e interés de éste, de modo tal que la autoridad judicial intervenga a los fines de convalidar y así reforzar la inicial percepción del organismo administrativo en cada caso sobre su necesidad, recaudos, condiciones, modalidad, duración y razonabilidad en atención a las políticas públicas que conjuntamente fueran a implementarse a los fines de superar la grave situación de afección de derechos en que pudiera encontrarse el niño, niña o adolescente involucrado. La centralización del menor como sujeto preferencial de atención y tutela por parte del sistema de promoción y protección integral de sus derechos lleva necesariamente a convalidar una reforzada intervención estatal, a través de la participación del órgano judicial, frente a la

verificación de situaciones extremas en las que las políticas públicas que se dispongan a los fines de su superación puedan importar colocar al menor en una inicial -aunque temporaria- situación de mayor desamparo. Razón por la cual, cualquier consenso que pudieren manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada tal delicada medida en sede administrativa carece de toda entidad para enervar el posterior control judicial sobre su legalidad, en tanto no resulta viable colocar fuera del mismo tales situaciones de mayúscula desprotección.

- Es que la sola intervención de la autoridad administrativa especializada para resolver tales cuestiones vinculadas al alojamiento de menores en ámbitos alternativos, aún dispuesta en forma consensuada con los progenitores de éstos, se muestra como insuficiente garantía a la luz de las exigencias de revisión contenidas en los documentos internacionales en relación con los superiores intereses en juego (conf. art. 9 y conc., CDN).
- Toda medida de protección que se adopte en el marco del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que implique su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud debe ser adoptada en los términos del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298 y sometida -por consiguiente- al debido control judicial sobre su legalidad, sea que se adopte con o sin la anuencia de los progenitores del menor involucrado.

TEXTO IN EXTENSO:

//Plata, 6 de junio de 2012.

AUTOS Y VISTO:

Los señores jueces doctores Negri, Kogan e Hitters dijeron:

1. El Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de San Martín rechazó -por mayoría- el recurso de reconsideración interpuesto por la señora Asesora de Incapaces contra la resolución del Juez de trámite que, a su turno, rechazara in limine la solicitud de legalización de la medida de abrigo adoptada por el Servicio Zonal de Protección de Derechos, respecto de las niñas A.R. y N.C.S. (fs. 16/18 y 31/34 vta.).

2. Contra tal pronunciamiento la representante del Ministerio Pupilar interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual denuncia la errónea aplicación del art. 35 inc. h de la ley 13.298 y su decreto reglamentario n° 300 así como la vulneración de derechos y garantías constitucionales consagrados en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 10, 11, 15, 25 y 36

inc. 2 de su par provincial; 19, 24 y 25 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; art. 2 inc. 2, 3, 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Económicos, sociales y culturales; 14, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles; I, II, VI, XVIII, XXV y XXX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 3, 6, 8 y 10 de la Declaración de Derechos Humanos (fs. 38/42).

3. El recurso -en los precisos términos en que ha sido planteado- no prospera (art. 31 bis, ley 5827).

a. La Cámara -por mayoría- fundó su rechazo del pedido de legalización del abrigo adoptado en que el mismo no constituiría la figura prevista en el art. 35 inc. h de la ley 13.298, sino una medida tomada en el marco legítimo de la patria potestad (art. 264, C.C.) atento a la actitud manifiesta de la progenitora -quien acudió al Servicio de Protección de Derechos a los efectos de que se institucionalizara a sus hijas- que "hace suponer en forma clara que prestó conformidad para ello", por lo que la problemática resulta ajena a esa hipótesis (fs. 32 vta./33)

b. Frente a ello se alza la señora Asesora de Incapaces, efectuando las denuncias reseñadas supra, insistiendo en el encuadre original dado a la medida adoptada (abrigo) y requiriendo concretamente (ver pto. 4 del petitorio del recurso extraordinario, fs. 42) su legalización por el Tribunal de Familia.

c. De las constancias obrantes en la causa, surge que la institucionalización en el hogar "San José" de la localidad de San Miguel de la menores N. y A. se habría producido el día 27 de octubre de 2011 (ver constancias de fs. 5, 7, 14 vta., 19 del presente y 206/207 del legajo complementario agregado por cuerda) y continúa en la actualidad (ver fs. 66).

De tal modo, habiendo la medida de marras superado holgadamente el término de dos meses que como máximo prevé el ordenamiento legal aplicable para el abrigo (art. 35.3 del decreto provincial 300, reglamentario de la ley 13.298), figura cuya legalización concreta reclama la recurrente, lo solicitado ha perdido virtualidad desapareciendo el específico agravio que porta el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado.

Así, al carecer el mismo de un recaudo esencial, corresponde su rechazo (art. 31 bis cit.).

4. Ahora bien, surge de la compulsa de estas actuaciones -como quedó dicho- una situación de internación de dos menores de edad dispuesta por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la Municipalidad de San Miguel que hasta la fecha no cuenta con control judicial alguno.

Sin entrar en esta ocasión en la cuestión relativa al nombre de la medida adoptada, lo cierto es que la misma ha consistido -y consiste- en un supuesto de "permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud" de dos niñas que se ha prolongado por más de cinco meses a esta fecha sin que se haya producido a su respecto el debido contralor jurisdiccional que establezca su necesidad, verifique si las medidas que se han venido desarrollando son las pertinentes, adecuadas y suficientes y fije, en consecuencia, un plazo.

Más allá de que este período de institucionalización diera inicio el día en que la progenitora se presenta con las menores requiriéndolo y con motivo de ese pedido, lo cierto es que existe una decisión

adoptada por uno de los órganos que actúan dentro del sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños instaurado por la ley 13.298 a partir de la vulneración concreta y durante largo tiempo de los derechos de A. y N. (véase, entre otras, las constancias de fs. 1/8).

Frente a la determinación adoptada por el Servicio Local en el marco de la ley 13.298, resulta de incuestionable aplicación la regla general de su art. 33 (texto según ley 13.634) donde se establece que "las medidas de protección de derechos son limitadas en el tiempo, se mantienen mientras persistan las causas que dieron origen a la amenaza o violación de derechos o garantías, y deben ser revisadas periódicamente de acuerdo a su naturaleza".

A ello debe agregarse que esa norma, respecto de una medida que posee el mismo alcance fáctico en los hechos y los mismos efectos concretos en la vida de las niñas que la adoptada (el abrigo), establece en el referido art. 35 h, que se trata de un resguardo "excepcional y provisional" encomendando expresamente el contralor judicial.

5. Por último, también se desprende de la compulsa de los actuados que la progenitora de las niñas, señora Delia Springer, podría padecer de una afectación de su salud mental (ver, entre otras, constancia de fs. 21) lo que justifica la necesidad de darle intervención al Ministerio Público -si no se lo ha hecho hasta ahora- a fin de que evalúe la necesidad de requerir que se adopten a su respecto adecuadas medidas de protección (conf. ley 26.657.)

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

I. Coincido con los colegas preopinantes en que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, tal como ha sido planteado, ha perdido actualidad tornándose abstracto el agravio expresado en el mismo, desde que abrigo o no, la medida de protección de los derechos de las menores involucradas en la presente causa ha superado con holgura su posible término de duración, lo que corresponde así sea declarado (art. 31 bis, ley 5827).

II. No obstante ello, dado que resulta sin dudas improbable que, en la práctica, llegue a estudio del Tribunal un caso en que la cuestión jurídica aquí ventilada conserve su virtualidad, a la vez que resulta susceptible de repetición en un marco jurídico protectorio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el que la necesaria urgencia de los procedimientos impacta sin dudas en la efectiva tutela y restablecimiento de los derechos vulnerados en cada caso, es necesario en mi concepto brindar igualmente una respuesta a aquélla (confr. doctr. CSJN, Fallos: 310:819; 324:5, 4061, entre otros).

En tal sentido, si bien cabe reconocer que el texto dado al artículo 35 inc. h) de la ley 13.298 por la ley 13.634 podría justificar una hermenéutica como la dada por el tribunal a quo (ver al respecto la inicial interpretación que de la citada medida de protección se propusiera -actualmente dejada de lado- en la "Guía de Procedimientos Nro. 1 para los Servicios de Promoción y Protección de Derechos del Niño", "Documento de trabajo sobre la Medida de Abrigo" del Ministerio de Desarrollo Humano); también es cierto que entre todas las posibles no es ella la que mejor compatibiliza con la naturaleza, finalidad, literalidad y sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando

para el restablecimiento de sus derechos vulnerados resulte indispensable su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud.

En efecto, los niños cuyo superior interés exija que sean privados aún temporalmente de su medio familiar poseen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado argentino, que debe garantizarles los cuidados previstos por su legislación nacional conforme los estándares contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 20, CDN).

Es sin dudas la situación de vulnerabilidad que padece el niño, niña o adolescente la que justifica la organización del sistema de protección y promoción de sus derechos, por lo que la intervención del Estado a través de los órganos dispuestos a tal fin, conforme las competencias normativamente otorgadas a cada uno, ha de producirse cada vez que se constate dicha situación y con el objetivo único de procurar su inmediata superación (conf. fundamentos ley 13.298, en consonancia con los fundamentos y previsiones de la ley nacional 26.061).

Luego, cuando merced a una ausencia administrativa o judicialmente constatada o ante una disfuncionalidad o imposibilidad de ejercicio de la adecuada función y responsabilidad por parte de los progenitores de un niño, niña o adolescente, éste posea sus derechos lesionados de una forma tal que por su gravedad sea imperioso su alojamiento en ámbitos alternativos al de su familia de origen, no es posible conceder a sus progenitores exclusiva autonomía para procurar el restablecimiento de tales derechos afectados o definir la forma de llevarlo a cabo. Ello así pues, por un lado, ante la resignación temporal de algunos de sus deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad es dable observar un escenario en el que podría incluso verificarse un potencial conflicto de intereses entre éstos y sus hijos. A la vez que, por otro lado, el reconocimiento de la subjetividad y personalidad jurídica propia de los menores, así como las consecuentes obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado argentino, imponen a éste una genuina y efectiva confrontación del ejercicio de la responsabilidad paterna cada vez que el concreto superior interés de los hijos así lo exija (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; arts. 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; art. 4º y ccdtes., ley 13.298).

Por ello, en aquellos casos en que deba tomarse una medida tan excepcional como es el "abrigo", que afecta temporalmente sustanciales derechos del menor -como son su libertad y vivir junto a sus padres en el ámbito familiar de origen-, el consecuente control judicial sobre su legalidad debe pensarse en exclusivo beneficio e interés de éste, de modo tal que la autoridad judicial intervenga a los fines de convalidar y así reforzar la inicial percepción del organismo administrativo en cada caso sobre su necesidad, recaudos, condiciones, modalidad, duración y razonabilidad en atención a las políticas públicas que conjuntamente fueran a implementarse a los fines de superar la grave situación de afcción de derechos en que pudiera encontrarse el niño, niña o adolescente involucrado.

Así, la centralización del menor como sujeto preferencial de atención y tutela por parte del sistema de promoción y protección integral de sus derechos lleva necesariamente a convalidar una reforzada intervención estatal, a través de la participación del órgano judicial, frente a la verificación de situaciones extremas en las que las políticas públicas que se dispongan a los fines de su superación

puedan importar colocar al menor en una inicial -aunque temporaria- situación de mayor desamparo. Razón por la cual, cualquier consenso que pudieren manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada tal delicada medida en sede administrativa carece de toda entidad para enervar el posterior control judicial sobre su legalidad, en tanto no resulta viable colocar fuera del mismo tales situaciones de mayúscula desprotección.

Es que la sola intervención de la autoridad administrativa especializada para resolver tales cuestiones vinculadas al alojamiento de menores en ámbitos alternativos, aún dispuesta en forma consensuada con los progenitores de éstos, se muestra como insuficiente garantía a la luz de las exigencias de revisión contenidas en los documentos internacionales en relación con los superiores intereses en juego (conf. art. 9 y conc., CDN).

Consecuentemente, cabe asimismo considerar que dentro del sistema de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no es posible observar disposiciones que organicen en forma diferenciada su alojamiento en ámbitos distintos de su domicilio cuando sea ello necesario a los fines de instrumentar políticas públicas tendientes a restablecer sus derechos lesionados, sea que sus progenitores hayan manifestado o no consentimiento con dicha disposición.

Claramente la norma del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298 expresamente confiere la competencia judicial para el control de legalidad de dicha medida sin reparar en las causas que la hubieren motivado ni en las circunstancias que hubieren originado la intervención de los Servicios Locales y/o Zonales de Promoción y Protección de Derechos en su implementación, entre las que es dable situar incluso la voluntaria comparecencia de sus progenitores en procura de la debida tutela a los derechos de sus hijos (de conformidad con los Considerandos expuestos en el Dto. 44/2007, reglamentario de la ley 13.634).

De hecho, la reglamentación expresamente contempla que cuando a pedido de los progenitores de un niño, niña o adolescente, éste ingresa a un hogar convivencial, la institución está obligada a comunicarlo al Servicio Local de la jurisdicción, rigiéndose la permanencia del menor en dicho ámbito por lo establecido en el artículo 35 inc. h) de la ley 13.298, es decir, como un abrigo sometido al debido control de legalidad por parte del poder judicial (conf. art. 3 1.2, Dto. 300/2005).

Coincido pues con quienes sostienen que la modificación del texto del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298, por el artículo 100 de la ley 13.634, ha tendido a aclarar que la adopción de dicha medida de abrigo, medie o no consentimiento de los progenitores de los menores involucrados, siempre debe ser adoptada en sede administrativa (conf. Fernández, Silvia, "Proteger a los niños o reconocer sus derechos. Dos modelos en pugna en la operatividad cotidiana del Sistema de Protección de Derechos de infancia de la Provincia de Buenos Aires", en Revista de Derecho de Familia 2009-II-132 y ss.). Mas en ningún caso tales medidas han de poder ser dispuestas exentas del debido control judicial sobre su legalidad.

Tal es por demás el último temperamento adoptado por la Subsecretaría de Promoción y Protección de los Derechos del Niño a partir de su Disposición 12 del 16 de octubre de 2007, en la que se aclaró que toda medida de protección que implique la permanencia de los menores en ámbitos

alternativos, acordada o no con sus progenitores, debe ser comunicada al ámbito judicial (del mismo modo cabe apreciar lo dispuesto en el Anexo II de la Resolución 171/2007 del Ministerio de Desarrollo Humano).

Luego, corresponde concluir en que toda medida de protección que se adopte en el marco del sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que implique su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud debe ser adoptada en los términos del artículo 35 inc. h) de la ley 13.298 y sometida -por consiguiente- al debido control judicial sobre su legalidad, sea que se adopte con o sin la anuencia de los progenitores del menor involucrado.

III. Ahora bien, cabe asimismo observar que la medida de protección de los derechos de las menores involucradas en la presente causa ha superado con holgura su posible término de duración, no sólo en consideración a la fecha desde la cual se encuentran ahora institucionalizadas (desde el 27 de octubre de 2011), sino apreciando las distintas constancias incorporadas a la causa conforme requerimiento dispuesto a fs. 47, de las que surge en forma evidente que N. y A. se han hallado durante toda su vida en verdadera situación de extrema vulnerabilidad, existiendo constancias de actuación de los Servicios Locales y Zonales de Promoción y Protección de sus Derechos desde octubre de 2007 (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 67/72, cuerpo acollarado).

En efecto, en aquélla inicial oportunidad, las niñas habían sido entregadas voluntariamente por su madre, Delia, a la Fundación Felices los Niños alegando que se encontraba desde hacía un tiempo en situación de calle y no podía tenerlas consigo (fs. 74/78, 105/108, cuerpo acollarado).

Ya para aquél tiempo, la realidad familiar de las menores enseñaba que su madre había tenido trece hijos, estando solamente las dos últimas a su cuidado, pues los mayores vivían solos o con sus respectivos padres, mientras que dos de los más pequeños habían sido entregados en adopción a través del Juzgado de Menores Nro. 3 de San Isidro (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 67/72, cuerpo acollarado). Por demás, N. y A., al decir de su madre, no son hijas del mismo padre, sin poder recordar quiénes son (fs. 111, cuerpo acollarado).

La salud de D. ya era complicada para esa fecha. Padecía de esquizofrenia simple conforme diagnóstico de varios centros médicos (vgr. Hospital Larcade, Hospital Evita, Hospital Estevez, Hospital Carrillo, fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 67/72, 87/88, cuerpo acollarado) con frecuentes internaciones por descompensaciones psicóticas (fs. 55, 65/6, 169/70, cuerpo acollarado); patología que hoy se mantiene y que por su inestabilidad emocional no le permite ofrecer a sus hijas un contexto estable y proteccional que le garantice el goce y cumplimiento de sus derechos básicos (informe fs. 21, 40, cuerpo acollarado). Comparto en este punto la preocupación y curso de acción propuesto por los colegas que me preceden en la votación (Punto 5 de su voto).

Por demás, a pesar de conocer la situación en que se hallaba la madre, ninguno de sus hijos había podido ofrecer acogimiento y/o asistencia, ni para con ella, ni para con sus hermanas menores (fs. 17/22, 36/41, 152/3, 161, 166, cuerpo acollarado).

La abuela materna de las niñas, la señora C.T., ya para el año 2007 había sido sindicada como una persona inepta para el cuidado de sus nietas, pues más allá de los continuos enfrentamientos con su hija, resultaba para las chicas un referente perjudicial, por su carácter sumamente violento (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 67/72, cuerpo acollarado), lo que también es así percibido por las menores (fs. 16, cuerpo acollarado).

Asimismo, las niñas carecían y carecen en la actualidad de todo referente externo que pueda brindarles la contención y asistencia que no reciben de parte de su progenitora y familia extensa. Por un lado, en enero de 2008, al retirarse de la Fundación Felices los Niños, D., N. y A. fueron a vivir con el matrimonio vecino G-M, personas de 78 y 80 años de edad a esa fecha, pero al corto tiempo ellas los abandonaron (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 67/72, 79/80, cuerpo acollarado). Por el otro, la figura de la señora M. del C.V., conocida de P., uno de los hijos de D., recibió a la progenitora y sus hijas en al menos cuatro ocasiones después de 2007 y hasta agosto de 2011, pero conforme el análisis realizado por el Servicio Local, tampoco constituye un referente válido para albergar aunque sea temporalmente a las niñas habida cuenta sus procederes erráticos, la duda que se ha generado respecto de sus intenciones y porque sus propias hijas maltratan a las niñas (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 57/59, 60/64, 67/72, 81/83, 197, cuerpo acollarado). Tampoco el señor S., última pareja de D., resulta una posible alternativa para amparar y albergar a las niñas, pues más allá de su presencia intermitente junto a D. y sus hijas, ha sido sindicado y denunciado por la progenitora y ambas niñas como eventual autor material de abuso sexual infantil (ASI) en perjuicio de A. (fs. 1/4, 19/20, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 60/64, 138/9, 164/5, 178, cuerpo acollarado).

Así las cosas, se aprecia que desde 2007 las niñas han estado sometidas a un cuadro de extrema desprotección, con vulneración sistemática de sus derechos, en situación de calle, internadas, alojadas en casas de diversas familias durante los períodos de internación psiquiátrica de su madre y después de ellos, sufriendo maltratos en diversos momentos y por parte de diversas personas...

Ya para 2010 se registra una agudización de la situación de vulneración de derechos en perjuicio de las menores: la ausencia de escolarización por períodos reiterados de N. y la falta total de escolarización de A. por carencia de vacantes para salas de jardín de infantes (fs. 87, cuerpo acollarado); la mutación constante de residencia de las niñas junto a su madre (incluso permaneciendo temporalmente en el domicilio de una anterior pareja de D., en lo del señor A., fs. 109/113, 117/118, cuerpo acollarado) que incluso generó la prolongada imposibilidad de su contacto por parte del Servicio Local (fs. 98/102, 121/125, cuerpo acollarado); el abandono del tratamiento médico por parte de la progenitora (fs. 81/4, 88/9, cuerpo acollarado)... Todavía, como somatizando su padecer, Analía comenzó con trastornos de salud que provocaron su internación en el Hospital Abate (vgr, crisis asmática severa, fs. 89/94, 95/6, cuerpo acollarado).

Para agosto del año 2011 y a pesar de haberse acordado otra cosa con el Servicio Local, D. retorna a convivir junto a sus hijas en la vivienda del señor Sánchez, volviendo a colocarlas en situación de riesgo. No obstante, en esos días y merced a una nueva intervención del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños, Analía pasa luego a vivir con su abuela C., y más tarde lo hace

el resto de la familia (D. y N., fs. 126/136, cuerpo acollarado). Para ese tiempo, las niñas ya se hallaban escolarizadas en la escuela 17 (fs. 143, 146, cuerpo acollarado). Sin embargo, en octubre de ese mismo año vuelve a descomponerse la situación familiar. D. y sus hijas abandonan la casa de la abuela materna producto de varios enfrentamientos, quedando todas nuevamente en situación de calle (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 57/59, 60/64, 67/72, 147/148, cuerpo acollarado).

Hoy, la situación de las hermanas N. y A. no es distinta a la vivida por ellas durante los últimos cinco años. Desde octubre de 2011 se encuentran nuevamente institucionalizadas y si bien no desean estar con otra persona que no sea su madre, ésta no logra superar las circunstancias que generaron la adopción de la medida de protección especial a favor de sus hijas (fs. 1/4, autos principales; 17/22, 26/28, 36/41, 57/59, 60/64, 67/72, cuerpo acollarado), hallándose previsto un eventual traslado de las niñas desde el hogar San José de San Miguel en el que se encuentran, a un hogar convivencial de la Ciudad de Lincoln (fs. 5, 35, autos principales; fs. 22, 36/4 1, 149, cuerpo acollarado).

A esta altura, corresponde reconocer incluso que N., la mayor de las niñas, ya es conciente de su posible destino adoptivo, al igual que sus dos hermanos inmediatamente más grandes, N. y N., expresando que ya no sabe si quiere seguir viviendo junto a ella (informe de fs. 19/20 y audiencia de fs. 22, autos principales; 16, 65/6, 164/5, 174/7, cuerpo acollarado).

Considero pues que ha transcurrido mucho tiempo ya sin que se hayan logrado genuinos avances para superar la situación de constante afección de los derechos humanos básicos de las niñas, a pesar de varios infructuosos esfuerzos maternos por revertir esta situación (fs. 157/ 161, cuerpo acollarado), por lo que corresponde -sin perjuicio del rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído- instar a los organismos públicos involucrados en la tutela de los derechos de las niñas (vgr., al Servicio Local y Zonal de Promoción y Protección de sus derechos, al Ministerio Público y al Tribunal de Familia intervinientes), a adoptar en forma urgente los cursos de acción pertinentes a los fines del debido resguardo de los derechos de las menores, de modo de poder proporcionarles inmediata y adecuada protección y asistencia estatales en aras de su cuidado y la provisión de un ámbito familiar sustitutivo que efectivamente les suministre todos los instrumentos necesarios para conocer su propia identidad y así saber quiénes son, qué quieren, qué roles pueden asumir, cómo se deben insertar en la realidad que las circunda y así poder arribar a logros que les posibiliten abrirse paso en la vida (conf. voto propio en AC. 72.890, sent. del 19-II-2002), garantizándose su pertenencia, contención 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 días (cfr. Preámbulo, arts. 5º, 8º, 9º, 19, 20, Convención sobre los Derechos del Niño), pues resulta evidente hoy que las niñas se encuentran necesitadas de una contención familiar como sólo la adopción les puede brindar (conf. mi voto en AC. 79.931, sent. del 22-X-2003).

POR ELLO, a) se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812 y 289, C.P.C.C.); b) la causa deberá volver al Tribunal de Familia para que, con intervención del Ministerio Público, se adopten urgentemente las medidas de control judicial que

correspondan respecto de la institucionalización de las menores A.R. y N.C., a fin de proveer al debido resguardo de sus derechos (arts. 11 y 36.2, Const. pcial.; 75 inc. 22, Const. nac.; 3, 19, 39 y ccs. de la Convención de los derechos del Niño), de las que deberá informarse a esta Suprema Corte de Justicia - Secretaría Civil y Comercial- mediante oficio que se adelantará vía fax; c) también el Tribunal deberá arbitrar los medios para cumplir con lo señalado en el considerando 5º del primer voto -conjunto- de la presente resolución.

Las costas se imponen por su orden atento a la naturaleza de los derechos en juego y la forma en que se resuelve el caso (conf. arts. 68 2da. parte, C.P.C.C.).

Regístrese y notifíquese con expresa habilitación de días y horas inhábiles, adelantándose lo dispuesto vía fax.

HECTOR NEGRI

JUAN CARLOS HITTERS

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS ENRIQUE CAMPS –Secretario

V. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL SERVICIO LOCAL LUEGO DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL CASO

(Causa C. 115.708, sent. del 12-VI-2013).

CUESTIÓN PLANTEADA:

Se expone aquí un caso en el que la Corte abordó la temática de la legitimación del Servicio Local para actuar en nombre y representación de un niño y recurrir el fallo que declaró el estado de abandono y adoptabilidad de éste.

RESEÑA DEL CASO:

El Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la Municipalidad de La Plata interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley contra el fallo del Tribunal de Familia que había declarado el estado de adoptabilidad de un niño y dispuesto la selección de tres aspirantes a guarda con fines de adopción.

El agravio medular del recurso de inaplicabilidad de ley estaba dirigido a cuestionar la decisión por considerar que al declarar al niño en condición de jurídicamente abandonado se lo había privado de sus derechos fundamentales a permanecer con su familia de origen, a la preservación de sus relaciones familiares y a su identidad.

Arribada la causa a la Corte, se le confirió vista al Procurador General, en los términos del art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial.

El representante del Ministerio Público, en la parcela dirigida a opinar sobre la procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley y en lo que interesa destacar en el marco de esta publicación, comenzó por adelantar que en su opinión el citado

organismo estatal carece de legitimación para recurrir en nombre y representación de los derechos del niño la sentencia impugnada.

Sustentó dicha afirmación en que si bien las leyes 26.061 a nivel nacional y 13.298 en la Provincia de Buenos Aires establecen un mecanismo administrativo-judicial de protección de los derechos de los niños, la normativa citada ha procurado distinguir las esferas de actuación administrativa y jurisdiccional en pos del resguardo de sus respectivas autonomías. En tal sentido la normativa local reconoce dos momentos diferentes en la intervención estatal destinada a adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia: un primer momento, en el que interviene el órgano administrativo, con contralor judicial (arts. 35, 37, 38 y ccs., ley 13.298 y dto.300/05, Resol. 12/07; arts. 39, 40 y ccs. ley 26.061 y dto. 415/06) y un segundo momento, estrictamente judicial, una vez vencidos los plazos previstos para la vigencia de la medida de protección prevista en el art. 35 inc. h. Ello sin perjuicio de la facultad de continuar desarrollando estrategias en forma conjunta.

En tal sentido, consideró que en el caso bajo estudio la solución adoptada por el Tribunal de Familia -quien sostuvo que el pequeño se encontraba debidamente asistido por su representante natural, la señora Asesora de Incapaces- debía ser confirmada, toda vez que la legislación de protección integral vigente reserva en cabeza del representante del Ministerio Público Pupilar la facultad de peticionar judicialmente en nombre y representación de los derechos del niño, de conformidad con su interés superior y de velar por la legalidad (arts. 59, C.C. y 23, ley 12.061).

Luego de dictada la providencia de autos, la Corte emitió el fallo desestimando ambos medios revisores.

Con respecto al de inaplicabilidad de ley, lo rechazó por considerar que los fundamentos y conclusiones brindados por el Ministerio Público (los que compartió e hizo propios) abastecían adecuadamente la respuesta que correspondía dar a los agravios del recurrente.

CARÁTULA:

"N.N. Abrigo".

PASAJES DESTACADOS:

- La Municipalidad carece de legitimación para recurrir en nombre y representación de los derechos del niño.
- La decisión adoptada es, según las muy particulares circunstancias del caso, la más adecuada respecto de los derechos del niño a la luz del principio de su superior interés.

TEXTO IN EXTENSO:

Dictámen de la Procuración General:

I- El Tribunal de Familia número uno de la Ciudad de La Plata confirmó la decisión del juez de trámite que resolvió decretar el estado de adoptabilidad del niño P. C. y dispuso la selección de tres aspirantes a guardas con fines de adopción del Registro respectivo (fs. 84/5vta. Y 142/7).

Contra ese decisorio se alzó el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la Municipalidad de La Plata a través de los Recursos Extraordinarios de Nulidad y de Inaplicabilidad de Ley obrantes a fs. 171/186 y vta., que a continuación paso a examinar.

II. Recurso Extraordinario de Nulidad.

La recurrente denuncia infracción a los artículos 168 y 171 de la Constitución Provincial. En relación con la omisión de cuestión esencial sostiene que el Tribunal ha omitido otorgar tratamiento al planteo relativo a la violación de las competencias del servicio local. En tal sentido destaca que tal omisión configura una “incongruencia por omisión (decisión *infra petita*)” (fs. 185).

Denuncian que el fallo carece de fundamentación en relación con una de las cuestiones esenciales planteadas por esa parte, como ser la violación de la ley 13298 que atribuye competencias a los servicios locales en materia de niñez. En particular afirman “Por ello entendemos que VE debe tachar de nula la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal de Familia, ello al no considerar y dar fundamentación alguna al planteo de violación a la ley 13.298, pues la remisión al artículo 689 del CPCC, sin más, no puede considerarse como una exposición suficiente y clara de las razones que, de acuerdo a la normativa procesal que cita, pueden dar apoyo adecuado a la solución que se da a la cuestión planteada” (fs. 185 vta.) .

III. En mi opinión el recurso no puede prosperar.

Del remedio examinado surge palmaria, a mi modo de ver, la ausencia de configuración de los vicios constitucionales alegados.

Respecto del agravio relativo a la omisión de cuestión esencial es doctrina legal de VE que “deviene improcedente el recurso de nulidad extraordinario si la cuestión que se dice omitida ha sido considerada en forma expresa en el fallo, con resultado adverso a las pretensiones del apelante,

siendo ajena a su ámbito la forma cómo ha sido resuelto el tema (conf. causa L. 89.570, "Velázquez", sent. del 2-IX-2009; entre otras)" (SCBA; L98777, sent. del 21-3-2011).

En virtud de ello se advierte sin dificultad que el vicio alegado no alcanza a configurarse en la especie toda vez que de la sentencia en crisis –cuanto de los propios agravios de la recurrente– se desprende que los jueces de grado han procedido a tratar ésta de forma expresa al sostener que respecto de la queja expuesta en orden al cuestionamiento de la competencia legal de los servicios locales "es importante anticipar a la recurrente que de haber interpretado que ello era así, otro debió ser el camino que debió transitar (689 CPCC)" (fs. 142 vta. y 143). Es decir, más allá del acierto o error de las consideraciones, la cuestión relativa a la competencia de los Servicios Locales de Protección ha sido expresamente abordada por los magistrados de grado.

Sobre este punto esa Suprema Corte ha sostenido que "...la omisión de cuestiones a las que se refiere el artículo 168 de la Constitución provincial ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido, pero no cuando la materia parece desplazada por el razonamiento expuesto en la sentencia siendo ajeno al ámbito del recurso tanto el acierto con el que se haya analizado el asunto como la forma o brevedad con que fuera encarado". (SCBA, C. 98214, sent. del 18-03-2009 y C. 99437, sent. del 2-09-2009 y ccs.).

Respecto del vicio relativo a la falta de fundamentación legal, ha sostenido de manera inveterada esa Corte que no resultan atendibles los argumentos tendientes a demostrar su configuración si se encuentra suficientemente explicitado en el pronunciamiento de origen el sustento jurídico de la decisión cuestionada, resultando ajena al remedio intentado la incorrecta, desacertada o deficiente fundamentación jurídica del fallo (conf. SCBA L.72.860, sent. del 5-12-2001; L. 86.282, sent. del 19-4-2006). En otras palabras, que "es improcedente el recurso extraordinario de nulidad en que se alega falta de fundamentación legal, si de la simple lectura de la sentencia se advierte que ella se encuentra fundada en derecho, ya que para que el mismo prospere es necesario que el fallo carezca por completo de sustentación. Lo que el art. 171 de la Constitución de la Provincia sanciona es la falta de fundamentación legal, con independencia de que las normas citadas se correspondan o no con los planteos de la parte (Ac. 86.033, sent. del 6-IX-2006; C. 92.276, sent. del 27-II-2008)" (SCBA C98038, sen. Del 21-3-2012). En síntesis, para que el remedio prospere es necesario que el fallo carezca por completo de sustentación normativa (conf. SCBA Ac. 91.853, sent. del 9-8-2006).

De ello se sigue la ausencia de configuración de tal vicio en la especie en tanto de la simple lectura de la pieza recurrida surge que ella se encuentra fundada en derecho. Incluso los propios agravios de la quejosa evidencian tal circunstancia al sostener que "el fallo carece de fundamentación en relación con una de las cuestiones esenciales planteadas por esa parte, como ser la violación de la ley 13298 que atribuye competencias a los servicios locales en materia de niñez" (fs.185 vta.). Es decir el propio agravio evidencia la fragmentación del vicio alegado, en tanto no se refiere a la sentencia sino, y tan solo, a una parte de ella.

Asimismo cabe señalar que la correcta aplicación de las normas que rigen la competencia de los servicios locales no es tema que pueda discutirse en el recurso extraordinario de

nulidad, desde que es tema propio del recurso de inaplicabilidad de ley (conf. Ac 84.153, sent. del 16-2-2005; Ac. 86.993, sent. del 9-11-2005; entre otras) y, por lo tanto, ajeno a esta vía recursiva.

IV. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley.

Se agravia la quejosa por considerar que la resolución que declara al niño jurídicamente abandonado lo priva de su derecho fundamental a permanecer con su familia de origen, a la preservación de sus relaciones familiares y de su identidad conforme lo establecen los artículos 3,7,8,18,2,19,2, 27.3 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, apartado duodécimo de las Directrices de Rhiad, artículos 2.8.b, 13, 26, 31, 32,33,34,35,39,42,43,44,48,49,52,57, 60 a 64, 165 de las Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños, artículos 17,18 y 46 de las Reglas de Beijing, artículos 3,7,8,18.2, 19,2, 27.3 y 41 de la ley 26061 y artículos 1,3,4,10,11,12,19,32 a 38 ley 13298 (fs.176 vta.).

En efecto la prematura decisión de declarar al niño P. en estado de adoptabilidad vedó toda posibilidad de reconstruir su historia, de relacionarse con su familia extensa, de que su progenitora reciba apoyo del Estado a los efectos de poder asumir sus responsabilidades parentales y con ello la posibilidad preservar sus relaciones familiares (fs. 176 vta.).

En tal sentido señalan que “las normas legales imperantes en la materia establecen que el interés superior del niño (...) es un límite a las decisiones discrecionales o paternalistas de los adultos y del Estado” (fs.176 vta.) y que “toda política estatal debe estar dirigida a posibilitar el desarrollo del niño en su núcleo familiar a través de los programas y dispositivos disponibles en la comunidad” (fs.177).

A mayor abundamiento, considera la quejosa que no corresponde decidir judicialmente el destino de un niño durante la etapa de la medida de abrigo. En particular destaca que la decisión judicial de separar a un niño de su familia de origen, debe ser una resolución a la que se arribe luego de haber realizado el abordaje de la familia ampliada, e incluso de intentar conformar la participación de la red social ...” (fs.177).

En idéntica línea alega que no existe ningún fundamento legal que justifique el ocultamiento al entorno familiar de la Sra. C. sobre la existencia de P. . Pues, aun cuando se considere que esta delicadísima decisión de ocultar a sus abuelos la existencia de su nieto pudiera hallarse justificada, las entrevistas llevadas a cabo con la progenitora no resultan suficientes -sin perjuicio de respetar la decisión de no vincularse con el niño- para negar a un niño el derecho humano a mantenerse dentro de su familia de origen y a ser criado por ellos, en caso de que éstos así lo quisieran (fs.177).

Agregan a lo expuesto que “no surge del expediente judicial un abordaje que haya garantizado la posibilidad de que P. C. pueda permanecer y/o relacionarse con su familia de origen, muy por el contrario resulta groseramente ostensible la decisión de ocultamiento sin fundamento jurídico ni ético, violando el derecho personalísimo a la identidad consagrado en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs.178 vta.). Pues la madre del niño no fue incluida en ningún programa que posibilite trabajar el vínculo materno filial, los abuelos biológicos del niño no están enterados de la existencia de su nieto, lo cual impide a P. su derecho a ser alojado por los mismos,

asimismo no se ha procurado conocer si además de los abuelos existen familiares directos que puedan acogerlo, tampoco se ha indagado respecto a la identidad de su progenitor, conforme establece la ley” (fs.180).

En relación con el procedimiento señala que a su modo de ver éste no ha respetado los derechos del niño, sino que únicamente ha tenido en cuenta los derechos de su progenitora, al resolverse con la anuencia de la Señora Asesora de Menores el estado de adoptabilidad cuando ésta es la *última ratio* del sistema legal vigente (fs.179 vta.). Asimismo sostiene que la irregularidad del procedimiento que denuncian no tiene que ver con cuestiones formales sino con la vulneración de derechos humanos por omisión del procedimiento legalmente establecido y es en ese “interés superior” que esta parte viene a exigir el cumplimiento de la normas jurídicas y el respeto de los derechos del niño sin distinción de origen social o familiar (fs. 179 vta.).

En suma la recurrente se agravia por entender que que el Servicio Local se ha visto impedido de realizar un abordaje acorde a la normativa citada y que tampoco la intervención judicial realizada ha sido respetuosa de la misma ya que al ocultar a la familia biológica de P. su existencia se lo ha privado de la posibilidad de verificar si los miembros de su familia ampliada tienen el deseo de acogerlo o acompañarlo en su crecimiento y desarrollo (fs. 182).

En tal orden de consideraciones alega que no puede considerarse que el derecho a la identidad de P. se encuentre garantizado, como lo establece vagamente el Tribunal al referirse a las normas del Código Civil que garantizan el acceso del niño al expediente de adopción. Expresamente se queja por considerar que “P. fue privado de su familia, arbitrariamente y sin fundamentación legal alguna ya que el Estado decidió priorizar el derecho a la intimidad de la madre por sobre sus derechos” (fs. 182 vta.).

V. Considero que este Recurso tampoco puede prosperar.

a. De la legitimación.

Adelanto mi opinión según la cuál considero que la Municipalidad de La Plata carece de legitimación para recurrir en nombre y representación de los derechos del niño P. la sentencia cuestionada.

Sin perjuicio de que la recurrente invoca el principio del superior interés del niño como fundamento de su legitimación al afirmar que “viene en ese interés superior a exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y el respeto de los derechos del niño sin distinción de origen social o familiar” (fs. 179 vta.), considero que la legitimación que reclama no le es reconocida por la ley a los efectos de peticionar en el marco del proceso judicial.

Pues, si bien las leyes 26061 a nivel nacional y 13298 en la Provincia establecen un mecanismo administrativo-judicial de protección de los derechos de los niños, la normativa citada ha procurado distinguir las esferas de actuación administrativa y jurisdiccional en pos del resguardo de sus respectivas autonomías. En tal sentido la normativa local reconoce dos momentos diferentes en la intervención estatal destinada a adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia: un primer momento, en el que interviene el órgano administrativo —con contralor judicial

(arts. 35, 37, 38 y ccs. Ley 13298 y dto. 300/05, Resoluc. 12/07; arts 39, 40 y ccs. 26.061 y dto. 415/06)– y un segundo momento, estrictamente judicial –una vez vencidos los plazos previstos para la vigencia de la medida protección prevista en el artículo 35 inc.h (ver 35 inc. h ley 13298, art. 35.6 Dto 300/05, Dto 44/07, y Resolución 171/2007 del Ministerio de Desarrollo Humano)–. Ello, sin perjuicio, de la facultad de continuar desarrollando estrategias en forma conjunta. Es decir, la legislación local reconoce en cabeza del órgano administrativo local el deber de adoptar las medidas de protección, con debido contralor judicial en aquellos casos en que las decisiones adoptadas impliquen una separación del niño de su familia (arts. 108 y 109 de la Constitución Nacional, 9 y ccs.CDN, art. 35 inc. h ley 13298, art. 100 ley 13634,, art. 35 dto 300/05, dto. 44/2007 y Resolución 12/07) así como la potestad de solicitar al Asesor de Incapaces, una vez vencidos los plazos sin haberse modificado las circunstancias que motivaron la medida, la promoción de la acción civil que correspondiere en defensa de los derechos del niño cuando se encuentren vencidos los plazos de la medida de “abrigo” (35 inc. h ley 13298, art. 35 dto 300/05, Dto 44/07, y Resolución 171/2007 del Ministerio de Desarrollo Humano).

En otras palabras, y en sentido concordante con la solución adoptada por el Tribunal en cuanto sostiene que “en el presente caso -y ello no ha sido controvertido- P. se encuentra debidamente asistido por su representante natural, la Sra. Asesora de Incapaces (art. 50 C.C. y 23 12061)...” (fs.144), considero que la legislación de protección integral vigente reserva en la cabeza del representante del Ministerio Público Pupilar la facultad –conf. art. 59 C.C. y 23 12061-de peticionar judicialmente en nombre y representación de los derechos del niño de conformidad con su interés superior y de velar por la legalidad, restringiendo, en consecuencia, la posibilidad de que el órgano administrativo se presente en sede judicial para peticionar en nombre y representación de los derechos de los niños, una vez agotada su intervención en la esfera administrativa.

Sin embargo, en el caso bajo examen la recurrente funda su agravio en la circunstancia de haberse encontrado imposibilitada de ejecutar las estrategias diseñadas con miras a fortalecer la vinculación entre el niño y su madre y la familia ampliada, en tanto ni la Dirección General del Registro de Personas Desaparecidas dependiente del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia ni el Juez de trámite le proporcionaron los datos personales correspondientes a la progenitora del niño a pesar de resultar ésta la encargada de velar por los derechos del niño en esa etapa de conformidad con la ley (fs. 62 y 63).

En otras palabras, si bien desde el punto de vista formal el órgano administrativo asumió intervención durante los plazos regulares y excepcionales en que la ley le reconoce competencia (fs. 35 inc h ley 13298 y dto.300/05), éste se agravia en lo sustancial por haberse visto imposibilitado de ejercer adecuadamente su función como consecuencia del rechazo expresado por la Dirección General del Registro de Personas Desaparecidas (fs. 63) y la omisión del Juez en proporcionar los datos de la progenitora en tanto éstos resultaban indispensables para llevar adelante la labor que le ha sido legalmente encomendada (fs.62).

Sobre este agravio, en concreto, considero, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal, que resulta un conflicto ajeno a este proceso y que debe tramitarse conforme las reglas específicas que rigen la materia.

b. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que los derechos fundamentales que se encuentran aquí comprometidos merecen el ingreso al examen de la cuestión desde el punto de vista del derecho de fondo.

En la especie se debate, en suma, la prevalencia entre dos derechos fundamentales: el derecho del niño a la identidad y el derecho a la autonomía e intimidad de la madre.

Si bien, una primera respuesta dogmática, me conduciría a priorizar el derecho a la identidad del niño por sobre la autonomía e intimidad de la madre en razón de su condición de niño y del principio rector que manda a privilegiar los derechos de éste por sobre los de los adultos, considero adecuado propiciar en la especie un temperamento diferente de conformidad con la valoración de las especiales circunstancias del caso a la luz del principio del interés superior.

Pues, sin perjuicio de asistir razón a la quejosa en cuanto sostiene que el niño P. C. tiene derecho a vivir y a crecer en su familia de origen y a que se agoten todas las medidas con el objeto de procurar su permanencia en el seno de esa familia, este derecho -como todos- debe valorarse y aplicarse en función del principio de su superior interés.

En efecto P. es un niño cuya filiación paterna se desconoce y a quien su madre decidió de manera firme, informada, contundente y reiterada (ver fs. 31, 70 , 76/77 y vta., 83 y ccs.) entregar en adopción. Cabe destacar que la decisión de la entrega ha sido ratificada con posterioridad al período de puerperio y con debida asistencia letrada (ver fs.70, 83, 145 y ccs.).

Respecto de la manifestación de voluntad expresada por la progenitora el equipo técnico del Tribunal de origen destacó que “Desde lo intelectual, [la progenitora] comprende claramente los alcances de su decisión, no advirtiéndose duda o sentimiento de ambivalencia frente a la misma. No obstante, es conciente de que conlleva importante carga emocional, pero aún así siente que lo mejor para el bebé es que sea adoptado”(fs.77) y que“...cuenta con muy buen nivel intelectual y de estimulación sociocultural.(...)De su historia vital la joven refiere pertenecer a un grupo familiar bien constituido. Vive junto a sus padres y lleva una vida social acorde a su edad y situación de vida. Estudia odontología en la UNLP cursando en la actualidad el 4to año de la carrera” (fs.76).

De lo expuesto, se advierte que el caso *sub examine* nos enfrenta a una situación fáctica particular. No se trata de una decisión de los órganos del estado tendiente a proteger los derechos de un niño a través de la medida excepcional de la separación de éste de su familia, sino que se trata de la voluntad de la madre de entregar a ese niño en adopción para que crezca y se desarrolle con una familia que le brinde el cuidado y el afecto que le garantice su pleno desarrollo, en la convicción de que ella no puede [aspecto estructural] ni desea [aspecto volitivo] asumir la responsabilidad de su crianza (fs 144 vta.).

En esta línea estimo preciso resaltar que sin perjuicio del principio fundamental que recepta la Convención sobre los Derechos del Niño a la convivencia familiar en el seno -

preferentemente- de su familia de origen – y que recogen las leyes locales de protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia– cabe señalar que el propio texto convencional establece que “Los Estados Partes velarán porque el niño *no sea separado de sus padres en contra su voluntad*, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (art. 9 CDN). En idéntico sentido el Código Civil vigente establece entre los requisitos para otorgar la guarda preadoptiva de un niño, la necesidad de “(...) a) citar a los progenitores del menor a fin de que *presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción* (...)” y que “Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores: (...)e) cuando *los padres hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción*” (art. 325 C.C.). Sobre este punto la doctrina ha destacado la naturaleza personalísima del derecho y la consecuente necesidad de tomar los recaudos necesarios para garantizar que ese consentimiento sea informado con el propósito de evitar “desprendimientos impulsivos” (Herrera Marisa, El Derecho a la Identidad en la Adopción, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, Tomo I, p.363).

En el *sub examine*, nos hallamos en presencia de un acto voluntario expresado por la progenitora -mayor de edad- con discernimiento, intención y libertad –conf. las constancias obrantes a fs.76/7 y demás constancias agregadas de las que no surgen condicionamientos de índole social o económicos como fundamento de la decisión conf. 5,9, 8, 19 y ccs.CDN; CIDH OC17/2003 párr.76 y ccs; arts. 9 y 34 ley 13294 y 7, 11, 33, 37, 39, 41, 41 y ccs. Ley 26061) – y con debida asistencia letrada. No se trata, como es frecuente advertir, de situaciones que resultan palmariamente reversibles a través de la ejecución de acciones positivas por parte de los órganos competentes del estado -en el marco del principio de corresponsabilidad que inspira al sistema vigente de protección de derechos de los niños- destinadas a garantizar las condiciones adecuadas para propiciar la revinculación del niño con su familia de origen.

En este contexto, como resultado de la labor hermenéutica desarrollada, los jueces de grado han concluido que una solución respetuosa del derecho personalísimo de la progenitora de entregar a su hijo en adopción resulta, a su vez, la solución más adecuada con los derechos de P. a la luz del principio su superior interés (fs 85).

En este sentido sostuvieron que “..la ausencia de deseo de hijo y de maternidad traería efectos perjudiciales en la estructuración psíquica del niño en el caso de que el vínculo materno filial sea forzado...Mismo efecto se generaría si el niño fuera entregado a sus abuelos maternos puesto que quedaría condenado a esa significación negativa que tendrá efectos deletéreos y extensivos a todos los integrantes de la familia. Por todo lo expuesto y priorizando el bienestar psíquico no sólo del niño sino también de su progenitora los peritos consideran inviable la vinculación materno filial ya que no hay afecto de base que pudiera sustentar dicho vínculo” (fs.144vta.)

En definitiva, concluyen los magistrados de la instancia que “el compromiso del Estado de integrar al niño dentro del grupo familiar al que pertenece biológicamente, lo es en la medida de lo **posible** (art 7, 1 CDN). Y las circunstancias analizadas en la causa permiten advertir que lo posible

ya fue agotado. De tal modo el interés superior de P. requiere de la urgente búsqueda de una familia adoptiva...” (fs.145 y vta.)

Estos argumentos, no han merecido embate idóneo por los aquí recurrentes en tanto “el análisis sobre la determinación de la existencia de la situación de abandono de un menor constituye una cuestión de hecho que permite la revisión en esta instancia sólo si se acredita la existencia de absurdo” (SCBA C 101304, sent. del 23-12-2009 conf. Ac. 36721, sent. del 8-3-1988; C100.587, sent. del 4-2-2009; C108474, sent. del 6-10-2010). En la especie se ha omitido alegar -y demostrar- que las conclusiones impugnadas constituyen el producto de una apreciación absurda. En este sentido, tiene reiteradamente dicho esa Corte que resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que desatiende, en ciertos aspectos, la línea reflexiva trazada por el judicante, que sólo trasunta una discrepancia de criterio y no demuestra cómo se habría producido la infracción legal o el absurdo denunciado (SCBA, C. 65.618, sent. del 13-III-2002; L 97855, sent. del 22-04-2009; L101513, sent. del 17-11-2010, entre muchas otras)

A mayor abundamiento cabe recordar que las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2010 nos ilustra sobre la necesidad de que “Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, *o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado...*” y que “*cuando un niño es abandonado o se renuncia a su guarda; los Estados deberían velar porque ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes cuando corresponda y sea posible de conformidad con la legislación del Estado.* Los Estados deberían formular políticas claras para afrontar las situaciones en que un niño haya sido abandonado anónimamente, que indiquen si se ha de buscar a la familia y entregarle el niño o decidir el acogimiento del niño en el entorno de la familia extensa y cómo hacerlo. Esas políticas deberían también permitir que se decida sin demora si el niño puede ser entregado en acogimiento familiar permanente y organizar rápidamente tal modalidad de acogimiento. Cuando uno de los progenitores o el tutor legal de un niño acuda a un centro o a una agencia pública o privada con el deseo de renunciar permanentemente a la guarda del niño, el Estado debería velar porque la familia reciba el asesoramiento y apoyo social necesarios para alentarla a conservar la guarda del niño y hacerla posible. Si se fracasara en el intento, un asistente social u otro profesional debería realizar una evaluación para determinar si hay otros miembros de la familia que deseen asumir con carácter permanente la guarda y custodia del niño y si una solución de este tipo redundaría en favor del interés superior de éste. Cuando esas soluciones *no sean posibles o no redunden en beneficio del interés superior del niño, debería tratarse de encontrar en un plazo razonable una familia de acogida permanente*” (párrafos 5, 7, 42-44, destacado propio).

De lo hasta aquí expuesto, me permito *prima facie* concluir que el rol de la familia ampliada —que cobra especial relevancia frente a la imposibilidad o la dificultad de los progenitores de responsabilizarse por la crianza y al cuidado de sus hijos, ya sea asumiendo la función

parental o sea colaborando con los padres a fin de asegurar las condiciones para que los niños reciban el cuidado y la atención que requieren para su pleno y sano desarrollo- se encuentra sensiblemente diluido en un caso como el que aquí se examina, en el que la progenitora manifiesta –y ratifica- de modo expreso y contundente la voluntad de entregar a su hijo en adopción.

En virtud de lo hasta aquí reseñado considero desde la óptica del derecho del niño y de su superior interés que, más allá del derecho personalísimo de la madre, el derecho del niño a la convivencia familiar, a la identidad y al pleno desarrollo de su personalidad en el seno de una familia se encuentra razonablemente satisfecho con la decisión recurrida. En tal sentido comparto con los magistrados de grado que una decisión tan significativa para la vida del niño y su familia no puede adoptarse al margen –o aun mas, en contra– de la expresa y libre voluntad de su madre sin afectar con ello su derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad en un entorno en el que reciba afecto, apoyo, cuidado, protección y se promueva el pleno desarrollo de su potencialidad.

Por todo lo hasta aquí expuesto considero que los remedios interpuestos no pueden prosperar.

Tal es mi dictamen

La Plata, 25 de septiembre de 2012 – Juan Angel De Oliveira.

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 12 de junio de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Negri, Kogan, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 115.708, "N.N. Abrigo".

ANTECEDENTES

El Tribunal de Familia N° 1 del Departamento Judicial La Plata confirmó la decisión del señor Juez de trámite que había decretado el estado de adoptabilidad del niño P. C. (fs. 84/85 vta. y 142/147).

Se interpusieron, por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de la Municipalidad de La Plata, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (fs. 171/186).

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

CUESTIONES

1ª. ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?

En su caso:

2ª. ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. Adujo el recurrente que el fallo en examen fue dictado en infracción a los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial.

II. El recurso no prospera.

a) La cuestión que se denuncia como omitida (falta de tratamiento del planteo referido a la violación de la competencia de los Servicios Locales Municipales), fue expresamente abordada en el fallo a fs. 142 vta./143, donde los sentenciantes expresaron las razones por las cuales la cuestión no podía ser tratada en esa oportunidad. En razón de ello no quedó configurada la preterición que se denuncia y que sanciona el art. 168 de la Constitución provincial (conf. C. 93.963, sent. del 25-III-2009).

b) La infracción al art. 171 de la Constitución provincial tampoco es tal desde que el fallo se encuentra fundado en ley, y lo que se sanciona con la nulidad de la sentencia no es la correcta o incorrecta fundamentación de la decisión sino la ausencia de base legal (conf. C. 97.175, sent. del 11-XI-2009).

III. Por lo brevemente expuesto, en concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, doy mi voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Negri, Kogan y Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la primera cuestión también por la negativa.

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

I. El Tribunal de Familia confirmó la decisión del señor Juez de Trámite que había dispuesto el estado de adoptabilidad del niño P. C. y la selección de tres parejas de aspirantes a guardas con fines de adopción del listado respectivo (ley 25.854, ac. S.C.B.A. 2707).

II. Contra dicho pronunciamiento se alzó el Servicio Local de Protección de Derechos de la Municipalidad de La Plata por vía de inaplicabilidad de ley en el que denunció infracción a los arts. 3, 7, 8, 18, 2, 19, 27 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; apartado duodécimo de las Directrices de Riad; arts. 2, 8, 13, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 42, 43, 44, 48, 49, 52, 57, 60/64, 165 de las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidados de los Niños; 17, 18 y 46 de las Reglas de Beijing; 3, 7, 8, 18, 19, 27 y 41 de la ley 26.061 y 1, 3, 4, 10, 11, 12, 19, 32/38 de la ley 13.298.

III. Por considerar que los mismos abastecen adecuadamente la respuesta que cabe dar al recurrente, comparto y hago propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Subprocurador General que obra a fs. 210/216 en cuanto señala, por un lado, que la Municipalidad de La Plata carece de legitimación para recurrir -en nombre y representación de los derechos del niño P. - la sentencia cuestionada y, por el otro, que aún entrando al fondo de la cuestión a resolver dada la índole de la misma, la decisión adoptada es, según las muy particulares circunstancias del caso, la más adecuada respecto de los derechos del niño a la luz del principio de su superior interés (conf. metodología utilizada por esta corte en C. 99.957, resol. del 30-III-2011; C. 110.864, resol. del 28-XII-2011; C. 116.576, resol. del 28-III-2012), a los que me remito en razón de la brevedad y doy aquí por reproducidos.

IV. En virtud de todo ello, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa. Notifíquese con entrega de copia del dictamen de fs. 210/216.

Los señores jueces doctores Negri, Kogan y Pettigiani, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron la segunda cuestión también por la negativa.

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, en concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General se rechazan los recursos extraordinarios interpuestos; con costas (arts. 68, 289 y 298, C.P.C.C.).

Notifíquese, regístrese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

GABRIELA MARGARITA RIMOLDI - Subsecretario

VI. ROL DE LA FAMILIA BIOLÓGICA.

A) LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN

(Causa C. 114.079, sent. del 23-IV-2014).

CUESTIÓN PLANTEADA:

Este caso llegó a conocimiento de la Corte a partir de un planteo acerca de la legitimación de una madre biológica en el juicio de adopción de su hija.

Si bien, como se podrá observar, el caso presenta matices particulares, reviste interés darlo a conocer ya que es una temática que no se presenta frecuentemente en la instancia extraordinaria.

RESEÑA DEL CASO:

La sentencia de primera instancia había otorgado a un matrimonio la guarda provisoria de una niña cuya madre se hallaba internada en la Colonia Montes de Oca desde hacía tiempo.

La Curadora Oficial, en representación de la madre biológica, manifestó su oposición a que la adopción –en oportunidad de ser otorgada- lo fuera en forma plena y solicitó que, previa evaluación psicológica de su representada, se facilitara el vínculo de la niña con su familia biológica a fin de preservar su derecho a la identidad y al mantenimiento de las relaciones familiares.

Luego se concedió la guarda preadoptiva y, más adelante, se dispuso la adopción plena de la niña. En dicho fallo la magistrada analizó el informe psiquiátrico de la madre biológica así como también las dificultades planteadas por su escaso entorno familiar, concluyó que la situación de desprotección y abandono se había originado en la discapacidad de la progenitora y que se evidenciaba la ausencia de un

núcleo familiar al que la nombrada pudiera recurrir. En cuanto a las visitas solicitadas por la Curadora, las apreció inconvenientes debido a la ausencia de una relación familiar previa.

Apelada esta sentencia por la Curadora, la Cámara declaró mal concedido el recurso con sustento en la falta de legitimación de la madre biológica en el juicio de adopción que emana de los arts. 317 inc. a y 321 inc. b del Código Civil.

Contra dicho fallo la citada representante del Ministerio Público dedujo un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La Corte –por mayoría- hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la resolución impugnada, ordenando remitir las actuaciones a la Cámara de origen para que, con nueva integración, proceda al tratamiento de los agravios planteados por la representante de la progenitora.

CARÁTULA:

"G., R. A. y C., A.V. Adopción".

PASAJES DESTACADOS:

- Si bien es cierto que el art. 321 del Código Civil establece que "En el juicio de adopción... b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores..." y solo se encuentra prevista la citación de los progenitores en el proceso de guarda (conf. art. 317 inc. a), en las presentes actuaciones, ante la situación aquí planteada, debe considerarse a la recurrente legitimada para apelar la sentencia de adopción (Del voto del Juez Negri).
- Del carácter de la adopción dependerá la vigencia o frustración de los derechos de una persona carente de plena salud mental, ello así no puede negarse a la progenitora de la menor -representada por la señora Curadora- la condición de parte legitimada para requerir la revisión de la decisión adoptada con relación a su hija (Del voto del Juez Negri).
- El interés superior del menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) y la incapacidad que aqueja a la madre biológica de la niña justifican en este caso una postura amplia al analizar la legitimación de la recurrente para apelar la sentencia (Del voto del Juez Negri).

- Ante la cuestión constitucional de defensa en juicio comprometida, que repercute en el derecho a su vida familiar (arts. 7 inc. b de la ley 26.657, 23 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y 9 de la Convención de los Derechos del Niño), se ha impedido a la madre biológica el derecho a participar con todas las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. nac., 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, reglas 7 y 8) y, de este modo, se ha cercenado el derecho de sustancia material del que es titular. (Del voto del Juez de Lázzari).
- La relación de la niña con su mamá biológica y la forma de insertarse con la familia adoptiva en la alternativa de comunicación no se corresponde al de un modelo único de familia, según el cual, desde el inicio, ella debe presentar ciertas características o condiciones esenciales o naturales que no pueden ser suplidas o corregidas con la ayuda o intervención de los órganos estatales para alcanzar algún tipo de relación familiar si de las propias circunstancias se exhibe la necesidad de apoyatura (Del voto del Juez de Lázzari).
- El nudo gordiano de esta cuestión está en evaluar cuál es la mejor alternativa para la niña, para la formación de su personalidad. En todo caso lo que aquí está en juego -con la vigencia de los principios constitucionales e internacionales comprometidos- es resolver sobre la aptitud de una madre de relacionarse con su hija a pesar de su incapacidad y el impacto que ello tiene en alcanzar la mejor solución para la niña que ya está inserta en una familia adoptiva. Pero para ello es indispensable que el debido proceso legal abarque las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N 9, párr. 28). (Del voto del Juez de Lázzari).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 23 de abril de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Negri, Genoud, Soria, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lázzari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 114.079, "G. , R. A. y C. , A.V. . Adopción".

ANTECEDENTES

La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 159 por la señora Curadora Oficial de Alienados (fs. 179/181).

Se interpuso, por la referida funcionaria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 183/189).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

1. En los autos caratulados "F., S. M. s/ Insania" (acollarados a la presente), en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial n° 10 del Departamento Judicial de Mercedes, con fecha 6 de junio de 1996 se declaró la insania de la causante por padecer un "retraso mental discreto" y se nombró como curadora definitiva a la señora Curadora Zonal de Alienados (v. fs. 87 de los citados autos).

2. El 27 de octubre de 2003 S. M. F. tuvo una hija, S.F. . La niña fue trasladada al Hospital Noel Sbarra ya que su madre se encontraba internada en la Colonia Nacional "Dr. Manuel Montes de Oca" y no se podía hacer cargo de la misma (v. fs. 245, de la insania).

En abril del año 2004, en las presentes actuaciones -actualmente caratuladas "G. , R. A. y C. , A. V. s/ adopción", en trámite por ante ese mismo Juzgado Civil y Comercial N° 10-, se autorizó al matrimonio G. - C. a retirar en guarda a la menor S. F. del nosocomio donde se encontraba (v. fs. 6 y 12).

3. La Curadora Oficial de Alienados (en representación de la madre biológica de la niña) tuvo una activa intervención tanto en el juicio de insania de su asistida como en el presente proceso de guarda y adopción.

Manifestó desde el inicio de las presentes actuaciones su oposición a que se otorgara a la menor en adopción "plena" (posición que mantuvo durante todo el transcurso del proceso dejando en claro que no se oponía a la adopción, sino que requería que ésta sea otorgada con carácter "simple").

Solicitó, además, que previa evaluación psicológica de la señora S. M. F. se facilitara el vínculo de la niña con la familia biológica a fin de preservar su derecho a la identidad y el mantenimiento de las relaciones familiares (fs. 4, 45 y vta. 141/142).

(Surge de la causa "F., S. M. s/ insania" -acollarada a las presentes- que la progenitora de S. F., aún antes de que naciera su hija, había expresado su deseo de salvaguardar el vínculo entre ellas con encuentros periódicos -v. fs. 248- reclamo que fue reiterado a lo largo del tiempo -v. fs. 356, del mismo expediente-).

4. El 26 de abril de 2006 el juez concedió la guarda preadoptiva de S. F. al matrimonio G. - C. (fs. 82 y vta.).

La Curadora Oficial interpuso recurso de apelación (v. fs. 99) del que luego desistió por entender que, si bien la sentencia de fs. 82 no había señalado su oposición a una eventual adopción plena (v. fs. 45 vta.), lo cierto era que lo consignado en la parte resolutive del decisorio apelado no causaba agravio a su representada (fs. 104).

5. Con posterioridad, la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda de adopción plena deducida, declarando a la niña S. F. legalmente adoptada por el matrimonio guardador compuesto por R. A. G. y A. V. C. (fs. 150/155).

En dicho pronunciamiento la jueza concluyó que la niña se encontraba en situación de desprotección y abandono a raíz de la discapacidad mental de su madre biológica, aunque destacó que dicha realidad no había sido provocada por una conducta consciente de la progenitora (fs. 150/155).

Por otra parte, desestimó el pedido de visitas oportunamente requerido por la señora Curadora Oficial, indicando que no existía en el caso relación familiar que mantener (v. fs. 154 vta./155).

6. Esa decisión fue apelada por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159, el recurso fue concedido libremente a fs. 159 vta. y a fs. 163/165 se presentó la expresión de agravios.

Sin embargo, la alzada declaró que el recurso de apelación había sido mal concedido tras considerar que "la señora Curadora Oficial Zonal de Alienados no es parte en el juicio; por lo tanto carece de legitimación para apelar la sentencia" (fs. 180).

7. Contra dicha resolución la referida funcionaria, en representación de la madre biológica de la menor, dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció infracción a los arts. 18 y 31 de la Constitución nacional, 9, 2 y 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, lo prescripto en la ley nacional 26.061 y en la provincial 13.298 y 317 inc. "a", 321 inc. "b" y 325 del Código Civil.

8. La impugnación está limitada a determinar si el recurso de apelación de fs. 159 fue -o no- mal denegado.

a. En el presente juicio de adopción, posterior al trámite de guarda preadoptiva, el órgano jurisdiccional dio intervención a la representante legal de la madre biológica (v. fs. 135 y 157), lo que motivó las presentaciones de fs. 136/137; 138; 139/140; 141/142 y 150. Esta participación también fue requerida por los pretendientes adoptantes, conforme surge de las presentaciones de fs. 156 y 158.

En ese contexto observo que la curadora nunca se opuso a la adopción sino que solo requirió que la misma fuera otorgada con carácter "simple" y que, respetando el derecho de la niña a la identidad y a las relaciones familiares, se arbitraran los medios para que la menor pudiera tener vínculo con la familia biológica (v. fs. 45).

b. La decisión de fs. 82 no causó agravio a la aquí recurrente, pues en dicho pronunciamiento se otorgó la guarda preadoptiva, y la madre biológica -tal como señalé- no formuló oposición en relación a ello, sino solo respecto del carácter con que la misma debía ser otorgada.

Es por eso que la primera oportunidad que tuvo la recurrente de cuestionar el carácter con que fue concedida la adopción fue -precisamente- al interponer un recurso de apelación contra la sentencia obrante a fs. 150/155.

c. Si bien es cierto que el art. 321 del Código Civil establece que "En el juicio de adopción ... b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores..." y solo se encuentra prevista la citación de los progenitores en el proceso de guarda (conf. art. 317 inc. a), en las presentes actuaciones, ante la situación aquí planteada, debe considerarse a la recurrente legitimada para apelar la sentencia de adopción.

De lo contrario, el espíritu de la ley y las garantías constitucionales, sobre todo la de defensa en juicio, se verían notoriamente lesionadas (art. 18, Constitución nacional).

d. A ello aduno la permanente actividad procesal desplegada por la representante legal de la incapaz, en consonancia con lo dispuesto por la ley 26.657 de Salud Mental y las pautas que la norma establece con el objeto de restringir al máximo las limitaciones a la capacidad de las personas con problemas mentales, que son de orden público (arts. 3, 14 y ccs.). Y por otra parte, que en las presentes actuaciones, a pesar de la existencia de intereses contrapuestos entre la menor y su madre biológica, ambas han sido representadas promiscuamente por la misma Asesora de Incapaces (v. fs. 4, 13, 39, 49, 81, 110, 134, 144; arts. 59, 494 del Código Civil; 23 y ss., ley 12.061).

e. En conclusión, si bien en la especie la adopción de la niña no se discute y lo que queda por determinar es sólo la modalidad de la misma, la cuestión no es menor.

Del carácter de la adopción dependerá la vigencia o frustración de los derechos de una persona carente de plena salud mental, ello así no puede negarse a la progenitora de la menor -representada por la señora Curadora- la condición de parte legitimada para requerir la revisión de la decisión adoptada con relación a su hija (conf. arts. 4, 14 y ctes., ley 26.657 cit.).

9. Por consiguiente, el interés superior del menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) y la incapacidad que aqueja a la madre biológica de la niña justifican en este caso una postura amplia al analizar la legitimación de la recurrente para apelar la sentencia de fs. 150/155.

10. Si lo que dejo expuesto es compartido, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocarse la resolución de fs. 179/181 que declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159 y, en consecuencia, remitir las actuaciones a la Cámara de origen para que nuevamente integrada proceda al tratamiento de los agravios planteados (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden dadas las características de la cuestión traída (art. 68, 2da. parte, C.P.C.C.).

Voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En mi opinión, el recurso no puede prosperar.

De un lado, tal como señala el señor Subprocurador General en los párrafos primero a noveno del punto III de su dictamen de fs. 202/205, la recurrente no rebate idóneamente la solución adoptada por la Cámara, limitándose a invocar la supuesta contradicción del fallo sin hacerse debido cargo de la distinción legal en la que aquél se sustenta con base en lo dispuesto por el art. 321 del Código Civil, cuya validez constitucional no ha sido cuestionada.

De otra parte, por las razones expuestas en los párrafos decimotercero a vigésimo tercero del pto. III del citado dictamen, merecen desestimarse las quejas vinculadas a la violación del superior interés del niño y a su derecho de identidad.

2. Por los fundamentos brindados, que estimo suficientes a los fines de rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (art. 279 su doc. del C.P.C.C), voto por la negativa.

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

I. Me permito discrepar con la solución propuesta por el colega que abre este acuerdo, pues entiendo que la impugnante no demuestra las infracciones legales que denuncia, por lo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído no puede merecer favorable acogida (art. 289, C.P.C.C.).

1. En efecto, sostuvo la alzada con cita de los incs. "b" y "c" del art. 321 del Código Civil que el juicio de adopción se desenvuelve entre los adoptantes y el Ministerio Público de Menores, como únicos legitimados para el debate, sin perjuicio de que el juez pueda en dicho trámite oír al adoptado y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor (fs. 179 vta.); agregando que la exclusión de los padres biológicos como parte en este juicio adquiere razón de ser en su intervención y consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (art. 317 inc. "a", Cód. Civil; fs. 179 vta.). Luego, siendo que la recurrente, Curadora Oficial de Alienados, obra en representación de la madre biológica de la menor en proceso de adopción, no puede ser considerada parte en el proceso, careciendo por ende de legitimación para apelar la sentencia definitiva (fs. 180).

2. En su impugnación, si bien la recurrente no objeta la constitucionalidad de la norma actuada por la alzada, sostiene que en el proceso de adopción se le ha dado una intervención sustancial, corriéndosele vista de un dictamen de la Asesora de Incapaces (fs. 135, 141/2), permitiéndosele incorporar otros informes socio-ambientales (fs. 136/40) y notificándosele por pedido de los adoptantes la sentencia definitiva de primera instancia (fs. 157/9), afirmando que no se la convocó simplemente para ser oída (fs. 186). Por otro lado, reprocha que las normas aplicadas para rechazar su legitimación procesal hayan sido actuadas prescindiendo del resto del ordenamiento jurídico vigente, omitiéndose considerar la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional, y las leyes 26.061 y 13.298 que estatuyen -alega- la obligatoriedad de adoptar las medidas para que los niños permanezcan en su familia biológica, evitando que sean desarraigados de sus padres sin justo motivo (fs. 187). Finalmente, invocando doctrina legal de esta Suprema Corte que reputa aplicable al caso, insiste en que

la interpretación del art. 321 del Código Civil debe hacerse sin acudir a un ritualismo injustificado, en consonancia con los principios de subjetividad del niño y de su superior interés, teniéndose en cuenta el caso particular, con amplio criterio y considerándose la normativa de fondo en juego con las normas procesales y supra legales (fs. 187 vta.).

3. Sin embargo, la hermenéutica efectuada por el tribunal a quo resulta ajustada al derecho vigente en la generalidad de los casos (arts. 317 y 321, Cód. Civil).

De esta forma, habiendo mediado efectiva citación de los progenitores en el proceso de guarda con fines de adopción y/o habiendo ellos brindado en tal etapa su pleno e informado consentimiento con dicho trámite, su intervención en el subsiguiente proceso de adopción ya no deviene imperativa, sino que dependerá del arbitrio del juez, quien los citará sólo si así lo estima conveniente en beneficio del menor (art. 321 inc. c, Cód. Civil). De modo que la citación y participación de los progenitores o sus representantes legales es requerida para que brinden su consentimiento con el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y en dicho proceso (mi voto en Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998).

Y ello así salvo en aquellos supuestos en los que tal consentimiento ya no sea necesario, por hallarse internado el niño en un establecimiento asistencial y los padres haberse desentendido totalmente de él por el término de un año, o por haber colocado al menor ante una situación - constatada judicialmente- de desamparo moral o material evidente, manifiesto y continuo, o por haber sido los padres privados de la patria potestad, o por haber manifestado previa y judicialmente su expresa voluntad de entregar a su hijo en adopción (conf. art. 317, Cód. Civil).

Como he apuntado en el precedente mencionado, esta evolución normativa obedece al cambio visceral operado en los institutos de la adopción y la patria potestad, en los cuales el superior interés del menor, cada vez más hegemónico, ha desplazado significativamente al de los progenitores.

Entiéndase por "interés del menor" al 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, que excluya toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. Ac. 63.120, cit.; 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. 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 (conf. Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

En la adopción dejó de tener vigencia el pensamiento de que ella "se inventó para consuelo de las personas a quienes la naturaleza negó la posibilidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado" (Escrache, Joaquín; "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", París, 1890, p. 92, voz "Adopción"), para albergar un fundamento centrado casi exclusivamente en la protección del menor desamparado y su consecuente interés. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, han quedado relegados en

una medida razonable los de los mayores, y el proceso de adopción despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22; mi voto en Ac. 63.120, cit.).

Así, a partir de una clara diferenciación de los distintos motivos y fines que presentan los trámites judiciales anteriores al juicio de adopción y éste, la posible intervención de los progenitores del niño en unos u otro ha de recibir un ostensible disímil tratamiento.

Por un lado, es en el proceso de privación de la patria potestad de los progenitores, en el tramitado con miras a obtener una declaración de estado de adoptabilidad del menor cuyos derechos se encuentren vulnerados, o en el de guarda con fines adoptivos, donde los padres biológicos deben intervenir y cumplir un rol preponderante, garantizándoseles al máximo su derecho de defensa en juicio (conf. Belluscio, Augusto "Ley de Adopción 24.779", Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 20/1), a los fines de que su participación en los mismos en calidad de partes los habilite no sólo a consentir plena e informadamente un posible destino familiar alternativo al biológico para su hijo, sino para debatir con amplitud las consecuencias jurídicas que deban seguirse de sus propios actos u omisiones, oponerse a la adopción, cuestionar su posible alcance, proponer guardadores de su hijo.

Pero una vez transitada dicha etapa, garantizada plenamente la defensa de sus derechos, constatado el desamparo y confiado el niño a otro grupo familiar, habiendo encontrado cabal contención dentro del seno de ese grupo, el esfuerzo de la sociedad, que opera a través del servicio de justicia, constituido en custodio inflexible de la licitud del traslado desde su familia de origen, pasa a estar enteramente dirigido a auscultar su ansiada integración en el nuevo ámbito así formado, con miras a la consecuente consolidación del vínculo afectivo -destinado a primar, incluso por sobre la fuerza de la sangre- que se va sedimentando aceleradamente con el paso del tiempo entre él y sus nuevos guardadores, que pasan así a obrar como delicados artífices de su desarrollo, entorno en el cual el niño edificará y dará marco a la forja de su personalidad conformando así su incipiente identidad dinámica en la cual resulta -salvo que sea para reparar supuestos de ilicitud y restaurar consecuentemente el pleno imperio de la ley- hartamente temerario todo intento de generar extemporáneas intromisiones de un pasado que resulta imprescindible superar justamente en aras del superior interés del principal legítimo destinatario del favor social (arg. arts. 3, 9, 12 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño).

De modo que todo respeto por el derecho de defensa en juicio de los progenitores alcanza adecuado resguardo con su necesaria citación efectiva y eventual participación en calidad de parte durante las etapas procesales anteriores al juicio de adopción (conf. art. 317, Cód. Civil; en sentido análogo, Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", Universidad, Buenos Aires, T. I, pág. 439 y ss.).

A la vez que todo respeto por el derecho a la identidad del menor, que carece de significación decisiva para determinar la necesidad de citación de los progenitores al juicio de adopción, alcanza su satisfacción con la precisa individualización de la madre y/o padre en autos, la actuación del juez y las

directivas contenidas en la ley, que se ha ocupado particularmente de este tema (arts. 321 inc. h y 328, Cód. Civil; mi voto en Ac. 63.120, cit.; v. asimismo compromiso asumido a fs. 133 por los guardadores).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño abastece esta hermenéutica, confirmándonos su acierto. Pues conforme nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto los procesos de privación de la patria potestad (art. 306 y ss., Cód. Civil), como los tramitados en el marco de abrigos seguidos de prolongadas e irreversibles guardas institucionales o similares situaciones de abandono moral o material de los niños que culminan con las consecuentes declaraciones judiciales de su adoptabilidad (ley 13.298 y modificatorias), e incluso los subsiguientes procesos de guarda con fines de adopción (art. 317, Cód. Civil), cuentan con la necesaria intervención de los progenitores a los fines de que estos puedan dar a conocer sus opiniones, formulando planteos, ofreciendo y produciendo pruebas, eventualmente prestando pleno e informado consentimiento con los trámites, recurriendo las resoluciones que en su marco sean adoptadas y llevando adelante todos los actos procesales que estimen convenientes para la defensa de sus derechos, en los términos de lo previsto por el art. 9 de la citada convención con jerarquía constitucional (parágs. 1 y 2).

Luego, sea mediando la voluntad o consentimiento de sus padres, o cuando la autoridad judicial competente haya determinado de manera firme, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que la separación del niño de sus padres resulta necesaria en su superior interés, o cuando se haya definido la identidad de los posibles adoptantes del niño y se les haya otorgado finalmente su guarda con tales fines, entonces la consolidación de un nuevo vínculo afectivo entre éste y aquellos ya no requiere una participación necesaria de los padres biológicos (arts. 20 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño), pudiendo ésta, por el contrario, hasta resultar inconveniente para su plena conformación.

En consecuencia, el costo emocional y la inestabilidad y consecuente zozobra que implica para todas las partes involucradas retrogradar la situación a los inicios, volviendo a escuchar a los padres de sangre en el proceso de adopción resultan demasiado elevados en función de los trastornos que el trámite de la nueva citación y eventual comparendo suponen para la estabilidad afectiva del menor, sin duda el más delicado valor a resguardar (arg. arts. 3, 9, 12 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22, 23 y ccdtes., Constitución nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial).

4. En autos, las circunstancias particulares no alcanzan a auspiciar una interpretación distinta de las normas procesales y materiales aplicables.

Apenas nacida la niña, la progenitora y su Curadora Oficial tomaron la decisión de darla en adopción, a partir de los informes definitivos que indicaban la incapacidad materna para asumir su crianza (fs. 245 y ss., expediente de insania), sin que ningún otro familiar o la curadora hubieran ofrecido y/o asumido su cuidado o tutela (arts. 377, 390, 392, 480 y ccdtes., Cód. Civil), disponiéndose consecuentemente su alojamiento junto a sus actuales guardadores cuando la niña no había cumplido aún seis meses de vida (fs. 2, 4, 6, 11/2, abril de 2004).

Desde ese momento, bien que inicialmente por disposición judicial, la progenitora dejó de tener contacto con la niña, a quien no ha vuelto a ver hasta el presente, en el que la menor está por cumplir sus 10 años de edad (el próximo 27 de octubre de 2013), ni ha efectuado petición judicial alguna al respecto (más allá de las reiteradas solicitudes verbales que efectuara en ocasión de las visitas que le realizara su curadora, fs. 248, 338/40, 356, del expediente de insania). Desde ese momento, la niña ha estado viviendo con sus guardadores por casi 10 años.

Durante este decenio, la niña ha sido cobijada en el seno de la familia C. -G. en la ciudad de Moquehue (fs. 119/125), cohabitando asimismo con la madre de la guardadora ("su abuela D. "), interactuando cotidianamente con sus primos y tíos, y a partir de 2008 con S. , "mi hermanita" -como S. la llama-, hija por naturaleza de los guardadores, con quien comparte sus días, juega y a quien cuida y adora profundamente (fs. 129/131).

Luego, justamente a la luz de las constancias de la causa, surge que la niña se encuentra adecuadamente integrada en la familia de sus guardadores, con vínculos bien consolidados, los que incluyen asimismo a su familia extensa, con frecuencia en el trato y afecto con primos, tíos, abuelos y muy especialmente con su nueva hermana (fs. 41, 43, 119/125, 129/131).

5. Por demás, cierto es que la progenitora -a través de su Curadora Oficial- manifestó en el procedimiento de guarda con fines adoptivos su consentimiento a que la niña fuera dada en adopción, bien que condicionado a que se salvaguardara su deseo de mantener un vínculo afectivo con la niña a través de encuentros periódicos, oponiéndose a que se otorgara a su hija en adopción plena (fs. 4, 45, 99, 136/7, 139/40, 141/2), mas el tipo de adopción a ser discernido en cada caso no depende tanto de la voluntad de los progenitores (o sus representantes legales) que prestan o subordinan su consentimiento a una u otra modalidad, aún cuando éstos padezcan -como en el caso- condiciones personales (acentuada discapacidad) que lógicamente les haya tornado inimputable toda ineptitud para desempeñar las funciones maternas o paternas (conf. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378; arts. 54, 141 y ccdtes., Cód. Civil; Ley de Salud Mental 26.657), sino que depende de lo que concretamente sea lo más conveniente al superior interés del niño involucrado, considerándose desde su perspectiva, pudiendo el magistrado incluso apartarse de los requerimientos de los intervinientes para disponer el tipo adoptivo que mejor proteja los derechos e intereses del menor (arts. 20 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 321 inc. i, 325, 330 y ccdtes., Cód. Civil; igualmente el art. 4, ley 13.298).

En efecto, el proceso de adopción participa de los caracteres del inquisitivo civil, con un juez que no se encuentra sujeto al contenido de la petición u oposición deducidas, ni por el particular aporte de las pruebas que los sujetos pudiesen haber ofrecido, sino que debe velar por la tutela del bienestar del menor involucrado, pudiendo disponer el tipo de adopción que mejor represente sus intereses (en sentido análogo, Kielmanovich, Jorge, "Derecho Procesal de Familia", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pág. 135; entre otros), intereses que durante el juicio de adopción son tutelados por el Ministerio Público -Asesor de Incapaces- en carácter de su representante promiscuo (arts. 59, Cód. Civil; 23 inc. 4 y ccdtes., ley 12.061).

6. Finalmente, en lo concerniente a la doctrina legal citada como presuntamente infringida por el decisorio impugnado, cabe observar que la misma resulta inatingente. Y sabido es que resulta insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa (conf. C. 93.439, sent. del 22-V-2013; C. 108.573, sent. del 2-XI-2011).

II. En suma, por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, doy mi voto por la negativa, con costas (art. 289, C.P.C.C.).

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la negativa.

El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó también por la afirmativa.

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

1. Adhiero a la solución propuesta por el doctor Negri.

2. Las particulares circunstancias de esta causa impiden una férrea y cerrada división entre la etapa procesal que comprende a los padres biológicos y el niño, y la ulterior vinculada con el proceso en su relación con los adoptantes. Ello así, pues existe un elemento relevante que surge de las actuaciones que inclina mi convicción en el sentido aludido.

3. En autos, la Curadora Oficial peticona para su representada, M.F. , preservar las relaciones familiares a través de un régimen de comunicación con su hija (fs. 45 y vta.). Veamos la manera en que se ha sustanciado y resuelto -si es que se ha resuelto- esta alegación.

a) A fs. 48, la primera decisión del juez de familia consistió en proveer "que de lo expuesto por la Sra. Curadora Oficial a fs. 45 y de lo manifestado en el escrito de providencia córrese previa vista a la Señora Asesora de Incapaces" (fs. 48).

b) A fs. 49 se da intervención a la señora Asesora, quien solicita tener presente el expediente sobre insania seguido a la progenitora de la menor, en donde consta la discapacidad de esta última.

c) A fs. 80 vta., se corre vista a la Asesora conjuntamente con los autos caratulados "F. , S. s/ Insania".

d) A fs. 82 se concede la guarda preadoptiva al matrimonio C. -G. .

e) A fs. 99 la Curadora Oficial interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 82.

f) A fs. 104, la Curadora Oficial desiste del recurso. Textualmente señala que ha llegado al convencimiento de que "si bien la sentencia de fs. 81 no ha tenido presente lo manifestado por mi parte a fs. 45 vta. (la comunicación con la madre de sangre), lo cierto es que lo consignado en la parte resolutive no causa agravio a mi representada, y tendrá la oportunidad, en su caso, de replantear aquello, enjuicio posterior".

g) A fs. 139 vta. luce un informe de la Asistente Social que reitera el pedido de la madre de que su hija la visite en la institución.

h) A fs. 141, la Curadora Oficial vuelve a solicitar el derecho a comunicación con su hija al estar pendiente el pedido de fs. 45.

i) A fs. 150 se dicta sentencia en primera instancia, pronunciándose en forma negativa al pedimento de fs. 45/45 vta. (ver punto IV de la sentencia, fs. 155).

j) A fs. 179/180, en la sentencia de Cámara se delimita la cuestión en torno a que la madre biológica no está legitimada para actuar a esta altura del trámite.

4. En estas condiciones, se observa que el juez de primera instancia, en uso de sus facultades de director del proceso respecto del derecho de comunicación de la madre biológica con su hija, imprimió determinada marcha al proceso, postergando su decisión para una etapa posterior a fin de recabar mayores elementos de convicción a los efectos de formar su criterio. Luego, en la sentencia de primera instancia, se rechaza el pedido de visitas. Para ello sostiene que "el derecho de visitas se sustenta en la necesidad de mantener la solidaridad familiar, a los fines de impedir la disgregación de ese núcleo" (fs. 155). Y agrega que "en el caso que nos ocupa esa relación nunca existió, ello de acuerdo se infiere de todo lo actuado en este expediente y en los autos sobre insania..." (el subrayado me pertenece).

Frente a este desenlace, la Curadora Oficial interpone el recurso de apelación (fs. 159), el que fue concedido (fs. 159 vta.). La alzada, valiéndose de las derivaciones de la concesión de la guarda preadoptiva y la firmeza del decisorio, revoca la resolución de primera instancia que había admitido el recurso, cerrando el debate sobre el trámite impugnativo (fs. 179 vta./180). Así, se deja sorpresivamente fuera de revisión la decisión sobre esta otra parcela -la que deniega el derecho de visitas- conculcando las condiciones que deben cumplirse para asegurar una adecuada defensa.

Ante la cuestión constitucional de defensa en juicio comprometida, que repercute en el derecho a su vida familiar (arts. 7 inc. b de la ley 26.657, 23 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y 9 de la Convención de los Derechos del Niño), se ha impedido a la madre biológica el derecho a participar con todas las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. nac., 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, reglas 7 y 8) y, de este modo, se ha cercenado el derecho de sustancia material del que es titular.

Ya advierte Aldo Attardi, en el año 1958, al marcar la correlación entre el derecho material y el procesal, que es indispensable partir del primero, porque por más vueltas que demos en reducir esta cuestión, el proceso no es sino el medio para la producción de determinados efectos jurídicos (económicos, sociales y axiológicos) a favor del titular de un derecho. Las normas materiales y no solamente las procesales, son las que deben ser llevadas a la consideración del juez de manera que se abre, por tanto, un sin número de posibilidades de que el titular del derecho obtenga una sentencia, pues el proceso existe para que quien tenga derecho pueda conseguir su declaración y realización ("L' interesse ad agire", Padova, 1079, p. 72-3; ver mi voto en Ac. 84.102, sent. del 10-V-2006, C 104.149, sent. del 15-VII-2009).

5. Al estar involucrados en este proceso una persona con problemas de salud mental y una niña, ambos merecedores de protección, me permito hacer esta observación adicional.

La relación de la niña con su mamá biológica y la forma de insertarse con la familia adoptiva en la alternativa de comunicación no se corresponde al de un modelo único de familia, según el cual, desde el inicio, ella debe presentar ciertas características o condiciones esenciales o naturales que no pueden ser suplidas o corregidas con la ayuda o intervención de los órganos estatales para alcanzar algún tipo de relación familiar si de las propias circunstancias se exhibe la necesidad de apoyatura (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera, Marisa, quienes se explayan sobre el concepto de familia en construcción y las acciones positivas que corresponden al Estado en "Familia de origen vs. Familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", L.L. 2011-F-225 y la cita en n. 6; C. 104.589, sent. del 16-XII-2009; C. 97.295, sent. del 21-III-2012; arts. 75 inc. 22 y 23 de la Const. nac. y 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

El nudo gordiano de esta cuestión está en evaluar cuál es la mejor alternativa para la niña, para la formación de su personalidad. En todo caso lo que aquí está en juego -con la vigencia de los principios constitucionales e internacionales comprometidos- es resolver sobre la aptitud de una madre de relacionarse con su hija a pesar de su incapacidad y el impacto que ello tiene en alcanzar la mejor solución para la niña que ya está inserta en una familia adoptiva. Pero para ello es indispensable que el debido proceso legal abarque las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N 9, párr. 28).

Por las razones expuestas, voto por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, revocándose la resolución de fs. 179/181 que declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159 y, en consecuencia, se ordena remitir las presentes actuaciones a la Cámara de origen para que, nuevamente integrada, proceda al tratamiento de los agravios planteados (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, dadas las características de la cuestión debatida (art. 68 2da. parte, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

B) CONSTATACIÓN DE LA SITUACIÓN DE ABANDONO

(Causa C. 116.522, sent. del 11-XII-2013).

CUESTIÓN PLANTEADA:

En este fallo, luego de una exhaustiva compulsa de las actuaciones, se confirmó un pronunciamiento que declaró el estado de abandono y adoptabilidad de un menor de edad por considerar que, pese a los intentos realizados por todos los operadores, no se había podido lograr una revinculación materno-filial, adoptando la solución que se valoró más acorde al interés superior del niño.

RESEÑA DEL CASO:

En el caso que se presenta, el niño había nacido con síndrome genético y algunas afecciones importantes en su salud, por lo cual debió permanecer varios meses internado.

Dados los infructuosos intentos de localizar a la madre, quien no concurría junto a su hijo, se tomaron distintas medidas de abrigo y posteriormente el juzgado interviniente declaró el estado de abandono. Asimismo, dicho órgano resolvió otorgar a un matrimonio la guarda provisoria del pequeño.

En ese momento se presentó la progenitora y apeló el citado pronunciamiento planteando las serias dificultades socioeconómicas y familiares por las que atravesaba, manifestando que era su voluntad hacerse cargo de su hijo.

La Cámara consideró que se había vulnerado el derecho de defensa de la madre y por tal motivo hizo lugar a la apelación, anulando todo lo actuado en primera instancia desde que fue conferido el traslado a la recurrente del pedido de declaración de abandono formulado por el Asesor. Sin embargo, mantuvo la guarda provisoria otorgada.

Dos Asesores de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, los que fueron desestimados por la Cámara. Luego, ambos

representantes del Ministerio Público articularon recurso de queja ante el superior Tribunal.

La Corte admitió la concesión de una de las vías deducidas, dado que ambos Asesores habían recurrido en representación del niño.

En el fallo, como ya se refirió en el apartado anterior, se realizó un amplio abordaje de la causa, examinando las circunstancias vividas por el pequeño desde su nacimiento, así como los esfuerzos de los operadores en pos del establecimiento del vínculo materno-filial y de los motivos esgrimidos por la madre en su intento por demostrar la imposibilidad de atender a su hijo desde el nacimiento. Consideró, asimismo, que esta había tenido la concreta posibilidad de intervenir en el proceso en procura de la defensa de sus derechos, tanto durante la etapa que dio motivo a la adopción de las medidas de abrigo como con anterioridad al dictado de la decisión que declaró el estado de abandono del niño.

Concluyó haciendo lugar al recurso extraordinario y confirmando la sentencia de primera instancia.

CARÁTULA:

"Q., T. Guarda institucional".

PASAJES DESTACADOS:

- La atención primordial al "interés superior del niño" al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores. La atención primordial de dicho bien jurídico apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño. La opción a escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores. (Del voto del Juez Soria).
- En casos como el de autos en que concurren relevantes conflictos interpersonales, cabe privilegiar la consideración primordial del interés superior del menor, que está previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene, dado lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, jerarquía

constitucional. Tal paradigma es el que orienta la legislación en materia de menores y específicamente en la adopción ha sido consagrado en el art. 321 inc. i del Código Civil. (Del voto del Juez Soria).

- El interés del menor 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, 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 (Del voto del Juez Pettigiani).
- 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 (Del voto del Juez Pettigiani).
- Por ello, 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 los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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 (Del voto del Juez Pettigiani).
- La paternidad no constituye una omnipotestad biológica que confiera impunidad para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor y en este aspecto aparece la posibilidad de que los

niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral. Ello así, pues al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de su identidad y de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean -como ocurre en el caso- objeto de descuido o abandono (Del voto del Juez Pettigiani).

- Al decidir respecto del estado de abandono del menor y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que posee respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de aquél, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en juego (Del voto del Juez Pettigiani).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 11 de diciembre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Soria, Genoud, Kogan, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 116.522, "Q. ,T. . Guarda institucional".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Necochea decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 72 -privando de validez a la decisión de origen que había declarado el estado de abandono y situación de adoptabilidad del menor-, sin perjuicio de mantener la guarda provisoria dispuesta a fs. 92/93 (fs. 158/172).

Se interpusieron, por el señor Asesor de Incapaces n° 1 y la señora Asesora de Incapaces n° 2 del Departamento Judicial de Necochea, sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (fs. 188/198 y 199/210).

Desestimados ambos remedios por la Cámara interviniente (v. fs. 211), los impugnantes interpusieron recursos de queja (fs. 277/291 y 320/333), admitiendo esta Suprema Corte la concesión del remedio articulado a fs. 188/198 (v. fs. 337 y 350).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En el sub lite, la señora jueza de primera instancia dictó sentencia decretando el desamparo y consecuente estado de adoptabilidad del hijo menor de M. P.Q. , convirtiendo la guarda provisoria otorgada a fs. 92/93 en guarda preadoptiva en los términos del art. 316 del Código Civil (v. fs. 100/108).

Esta decisión fue apelada por la señora Q. (v. fs. 139) quien, en su memorial de agravios de fs. 143/146, cuestionó la falta de acompañamiento y abandono endilgado a su parte -arguyendo las dificultades económicas y de violencia que atravesó junto a su grupo familiar- y alegó que jamás tuvo la voluntad de desentenderse del menor, siendo su intención recuperar a su hijo.

A su turno, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Necochea anuló todo lo actuado a partir de la providencia de fs. 72 que corrió traslado a la progenitora del pedido formulado por la señora Asesora de Incapaces a fs. 68/69. Mantuvo, sin embargo, la guarda provisoria del menor T. que había sido otorgada a los señores P. G. y A. D. M. a fs. 92/93 y ordenó que se implemente un régimen de visitas que asegure el contacto del niño con su progenitora biológica y demás integrantes del grupo familiar (v. fs. 158/171).

En apoyo de su decisión, sostuvo el tribunal que a partir del pedido de la Asesora de Incapaces a fin de que se declare el estado de abandono y preadoptabilidad de T. (fs. 68/69 vta.), se dio curso a un proceso sumario sin asegurar a la progenitora -e indirectamente al niño- aquellos trámites esenciales -sustanciados de modo acorde a su estado de vulnerabilidad- que exige un proceso contradictorio en el que se encuentra involucrado el orden público.

2. Contra dicho pronunciamiento se alza la señora Asesora de Incapaces por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 188/198, en el que denuncia la infracción a los arts. 3, 9,

18, 19, 20, 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 1, 5, 31, 75 inc. 22, 116, 117 118 de la Constitución nacional; 317, 321 inc. f y 325 del Código Civil.

Sostiene la recurrente que la decisión en crisis resulta arbitraria y da preeminencia a la supuesta violación y desprotección del derecho de defensa de la progenitora por sobre el superior interés del menor el cual, conforme la Convención de los Derechos del Niño y demás normas de rango constitucional, debe primar en todo caso (v. fs. 189). Así, con invocación de los tratados internacionales que rigen la materia y lo normado por la ley 26.061 y la legislación provincial ley 13.298, afirma que es deber ineludible velar por el mejor interés del niño, destacando que en la especie se ha comprobado el estado de desamparo y abandono sufrido por T.. Tal interés, insiste, constituye el límite a los deberes y derechos que ostentan los progenitores (v. fs. 189 vta./190 vta.).

Cuestiona, de otra parte, lo aseverado por la alzada en torno a la infracción del derecho de defensa de la progenitora. En este sentido, señala que tal derecho ha sido garantizado, no surgiendo por lo demás que la señora Q. hubiere instado acción administrativa y/o judicial enderezada a superar las dificultades que invoca para justificar la desatención de T. y remarcando que desde la Asesoría se le brindaron todos los medios necesarios para asistirle y acompañarla (v. fs. 190 vta./191 vta.).

Reseña, asimismo, las diversas diligencias y constataciones efectuadas a partir del ingreso de T. al hospital -en septiembre de 2009-, quien fue traslado en forma urgente por requerir una operación por su cardiopatía congénita, padeciendo de síndrome de Down, desnutrición severa e hipotonía global, no pudiéndose ubicar a la madre ni a ningún familiar. Da cuenta de los infructuosos y numerosos intentos de que la madre tome contacto con el niño, pese a haber sido informada de la importancia de ello a los fines de su recuperación (v. fs. 192 vta./194).

Refuta, además, la alegada indefensión de la madre, destacando que la nombrada fue notificada en tiempo y forma del pedido efectuado por la Asesoría para que se declare el estado de abandono y situación de adoptabilidad de su hijo, ello -acota- en forma previa al dictado de la sentencia de fs. 100/108 que así lo decreta (v. fs. 194 vta. y ss.).

Insiste, finalmente, en la comprobación del estado de abandono que surge claramente evidencia de las constancias incorporadas a la causa (v. fs. 196/197 vta.).

3. El recurso debe prosperar.

a. Conforme surge de las constancias de autos, las presentes actuaciones se inician a partir de la comunicación realizada por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Necochea de la medida de abrigo adoptada, en febrero de 2010, respecto de T. H. L. Q. (v. fs. 1 y 3/6).

El mencionado menor nació el 13 de julio de 2009 en la ciudad de Necochea con síndrome genético, cardiopatía congénita, distrofia severa y síndrome de mal abortivo. A pedido del Hospital Municipal doctor Emilio Ferreyra, el 29 de setiembre de 2009 se inició la intervención del Servicio Zonal. Que ingresado el menor al citado nosocomio municipal de Necochea, con indicación de alimentación enteral para recuperación intestinal, el Servicio de Pediatría informó que la progenitora no concurría a cuidarlo desde el 24 de setiembre de 2009, pese a haberse dispuesto la intervención de una trabajadora social a los fines de localizar a la progenitora, con resultado negativo.

Que con fecha 3 de octubre de 2009, T. debió ser trasladado de urgencia al Hospital de Niños de La Plata, sin que tampoco se lograra ubicar a la madre para que lo acompañe, donde luego fue atendido e intervenido quirúrgicamente. Ante esta situación, el servicio local da cuenta que procedió a citar a la señora Q. con fecha 2 de octubre de 2009, quien recibió la cédula pertinente, sin presentarse. Que ante su incomparecencia, se buscaron integrantes de la familia ampliada, manteniendo entrevistas con los tíos de T. , quienes expresaron que consideraban que la madre no se haría cargo del niño y que ellas tampoco se encontraban en condiciones de hacerlo por cuestiones laborales (v. fs. 3 vta.).

Con fecha 20 de octubre de 2009, el servicio social del Hospital Sor Ludovica se comunicó con el servicio zonal haciendo saber la necesidad de que se presente un adulto referente del niño para recibir entrenamiento relativo a los cuidados médicos permanentes que requiere (v. fs. 3 vta./4). Que el servicio zonal concurrió al domicilio de la señora Q., observando que la casa se encontraba demolida, siendo informados por vecinos que la nombrada estaría viviendo en el barrio San Martín. Que tras realizar diversas averiguaciones, lograron ubicarla el 27 de igual mes y año quien, tras relatar su situación, expresó que estaba decidida a irse a Mar del Plata y que éste quede internado en el hospital Materno Infantil de la citada localidad (v. fs. 4).

Con posterioridad, requerida autorización del Hospital Sor Ludovica a los fines de intervenir al menor, el 20 de noviembre de 2009, la señora Q. concurrió al nosocomio permaneciendo sólo un día (v. fs. 4).

Que con fecha 4 de diciembre de 2009, el servicio Zonal mantuvo una nueva entrevista con M. Q. quien les dijo que está viviendo en Mar del Plata y manifestó que se haría cargo de T. cuando recibiera el alta médica (v. fs. 4 y vta.).

El Servicio local dio cuenta de que en las diversas entrevistas mantenidas con la progenitora se le hizo saber la necesidad de que se presente en el Hospital Sor Ludovica a los fines de recibir entrenamiento requerido. Que con fecha 28 de diciembre de 2009, recibieron un llamado de la citada institución refiriendo que la madre no concurrió y que resultaba imprescindible el contacto de T. con su progenitora, lo cual ratificaron mediante comunicación enviada el 30 de igual mes y año. Que en función de ello, tuvieron una nueva entrevista con la señora Q., poniendo en su conocimiento el informe nosocomial y la necesidad de que se presente a la mayor brevedad posible (v. fs. 4 vta./5).

Que desde el propio hospital se comunicaron con la progenitora con motivo de la salida del niño de terapia intensiva y pase al Servicio de Nutrición, requiriéndole que se presente a fin de recibir instrucciones sobre los cuidados que debía dispensarle, e indicándole como fecha límite los días 11 o 12 de enero de 2010. Que M. expresó su voluntad de presentarse, pero no concurrió (v. fs. 5).

Que con fecha 22 y 25 de enero de 2010 se recibieron informes que -entre otras cosas- descartaron la posibilidad de trasladar a T. al Hospital Materno Infantil de Mar del Plata debido a sus constantes interurrencias, como así también solicitaron se defina su situación dada la ausencia de familiares lo que impactaba directamente en su recuperación (v. fs. 5). En razón de ello, se realizaron gestiones con el Centro de Protección de Mar del Plata, a fin de constatar la situación de la madre y evaluación de la posibilidad real de revincularse con su hijo y acompañar su tratamiento (v. fs. 5).

El 10 de febrero de 2010 el hospital informó que la situación del niño era estable por lo que se encontraba en condiciones de ser derivado a una institución de menor complejidad, con controles periódicos por consultorios (fs. 6, 7 y vta.).

Sobre tal plataforma fáctica, el servicio zonal dispuso una medida de abrigo -internación en el Hospital Zonal Sbarra ex Casa Cuna de La Plata-, medida que se legalizó el 18 de febrero de ese año por el Juzgado de Familia N° 1 de Necochea (fs. 10/14). Lo expuesto, sin perjuicio de informar el servicio zonal que habrían de seguir trabajando, en forma conjunta con el Centro de Protección de los Derechos del Niño de la ciudad de Mar del Plata (APAN), a los fines de lograr la revinculación entre madre e hijo (v. fs. 6 y vta.).

b. A fs. 17, la señora jueza interviniente dispuso el comparendo de la señora Q. (v. resolución del 26 de marzo de 2010).

En el ínterin, se incorporaron informes del Servicio Local de Promoción y Protección de Necochea, quien hizo saber que no hubo modificación de las circunstancias que dieran motivo a la medida de abrigo (v. fs. 21/27), surgiendo de la visita efectuada al Hospital Sbarra que desde su ingreso a dicha institución el 26 de febrero de 2010 a la fecha de la visita efectuada el 8 de abril de 2010, el niño nunca recibió visitas de su mamá o familia materna, ni llamadas telefónicas (v. fs. 30).

El 16 de abril de 2010 compareció al juzgado la madre de T. y la Asesora de Incapaces. Dijo la progenitora que no había podido ir a visitar a su hijo por que no tenía quien le cuide sus otros tres hijos y dejó constancia de que estaba tramitando una beca ante APAM de Mar del Plata para terminar "la pieza en la parte trasera y así poder traerse a su hijo para darle un cuidado acorde a sus necesidades" y que gestionaría los pasajes para poder visitarlo. En dicha oportunidad se le hizo saber la importancia para el niño el contacto con su madre, comprometiéndose a viajar a la brevedad (fs. 32).

Con fecha 26 de abril comparece ante la Asesoría de Necochea la progenitora haciendo saber que necesitaba ayuda material a efectos de hacer el techo de su vivienda, para llevarse al menor, manifestando que "todavía no ha ido a visitarlo, que ni bien pueda lo hará" (v. fs. 38).

Con fecha 6 de mayo de 2010 se decretó la guarda institucional de T. en el Hospital Zonal especializado doctor Sbarra de La Plata, por el término de 90 días (fs. 41).

El 11 de junio de 2010, la señora jueza y asesora actuantes efectuaron una visita al menor en el nosocomio, informándose sobre su estado de salud satisfactorio, acordándose mantener contacto con el equipo que lo atendía a fin de diseñar estrategias vinculadas a su posibilidad de egreso. Asimismo, se hizo constar que desde que se encuentra en dicho sitio no ha recibido visita alguna de la madre ni de sus familiares (v. fs. 45/46).

Con fecha 28 de mayo de 2010 se realizó informe socio ambiental en el domicilio de la progenitora, del cual surge que la nombrada -a la fecha embarazada de siete meses- habitaba junto a su pareja y sus otros tres hijos menores en un ambiente ubicado en el predio propiedad de los progenitores de su pareja y que en el fondo estaban construyendo una vivienda, que se encontraba en la primera etapa. Se ilustró, además, que el grupo familiar se sostiene con los ingresos del señor M. , la

asignación familiar que percibe la señora Q. y una beca asignada por el Servicio de Protección de los Derechos del niño, destinada a la compra de materiales (v. fs. 54/56).

Con fecha 7 de julio de igual año, se dispuso mantener la institucionalización de T. hasta tanto se acredite la modificación de las circunstancias que la motivaron (v. fs. 60).

El 16 de septiembre de 2010, la jueza dio cuenta de la información recabada mediante la trabajadora social del Hospital Sbarra quien dijo que el menor no había sido visitado en ninguna oportunidad por sus familiares, no conociendo a su progenitora ni otros parientes y que se encontraba en condiciones de ser dado de alta. Seguidamente, designó una audiencia a fines de que concurra la progenitora señora Q., con patrocinio letrado y en presencia de la asesora (v. fs. 62), la cual según surge de la cédula obrante a fs. 64/66 no pudo ser notificada.

En octubre de 2010 la Asesora de Incapaces solicitó que se declare el estado de abandono y preadoptabilidad de T. (fs. 68/69).

En noviembre de 2010 el tribunal imprimió el trámite de proceso sumario a las actuaciones y corrió traslado por el plazo de 10 días del pedido de fs. 68/69, a la progenitora del menor (fs. 72). Este traslado fue notificado a la progenitora mediante cédula obrante a fs. 97 diligenciada el 30 de marzo de 2011.

En noviembre de 2010 la perito psicóloga del tribunal informó que el niño estaría en condiciones de egresar de la institución con una familia que pudiera contenerlo y asistir a su patología de forma adecuada, dado los cuidados que requiere (fs. 74).

En febrero de 2011 la Trabajadora Social del Hospital Sbarra se comunicó telefónicamente con el juzgado solicitando autorización para comenzar a trabajar con familias interesadas en adoptar niños especiales (fs. 76). El pedido fue receptado por el tribunal en febrero de 2011, bajo la figura de guarda institucional prevista en la ley 13.298 y resolución 171 del Ministerio de Desarrollo Social provincial, hasta tanto se resolviera su situación en relación a la madre biológica (fs. 78/79).

El 21 de febrero de 2011 la Jueza de Familia concurrió al Hospital Sbarra donde se entrevistó con el equipo interdisciplinario y tomó contacto personal con T.. Allí le informaron que la situación con la madre seguía sin modificarse, no habiendo en ninguna oportunidad la nombrada concurrido ni llamado por teléfono al lugar de internación de su hijo (fs. 82).

El 12 de abril de 2011 el tribunal decidió otorgar la guarda provisoria con fines asistenciales al matrimonio G. -M. (fs. 92/93).

Con fecha 23 de mayo de 2011 el tribunal dictó sentencia declarando el desamparo y situación de adoptabilidad del niño y convirtió la guarda provisoria en preadoptiva (fs. 100/108).

El 2 de agosto de igual año compareció ante el juzgado la madre del niño, señora M. P. Q. con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial N° 3, notificándose en el acto de la sentencia recaída a fs. 100/108 y manifestando su deseo de "recuperar a su hijo, que se ha visto imposibilitada todo este tiempo por razones de índole económica y familiar a procurar asistencia a su hijo", situación que dijo había cambiado encontrándose en "estado familiar y habitacional apto para traer a T. a vivir con su familia" (v. fs. 135).

A fs. 134 la progenitora apeló la decisión de fs. 100/108, fundando sus agravios mediante memorial de fs. 143/146, los que fueron replicados por la Asesoría actuante a fs. 150/153, dictándose finalmente el fallo de la Cámara que es materia del recurso bajo examen (v. fs. 158/172).

c. Ahora bien, tal como sostuviera al fallar la causa C. 101.708 -sent. de 11-VIII-2010-, la comprobación judicial del desamparo o abandono de los menores, y su posterior entrega en guarda con fines de adopción, exige acordar debida y efectiva intervención a los padres biológicos cuando éstos fueren habidos. Se trata de una declaración que requiere de la audiencia a quienes son motivo de una grave objeción en cuanto a su propia conducta como progenitores.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño si bien admite que los niños puedan ser separados de sus padres en aquellos supuestos en que "a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño" (art. 9. ap. 1), deja a salvo que en tales procedimientos debe ofrecerse "... a todas las partes interesadas la oportunidad de participar ... y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9 ap. 2).

Con todo, de las constancias de autos surge que la señora Q. tuvo en la presente causa efectiva oportunidad de ejercer su defensa y hacer valer sus derechos.

En efecto, de la reseña de los antecedentes supra expuestos (v. pto. 3, aps. a y b), se desprende que desde el inicio de estas actuaciones el Servicio Local de Protección de Necochea procedió a citar y entrevistarse con la progenitora (v. fs. 3 vta., 4, 4 vta. y 5). Que legalizada la medida de abrigo, la nombrada también compareció tanto ante la señora jueza interviniente (v. fs. 17 y 32) como a la Asesoría actuante (v. fs. 38), siendo informada sobre la situación de T..

En adición, y aquí lo relevante, la resolución dictada el 3 de noviembre de 2010 -obrante a fs. 72 y a partir de la cual se declaró la nulidad ahora impugnada- dispuso textualmente que: "Del pedido de abandono de fs. 68/69 córrase traslado a la progenitora del menor causante Sra. M. P. Q. a quien se cita y emplaza para que comparezca a estar a derecho y la conteste dentro del plazo de Diez días bajo apercibimiento legal. Notifíquese con copias (arts. 102, 135, 484, 838 y 840 del CPCP)". Esta decisión, como denuncia la recurrente, fue notificada a la progenitora M. Q. con fecha 30 de marzo de 2011, quien -según informó el oficial notificador- recibió la cédula y no quiso firmar (v. fs. 96/97), circunstancia soslayada por completo en el pronunciamiento bajo examen.

Pese a ello, la nombrada no contestó tal traslado, presentándose luego de dictada la sentencia del 23 de mayo de 2011 que decretó el estado de abandono y adoptabilidad del menor T., que finalmente apeló.

De otra parte, al recurrir la sentencia de fs. 100/108, la progenitora se limitó a cuestionar el acierto de la decisión que declaró el estado de abandono, sin plantear la nulidad de los procedimientos antecedentes ni enunciar motivo alguno por el cual se viera impedida de responder el traslado conferido en forma previa al dictado de la sentencia de fs. 100/108 y de ofrecer la prueba que estimaba pertinente a su derecho.

En suma, en la especie, la madre biológica ha sido oída y ha tenido la concreta posibilidad de intervenir en las presentes actuaciones en procura de la defensa de sus derechos -tanto durante la etapa que dio motivo al dictado de las diversas medidas de abrigo, como con anterioridad al dictado de la decisión de fs. 100/108-. En este contexto no se advierte la vulneración de la garantía de defensa y debido proceso que habilite, como hizo la Cámara de modo oficioso, a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 72, decisión que debe ser revocada.

4. Sentado lo anterior, por aplicación del principio de la apelación adhesiva (conf. doct. causa Ac. 77.267, sent. de 27-II-2002; Ac. 85.081, sent. de 11-V-2005), corresponde ingresar al examen de los agravios planteados a fs. 143/146 por la parte ausente en la tramitación del presente recurso, en tanto el fallo impugnado ante esta Corte le había resultado favorable (conf. doct. causas L. 77.372, sent. de 14-IV-2004; Ac. 63.359, sent. de 10-III-1998; Ac. 70.779, sent. de 3-V-2000; Ac. 79.517, sent. de 30-VI-2004).

a. El derecho-deber de los padres establecido en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo, criarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, y el correlativo derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores (conf. C.S.J.N., Fallos: 328:2870, causa S.1801.XXXVIII, sent. de 2-VIII-2005), encuentra por cierto su base constitucional en lo normado por el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra el derecho del menor de ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible (conf. mi voto en causa C. 101.708 ya cit.).

Sin embargo, como surge del citado art. 7.1. y del art. 9.1. de la Convención, tal regla no es absoluta. Esta última norma, que -como es sabido- impone a los Estados signatarios del tratado el deber de velar por que el niño no sea separado de sus padres, exceptúa aquellos casos en que las autoridades competentes determinaren, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, otra solución en el interés superior del menor. La separación del niño, incluso, puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, cuando fuere objeto de maltratos o descuido por parte de sus padres.

A su turno, en su art. 20 dispone que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, contemplando entre los posibles cuidados a adoptar la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones de protección de menores.

En forma coincidente, el art. 11 de la ley nacional 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes reconoce el derecho de todo niño de "crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando estos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley". Con todo, el mismo precepto añade que "en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

El art. 317 del Código Civil, en su texto ordenado según ley 24.779, prevé el otorgamiento de la guarda con fines de adopción en aquellos supuestos -entre otros- en que el menor se encuentra desamparado o abandonado por sus padres biológicos, prescindiendo del consentimiento de estos últimos cuando "el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral hubiese sido comprobado por la autoridad judicial".

b. En el sub lite, a criterio de la juzgadora de origen se ha acreditado la situación de abandono a la que alude el art. 317 del ordenamiento civil.

Frente a ello, la madre biológica del niño involucrado cuestiona la configuración de tal extremo. Arguye que su parte no se desentendió de la salud y necesidades de su hijo, siendo que los problemas familiares y económicos por que los que atravesó le impidieron acompañarlo de otro modo, mas -insistiendo- que siempre estuvo al tanto de la situación de T.. Señala, además, que requirió la ayuda de Apand a fin de poder tener recursos para acondicionar su vivienda -ayuda que dice le fue brindada- y que en todo momento expresó su intención de recuperar a su hijo. Por fin, aduce que su parte solicitó el traslado del niño al Hospital de Mar del Plata, lo que no fue oído por los operadores (v. fs. 143/146).

Los agravios formulados no son de recibo.

c. La atención primordial al "interés superior del niño" al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores (conf. Ac. 91.561, sent. de 20-VIII-2004). La atención primordial de dicho bien jurídico apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño. La opción a escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores (Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; arts. 18, 75 inc. 22 y conchs. de la Constitución nacional; 15 y conchs. de la Constitución provincial; 3, 5, 6.2, 8, 9, 10.1, 21 inc. a y conchs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; 8.1, 19, 25 y conchs. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-).

En el caso a criterio del juzgador de grado se ha configurado la situación de abandono a la que alude el art. 317 del ordenamiento civil. Tal conclusión a la que arriba la señora jueza en su decisión de fs. 100/108, luego de un detenido examen de las constancias de la causa y diversos elementos de convicción incorporados a lo largo de este extenso proceso, no ha recibido un reproche idóneo que demuestre la presencia de un error palmario y fundamental en la apreciación del juzgador que lo condujera a conclusiones incongruentes o contradictorias con las constancias de la causa, ni tampoco que evidencie un descuido del "interés superior del niño" (conf. Ac. 91.561, sent. de 20-VIII-2004).

La crítica que a su respecto ensaya la señora Q. no porta una refutación concreta a los fundamentos en que se sustentó el pronunciamiento que ha sido adoptado priorizando el interés superior del niño involucrado y brindando acabadamente las razones que sustentan el declarado abandono.

Al respecto, vale observar que no obstante las expresiones formuladas por la progenitora en torno a su deseo de ocuparse de T., es lo cierto que desde su internación en el Hospital Sor Ludovica acaecida en septiembre de 2009 -y posterior traslado al Hospital Sbarra de La Plata-, la nombrada sólo se presentó una vez -el 20 de noviembre de 2009- a ver a su hijo, con quien permaneció durante un día. A partir de allí y hasta el dictado de la sentencia de fs. 100/108 del 23 de mayo de 2011 -esto es, más de un año y medio después- no concurrió ni tampoco- vale destacar- llamó por teléfono a fin de interiorizarse sobre su estado de salud. Todo ello, pese a las intervenciones del Servicio Zonal, de la Asesoría actuante y de la señora jueza de grado quienes le hicieron saber de la importancia de su contacto con el niño a los fines de su recuperación.

En adición, la recurrente admitió que cuando requirió ayuda a fin de poder acondicionar su vivienda, ésta le fue brindada y, pese a que en su oportunidad -y ante la insistencia de los diversos operadores sobre la importancia de que fuera a visitar al niño- dijo que "gestionaría" la entrega de pasajes al efecto (v. fs. 32) los que la propia Asesoría dijo haber ofrecido-, nada hizo al efecto.

Por lo demás, en cuanto al desoído pedido de proceder al traslado al hospital de Mar del Plata, cabe señalar que tal posibilidad fue evaluada, mas su adopción fue desaconsejada por los profesionales médicos atento las interurrencias del niño (v. fs. 5).

En suma, los antecedentes reseñados (v. pto. 3, aps. a y b) dan cuenta del estado de abandono sufrido por el menor, siendo que no obstante lo expresado por la madre en cuanto a querer hacerse cargo de su hijo, su conducta a lo largo de estos años lejos está de evidenciar que su decir tenga correlato con la realidad.

d. Como ya señalara, en casos como el de autos en que concurren relevantes conflictos interpersonales, cabe privilegiar la consideración primordial del interés superior del menor, que está previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene, dado lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, jerarquía constitucional. Tal paradigma es el que orienta la legislación en materia de menores (doc. causa Ac. 91.561, sent. de 20-VIII-2004) y específicamente en la adopción ha sido consagrado en el art. 321 inc. i del Código Civil. De ahí que frente a un presunto interés del adulto -que en el caso se vería reflejado por la voluntad de la madre expresada en el sentido de oponerse a la declaración del estado de abandono de T. - cabe priorizar el del niño (doct. Fallos: 328:2870 y 331:2047).

Pues bien, de las constancias de la causa surge que, desde noviembre de 2009, T. no tiene contacto alguno con su progenitora, siendo que a partir del 12 de abril de 2011 se encuentra en guarda provisoria a cargo del matrimonio G. -M. quienes, junto a sus hijos, ofrecen "al menor causante un contexto familiar altamente satisfactorio, indispensable para el desarrollo psico-social del mismo, ejerciendo las funciones de cuidado, seguridad y protección en un marco de inmenso afecto y respeto como medio para garantizar al menor el ejercicio pleno de sus derechos, así como la contención, organización y acompañamiento indispensables para tal fin". "En relación con la evolución del niño se supo que ha alcanzado logros tales como: sentarse, mantenerse en pie intentando dar sus primeros pasos, comer con cucharita, beber de vaso con pico y de mamadera... Se percibe alegría, significativa

disposición, acompañamiento y compromiso afectivo para con el desarrollo del menor" (informes de la Perito Asistente Social del Juzgado; fs. 99 vta. y 129 y vta.).

Para más, T. presenta un estado de salud que requiere cuidados especialísimos, resultando esencial a los fines de su evolución el acompañamiento familiar que -más allá de las difíciles situaciones invocadas- su progenitora no le ha brindado en estos años, quedado demostrada la evolución positiva del niño en la cual ha tenido directa relación el cuidado y cobijo que le brindan sus actuales guardadores.

En razón de lo hasta aquí expuesto, considero que corresponde confirmar el fallo de origen que declaró el estado de abandono del menor y su situación de adoptabilidad, decisión que las quejas ensayadas a fs. 142/146 no logran conmover y que, a la par, prioriza el interés superior del niño comprometido.

5. Si lo que dejo expuesto es compartido, deberá revocarse la sentencia atacada, hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad interpuesto y mantenerse la decisión de fs. 100/108 que declaró el estado de abandono y adoptabilidad del menor T. H. L.Q. , D.N.I. ..., hijo biológico de M. P.Q. .

Voto, en consecuencia, por la afirmativa.

Los señores jueces doctores Genoud y Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron la cuestión planteada también por la afirmativa.

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

I. Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Soria en cuanto concluye que la progenitora fue oída y tuvo -a lo largo del presente proceso- la posibilidad de participar en procura de la defensa de sus derechos.

II. Adicionalmente, considero que la tutela del superior interés del menor aquí involucrado debe llevar a hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, revocar el decisorio impugnado y mantener lo resuelto por el magistrado de primera instancia (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1°, 18, 31, 33, 75 inc. 22 ccdtes., Constitución nacional; 1°, 11, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; ley 13.298; 384 y ccdtes., C.P.C.C.).

"Interés del menor" que 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).

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).

Por ello, 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 los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente 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).

En este aspecto, de estos actuados se puede percibir, por un lado, tal como ha sido minuciosamente descripto por el estimado colega que abre el acuerdo, el patente estado de abandono físico y moral al que se vio sometido T. desde su internación hospitalaria en septiembre de 2009 (arg. art. 317 inc. "a", Cód. Civil), cuya madre se ha mostrado incapaz para atender el frágil estado de salud que presentó el niño desde su nacimiento.

Pero adicionalmente, a pesar de la ausencia de todo contacto con su progenitora desde 2009, surge enhiesta de las constancias de la causa la alentadora y consolidada integración que el niño ha logrado junto al matrimonio G. -M. y sus otros cuatro hijos, quienes comparten el deseo adoptivo de sus padres (fs. 232), aún en la emergencia de los extremos cuidados requeridos por el delicado estado de salud del niño (síndrome de down, cardiopatía congénita, hipertensión pulmonar severa, hipotiroidismo). Integración que le ha posibilitado a T. superar la precaria situación de vulnerabilidad con la que asomó a su todavía corta vida (fs. 99, 235 vta.).

Ese "genuino amor" con que toda la familia lo ha acogido (fs. 232), sumado a la alegría, significativa disposición, acompañamiento y compromiso para con su desarrollo (fs. 129 vta.), se ven corroborados con el sumo afecto que T. dispensa en todo momento hacia sus guardadores, sus hermanos y familia extendida (fs. 231 vta.).

Y los atentos cuidados que el niño ha recibido desde que se encuentra en el seno de esta familia, atendidos -principalmente pero no exclusivamente- a través de los específicos conocimientos que sobre el abordaje de su patología posee la señora M. , atento a su carácter de Directora y docente de un establecimiento educativo para niños con capacidades diferentes (fs. 230), han contribuido a la obtención de indicadores de mejoría y crecimiento en el diagnóstico clínico de T. (fs. 128 y 129), dando cuenta del bienestar del pequeño, su efectiva contención afectiva y material, en un ambiente adecuado, resultando todo ello sumamente beneficioso para su desarrollo psíquico-afectivo y vital (fs. 232 y 235 vta.). Circunstancias que -en aras de atender y mejorar la inicial situación de desamparo familiar del niño- llevan sin hesitación a confirmar lo decidido a su respecto en primera instancia (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 ccdtes., Constitución nacional; 2, 3 y

ccdtes., ley 26.061; 1, 11, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298; 384 y ccdtes., C.P.C.C.).

Es que la paternidad no constituye una omnipotestad biológica que confiera impunidad para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. El necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Ello así, pues al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de su identidad y de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean -como ocurre en el caso- objeto de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19, Convención sobre los Derechos del Niño).

III. Por demás, al decidir respecto del estado de abandono del menor y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que posee respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de aquél, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. análog. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).

Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de T. , con asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (fs. 363), lo que me permitió conocerlo en su realidad actual 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 ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22, Constitución nacional).

IV. Por lo expuesto y adhesión formulada, voto 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, oído el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca la sentencia atacada y se mantiene la decisión de fs. 100/108 que declaró el estado de abandono y adoptabilidad del menor T. H. L.Q. , D.N.I. ..., hijo biológico de M. P. Q. (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, en atención a la índole del tema debatido (art. 68 segundo párrafo, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS- Secretario

C) DERECHO DE DEFENSA DE LA FAMILIA BIOLÓGICA FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

(Causa C. 102.719, sent. del 30-III-2010).

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el pronunciamiento que se expone a continuación puede observarse un detenido análisis que la Corte llevó a cabo de los agravios fundados en la violación del derecho de defensa de la madre biológica de un niño declarado en estado de adoptabilidad. Como podrá observarse, al referido análisis le siguió un amplio abordaje de las distintas situaciones vivenciales atravesadas por el niño, privilegiando la solución que se consideró más beneficiosa para el interés superior del mismo.

RESEÑA DEL CASO:

En la instancia de origen se dictó sentencia declarando el estado de abandono y adoptabilidad de un niño. Una vez firme dicho decisorio, se dio curso favorable a una solicitud de guarda con fines de adopción efectuada por un matrimonio, permitiendo el egreso del pequeño de la institución en la que se encontraba alojado.

Luego la madre biológica promovió un incidente de nulidad esgrimiendo que se había vulnerado su derecho de defensa, dado que al momento de serle notificada la sentencia que había declarado el abandono de su hijo ella se encontraba detenida en una unidad carcelaria y no había logrado comprender los alcances del acto que formalizara al ser anoticiada mediante oficio policial. Solicitó, además, que se

declarase la nulidad de todos los actos posteriores, incluida la decisión que autorizó el egreso del niño con el matrimonio que solicitó su guarda.

El incidente fue rechazado *in limine* en primera instancia. Apelado el fallo, la Cámara lo confirmó.

Frente a dicha decisión la recurrente interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que, denegado por la alzada, motivó la articulación de una queja.

La Corte declaró mal denegado el recurso extraordinario y lo concedió.

Luego, se pronunció –por mayoría de fundamentos- rechazando el medio de impugnación.

En los fundamentos del voto que hizo mayoría, se ponderó que si bien las distintas situaciones de vulnerabilidad por la que había atravesado la progenitora en su historia de vida personal, sumados a la circunstancia de encontrarse detenida al momento de serle notificada la sentencia que declaró el abandono de su hijo, pudieron haberle generado dificultades para ejercitar el derecho de defensa en plenitud ante el sistema de justicia, en el caso, la consideración del interés superior del niño conducía a desestimar el recurso interpuesto.

Asimismo, en la tarea de desentrañar los motivos por los cuales se consideraba que ese interés superior se encontraba privilegiado con la solución que se había adoptado en la instancia de origen, se analizaron las circunstancias que dieron lugar a la declaración de abandono y la favorable adaptación del pequeño a su nuevo contexto familiar conformado con sus guardadores.

Además, en este caso, como sucede en muchos otros, el máximo Tribunal provincial tomó contacto personal con el niño, garantizando su derecho constitucional a ser oído por los magistrados que habrán de pronunciarse sobre una decisión tan relevante para sus intereses.

CARÁTULA

"R., D.I.; R., M.A. Protección de persona".

PASAJES DESTACADOS:

- A partir de los textos internacionales, al tratarse de una decisión que concierne a un niño, debe tenerse en cuenta de forma primordial sus intereses. En este sentido, el

referido interés implica que el desarrollo del niño y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (Del voto del Juez de Lázzari)

- Esta verdadera regla de oro a la que no es posible sustraerse, es 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22 X 2003) (Del voto del Juez de Lázzari).
- El examen pormenorizado de las circunstancias particulares que presenta el caso y la aplicación del principio del interés superior del menor permiten evaluar que el embate en torno a las dificultades que pudo sustentar la recurrente para ejercitar el derecho de defensa por su propia condición de vulnerable quede desplazado, ni bien se observe que entre la colisión de la referida garantía y el derecho fundamental del niño deba prevalecer este último (Del voto del Juez de Lázzari).

TEXTO IN EXTENSO

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 30 de marzo de 2010, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Pettigiani, de Lázzari, Negri, Kogan, Hitters, Soria, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 102.719, "R. , D.I. ;R. , M.A. . Protección de persona".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata desestimó el recurso de apelación deducido por la señora E. d. V.A. , madre del menor D. I.R. , y confirmó la resolución de primera instancia que había rechazado in limine el incidente de nulidad de notificación de la sentencia que había tenido por comprobado el estado de abandono moral y material y declarado al niño en estado de preadoptabilidad, no haciendo lugar a la apelación subsidiariamente interpuesta, ni a las medidas de oposición a la guarda del menor, como tampoco al régimen de visitas pretendido (fs. 958/963).

Se interpuso, por la nulidicente señora A. con el patrocinio letrado de la señora Defensora Oficial, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, el que resuelto como inadmisibile por la Sala I de la Cámara de Apelación fue declarado mal denegado por este Tribunal al hacer lugar a la queja esgrimida por la impugnante (fs. 984/1011 vta., 1015/1016 y 1171/1172 vta.).

Oído el señor Subprocurador General (fs. 1182/1187 vta.), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. En relación al menor D. I.R. , nacido el 31 de julio de 2002, se declaró en autos comprobado el "estado de abandono moral y material" en que fuera colocado por sus padres N. O. R. y E. d. V. A. y su estado de preadoptabilidad, según consta en la sentencia de mérito dictada por la señora Jueza de Menores a cargo del Tribunal nº 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata (fs. 795/800 vta.), cuya notificación a la madre del mismo (fs. 809 y 814/815) motivara el incidente de nulidad promovido por ésta, cuya denegación en las instancias ordinarias motivara la apelación extraordinaria que nos ocupa (fs. 984/1011 vta.).

Aquella circunstancia de tenerse por consentido tal decisorio, atento a que no se dedujera impugnación temporaria contra la misma, hizo que la sentenciante autorizara el egreso del niño de la Casa de Admisión y Evaluación "R. T. G. " bajo la responsabilidad del matrimonio M. G. (fs. 817).

Posteriormente, ordenó la notificación a los progenitores del menor causante de que se había dado curso a la petición de guarda con fines de adopción efectuada por el matrimonio M. G. respecto del menor D. I. R. (fs. 847).

La señora A., con patrocinio de la doctora Gabriela Cinalli Defensora Oficial , dedujo incidente de nulidad de la notificación de la sentencia que declaraba a su hijo en estado de preadoptabilidad y, en su con-secuencia, requirió la nulidad de todos los actos procesales posteriores. Asimismo apeló la sentencia de marras por causarle un gravamen irreparable y, subsidiariamente, dedujo oposición a la guarda preadoptiva (fs. 867/889).

En la instancia de origen se rechazan in limine los planteos articulados (fs. 898/901).

La peticionaria apeló el decisorio y la señora Asesora de Menores a su vez reclamó que se declare la nulidad de la misma por falta de intervención del Ministerio Pupilar (fs. 917, 954/955 vta.).

La Cámara rechazó el planteo nulitivo de la Asesora de Menores y confirmó lo resuelto basando su decisión, en lo que interesa al recurso, en que:

Las nulidades procesales son de interpretación restringida debido a la necesidad de obtener actos válidos y firmes (fs. 960).

Al momento de inspeccionar la factibilidad de la anulación del acto, debe analizarse si el destinatario pudo conocer en tiempo el acto jurídico, es decir, si la notificación pudo lograr su finalidad específica (fs. 960 vta.).

Las resoluciones que declararon el estado de preadoptabilidad y de guarda con fines de adopción del menor D. I.R. , le fueron notificadas a la nulidicente en el domicilio constituido en el estudio de su anterior letrado (fs. 336, 864), el cual subsistía a todos los efectos legales hasta la terminación del juicio mientras no se constituya otro y se notifique a la contraparte (fs. 961/961 vta.).

Aún más, la propia recurrente suscribió el acta de notificación por oficio policial remitido al Destacamento Femenino donde se hallaba detenida, admitiendo de tal modo haber recibido copia de la resolución adjunta (fs. 800 vta.), esto es, la que declaraba al menor en estado de preadoptabilidad (fs. 962).

Frente a la toma de conocimiento por parte de la recurrente de acuerdo a las modalidades descriptas, pierden virtualidad los argumentos de la apelante referidos a la infracción de los arts. 136 y 140 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 962, cit.).

El procedimiento de notificación no ha sido irregular y la incidentista deberá cargar con las consecuencias disvaliosas de su negligencia, sobre todo si se considera que se trata de la situación de su hijo menor en cuyo caso la supuesta falta de comprensión que alega y que no es tal dada la claridad de lo resuelto no puede enmendar o exculpar su desidia (fs. 962 vta., 963).

No se vislumbra en el caso vicio alguno que justifique hacer lugar a la nulidad planteada, ni afectación de la garantía de la defensa en juicio o el debido proceso (fs. 963 cit.).

El resto de las alegaciones introducidas en el memorial caen en abstracto y exceden la competencia revisora de la alzada (fs. 963 cit.).

II. Contra esta resolución se alza la recurrente, mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en tratamiento, denunciando la violación de los arts. 317, 321 inc. "c" del Código Civil; 4, 7 y 35 de la ley 13.298; 9, 12, 36 incs. 1 y 2 de la Constitución provincial; 14 bis, 16, 18, 31, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 3 inc. 1, 5, 7 inc. 1, 8 inc. 1, 9, 12 inc. 2, 18 inc. 2 y 21 inc. "a" de la Convención de los Derechos del Niño y de la doctrina legal que cita. Plantea el caso federal (fs. 984/1011 vta.).

Expresa que no puede otorgarse validez a la notificación efectuada en el domicilio constituido por su anterior letrado, pues este último fue denunciado por hechos ilícitos cometidos en su perjuicio. Por otra parte añade al tiempo de cursar las notificaciones, permanecía encerrada en una celda y, merced a ello, no tuvo posibilidad de recibir asesoramiento jurídico, ni de designar inmediatamente un nuevo representante en juicio. Más aún, no se le hizo saber siquiera que tenía posibilidades de impugnar la sentencia y la existencia de plazos para ello (fs. 996 vta., 998).

Sostiene que estando detenida en la unidad carcelaria, no comprendió los alcances del acto que formalizara al ser notificada mediante oficio policial de la cuestionada resolución la que a su turno no contenía el detalle preciso de las copias que se adjuntaron (fs. 998 cit.).

Aduce que la señora Jueza de Menores, estando en conocimiento de la denuncia penal planteada contra su anterior letrado doctor Navarro, no pudo ignorar que el domicilio constituido importaba una verdadera ficción. En tal virtud, debió extremar los recaudos y remitir las actuaciones al Defensor Oficial Civil en turno para asegurar su garantía de defensa en juicio (fs. 999).

Alega que "... el mayor agravio causado por la sentencia de Cámara Departamental..." se produce al resolver en la sentencia de Cámara el rechazo del incidente, que las restantes peticiones formuladas (apelación en subsidio, oposición a la guarda preadoptiva, régimen de visitas, designación de tutor ad litem) pues con ello no se le permitió ser oída en este juicio ni antes ni después de dictada la sentencia, que precisamente ubica a su hijo en estado de preadoptabilidad y aún cuando en su criterio la oposición formulada fue oportuna (fs. 999 y vta., 1001 y vta.).

Expone que la declaración de abandono tiene carácter provisional, no hace cosa juzgada material sino formal y por ello no puede considerarse que la oposición "ha caído en abstracto". Posicionada en este argumento enfatiza que resulta imprescindible abrir el debate sobre el proceso de guarda preadoptiva, en el cual la madre biológica es parte necesaria. Idéntica calidad le corresponde asumir al Representante del Ministerio Pupilar, con anterioridad a la sentencia de primera instancia que dispone definitivamente el destino del niño D. , exigencia omitida a lo largo del trámite (fs. 1001 vta./1003 vta.).

Denuncia que se viola la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia que establece la obligatoriedad para los jueces de oír al niño, sin importar la edad, en todas las instancias en que se ven afectados por la decisión judicial que recaiga (fs. 1004).

Finalmente, indica que procede a "... reiterar someramente los fundamentos del citado recurso de apelación contra la sentencia dictada por la señora Juez de Menores, los que no fueron abordados por la Alzada, en virtud del rechazo in limine del incidente de nulidad de notificación planteado contra la misma resolución..." (fs. 1006).

III. Entiendo, coincidiendo con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, que el recurso no es de recibo.

1. a) Nos encontramos en un proceso en el cual al alcanzar la mayoría de edad la aquí recurrente E. d. V. A. y cesar la intervención del Tribunal de Menores a su respecto, la misma tomó intervención en autos por derecho propio, en su carácter de madre de los causantes, con el patrocinio letrado del doctor Leonardo Javier Navarro, constituyendo domicilio legal en la calle Chaco nº 463 de la ciudad de Mar del Plata (fs. 336).

En la audiencia de fs. 355/356 surge que el mencionado profesional había tenido contacto previo con los guardadores de la menor M. A. R. y había facilitado el encuentro de la familia A. con la señora A. , no obstante ante la pregunta de la Magistrada el letrado Navarro manifestó que representaría a ésta, siendo ello ratificado tanto por N. O. R. padre de los menores presente en el acto y por la propia E. d. V.A. .

El letrado a fs. 389/389 vta. invoca art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial y apela en nombre de la señora A. la sentencia de mérito de fs. 374/380 vta. por la que se disponía incorporar a M.

A. R. en el Registro de Menores para ser entregados en adopción al tenerse por comprobado el estado de abandono de la misma.

A fs. 397 la aquí recurrente ratificó lo realizado por el mencionado abogado en autos, luego de aquella presentación.

A fs. 440/444 vta. la Cámara revoca el decisorio de grado y ordena la restitución de la menor M. A. R. a sus progenitores, lo que se efectiviza el día 15 XII 2005 (fs. 451).

En virtud del homicidio de la menor, ocurrido en el mes de abril de 2006, del que se imputara su autoría a sus padres motivo por el cual fueron detenidos (ver copia del auto de prisión preventiva a fs. 785/788 vta.), el menor D. I. R. fue alojado en la casa de Admisión y Evaluación "R. T. G".

A fs. 724 se califica como aptos para la adopción al matrimonio integrado por R. R. M. y M. E. G.

b) En la sentencia de merito pronunciada en relación al menor D. I. R. se declaró su preadoptabilidad, al tenerse por comprobado el estado de abandono moral y material en que fuera colocado, disponiéndose notificar a los progenitores por oficio policial con copia en su actual lugar de detención, como así también al domicilio oportunamente constituido en autos (punto 2 de la parte dispositiva fs. 800 vta.).

Tales notificaciones se efectivizaron en el caso de la madre de un lado por cédula librada al domicilio constituido se fijó en la puerta sin copias el día 5 IX 2006 (fs. 814/814 vta.) y, del otro, conforme lo previsto en el art. 20 del dec. ley 10.067, en el caso por oficio librado al Departamento Femenino, dependencia policial donde se practicó la notificación el día 6 IX 2006 donde se encontraba la misma detenida a la orden del Tribunal en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial de Mar del Plata, en la causa 3750 instruida por el hecho entonces provisoriamente calificado de homicidio calificado de su otra hija M. A. R., entregándosele en el acto copia de la sentencia de marras como se ordenara y firmando al pie (fs. 809).

c) Es dable señalar asimismo que:

i) con fecha 27 IX 2006, se presenta en autos C. I.G. , quien diera cuenta de ser prima hermana de la aquí impugnante, solicitando la guarda provisoria del menor, lo que es desestimado por extemporáneo atento a haberse dispuesto para entonces la externación del mismo bajo la responsabilidad de los señores R. R. M. y M. E. G. (fs. 823/824);

ii) el 18 IV 2007 se da cuenta de que E. d. V. A. se encontraba en prisión domiciliaria desde el 12 I 2007 (fs. 862);

iii) en la misma fecha 18 IV 2007 se le notifica en el domicilio constituido que se había dado curso a la petición de guarda con fines de adopción efectuada respecto de su hijo D. I. R., disponiendo lo necesario para cumplimentar los requisitos establecidos en el art. 317 del Código Civil, en forma previa a resolver sobre su otorgamiento (fs. 864/864 vta.);

iv) el 19 IV 2007 la Defensora Oficial en la causa penal 3750 solicita a la Defensora general la designación de un defensor civil para la señora E. A. (fs. 859);

v) el día 20 IV 2007 la Defensora General designa a la doctora Gabriela S. Cinalli (fs. 860);

vi) el 23 IV 2007 la Defensora Oficial designada se presenta, constituyó nuevo domicilio y solicitó suspensión de términos y el préstamo del expediente (fs. 858);

vii) el 9 V 2007 se tiene presente la sustitución del doctor Navarro por la doctora Gabriela Cinalli en el patrocinio de la señora E. A., otorgando el préstamo solicitado y suspendiendo los plazos hasta la presentación de las actuaciones en la defensoría descentralizada lo que ocurrió el 11 V 2007 (fs. 865);

viii) el 17 V 2007 se presenta la señora E. A., ratificando lo actuado por la Defensora Oficial y planteando el incidente de nulidad que nos ocupa, la apelación de la sentencia que declara el estado de adoptabilidad de su hijo y, en subsidio, la oposición a la guarda preadoptativa, dando cuenta que vive en la casa de su prima hermana la señora C. I. G., la que como señalamos en el punto i) solicitó oportunamente con resultado adverso la guarda provisoria del menor (fs. 867/ 889).

2. En autos efectivamente se anoticié a la señora E. d. V. A. de la sentencia de fs. 795/800 vta. de acuerdo a lo previsto por el art. 20 del dec. ley 10.067, en el caso por oficio policial en su lugar de detención con entrega de copia del decisorio, por lo que queda desplazada la cuestión atinente a la pretendida nulidad de la notificación cursada por cédula al domicilio legal constituido en autos al haber alcanzado aquella su finalidad, por lo que resulta en principio inoficioso abordar la nulidad de ésta.

Ello así pues si bien es dable señalar que la misma aduce que para entonces se había roto la relación con el letrado que la patrocinaba, doctor Leandro Javier Navarro, en función de lo que declarará ante la Unidad Funcional de Instrucción, Juicio y Ejecución Departamental en calidad de imputada del delito de homicidio agravado que obra agregadas en copia a los presentes (fs. 731//736 y 737/746 vta.), lo que ocasionara a su vez los oficios librados por la Jueza de Menores al Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata a lo fines de la intervención del Tribunal de Disciplina para que juzgue la conducta profesional del mismo y al Fiscal General para que investigue la posible comisión de hechos ilícitos (fs. 756 y 757), lo cierto es que como señalamos más arriba el letrado cumplió uno de los cometidos por el que representaba a la misma en autos donde se ventila la protección de sus dos hijos, logrando que la Cámara Departamental revocara lo decidido en la instancia y ordenara la restitución de la menor M. A. R. a la misma y a su padre.

Lo dicho no sin dejar de señalar que al no ser apoderado el letrado de intervención como patrocinante letrado el domicilio legal lo constituye la parte (art. 40 del C.P.C.C.) y que la señora A. ratificó en la audiencia de fs. 355/356 que sería representada por el doctor Navarro, no obstante haberse explicitado entonces la relación de éste con el señor A., como así que la misma no efectuó denuncia alguna contra el profesional, sino que de su relato la jueza lo hizo ex officio.

3. Lo expuesto nos ciñe en el agravio referido a la desestimación por la alzada de su argumento referido a la falta de comprensión de los efectos de la sentencia notificada con relación a su hijo D. I. R. por su condición de detenida y la imposibilidad de poder tener el asesoramiento adecuado.

De aquella declaración a que hace referencia practicada en la UFI Departamental que obra agregada en copia a fs. 731/746 vta. surge que la misma ya había tenido entrevista privada con la Defensora Oficial doctora María Victoria Sosa, letrada que la asiste en la diligencia, lo que nos

demuestra que la condición de falta de libertad no era obstáculo para el acceso a la defensa de sus intereses.

No se me escapa claro está que la intervención de la letrada tenía un objeto distinto y estaba atada a una materia diferenciable de la que nos ocupa, mas la misma a su pedido podía solicitar a la Defensora General la designación de un Defensor Oficial en la materia para que la representara en la causa por protección de persona de su hijo D. I. R., como a la postre ocurrió con fecha 19 IV 2007 (fs. 859).

El lapso transcurrido desde que fuera fehacientemente notificada de la sentencia de mérito que declaraba el estado de adoptabilidad de su hijo, que claramente debía comprender su alcance jurídico por ser del mismo tenor de la dictada oportunamente en relación a su hija M. A. R. y que motivara su apelación, y la presentación de la Defensora Oficial penal requiriendo a la Defensora General la designación de una Defensora Oficial en materia civil para que representara a aquélla, demuestran un desinterés de la señora A. al requerir ello a su defensora, a diferencia de lo sostenido en el recurso en tratamiento, que enerva la viabilidad de la impugnación que nos ocupa por vencimiento del plazo desde que tomara conocimiento de la nulidad que pretende que se declare (art. 170 del C.P.C.C.), máxime si como señalamos la misma había sido beneficiada con arresto domiciliario el día 12 I 2007.

Por lo expuesto no corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y en su consecuencia al incidente típico de nulidad de las notificaciones planteado, desde que como sostuvo el a quo no se vislumbra afectación de la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 de la Constitución nacional, 15 de la local y 8 de la C.A.D.H.), resultando por lo demás el mismo extemporáneo (art. 170 del C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

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

I. No obstante que la privación de la libertad de la recurrente acompañada de una historia familiar sesgada por hechos de violencia doméstica (fs. 1176 1177) pudieron generar dificultades para ejercitar el derecho de defensa en plenitud ante el sistema de justicia, por las razones determinantes que paso a detallar, considero que el recurso no es procedente.

II. 1. En el presente proceso se declara la situación de "abandono moral y material en que fuera colocado el menor D. I.R. , nacido el día 31 de julio de 2002, DNI ..., por sus padres, N. O. R. y E. d. V.A. ..." (fs. 795/800 vta.).

Asimismo, se evalúan "... los efectos negativos que la institucionalización acarrea en niños de corta edad ..." y ante ello y a fin de proporcionar un medio familiar que procure el sostén y la atención personalizada del menor se autoriza el egreso de D. de la Casa de Admisión y Evaluación "R. T.G.", bajo la responsabilidad del matrimonio M. G., medida efectivizada según se informa a fs. 820.

Ulteriormente, en la instancia de origen, la señora jueza dispone la realización de medidas tendientes a verificar "... las condiciones personales y aptitudes de los guardadores en consideración a

las necesidades y los intereses del menor..."; y notifica a los progenitores del menor causante "... que se ha dado curso a la petición de guarda con fines de adopción efectuada respecto de D. I.R. ..." (fs. 847).

2. La lectura de la pieza recursiva planteada ante esta Corte evidencia que la crítica se dirige en lo medular a rebatir la decisión que en breve síntesis procedí a referenciar precedentemente.

Concretamente la señora A., madre biológica de D., se agravia de la decisión en cuanto declara el estado de abandono de su hijo y da curso a la guarda con fines de adopción pretendida por el matrimonio integrado por el señor R. R. M. y M. E.G. , sin que se le hubiere dado la debida intervención, pese a su condición de parte.

Sobre este último aspecto, su discrepancia también se asienta en distintos asertos de orden procesal, explicitados detalladamente en el voto precedente, al considerar que el modo de llevarse a cabo las notificaciones está en infracción a los arts. 136 y 140 del Código Procesal Civil y Comercial (conf. fs. 962).

3. Ahora bien: a partir de los textos internacionales, al tratarse de una decisión que concierne a un niño, debe tenerse en cuenta de forma primordial sus intereses. En este sentido, el referido interés implica que el desarrollo del niño y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (Opinión Consultiva N. 17, CIDN).

En sintonía, las directrices que dimanar de nuestro más Alto Tribunal nacional, preceptúan en relación a las decisiones en donde esté involucrado un niño o adolescente que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de aspectos formales o de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose del caso concreto que la ley les manda valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía modificar la situación actual del menor por imponerle su conveniencia y la configuración de circunstancias excepcionales. En tales condiciones, en casos como el de autos en que concurren relevantes conflictos interpersonales, cabe privilegiar la consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño art. 3º.1 impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (v. doctrina de Fallos 323:91; y sentencia del 2 de agosto de 2005, en autos S.C. S. 1801, L. XXXVIII caratulados "S., C. s/ adopción").

4. En función de poner a salvo el interés del niño (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12 de la Convención de los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 75 inc. 19, 22 y 23, Const. nac.), adelanto que se ha adoptado la solución que atiende adecuadamente sus necesidades específicas.

En este sentido, como he tenido oportunidad de señalar, esta verdadera regla de oro a la que no es posible sustraerse, es 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente

abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22 X 2003).

Una definición aproximativa caracteriza al interés del menor 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 se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del menor excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, "G.V. s/ adopción", sent. del 31 III 1998; Ac. 72.890, sent. del 19 II 2002; arts. 1 apart. 1, 2do. párr., 3 y 9 de la ley 26.061; igualmente el art. 4 de la ley 13.298).

4. A partir del plexo normativo referenciado que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en cuyo marco se dilucidará el caso en examen, se recorrerán las circunstancias fácticas que surgen a partir de los elementos de convicción adquiridos.

a. Desde su nacimiento y en una primera etapa de su vida, D. nacido el 31 de julio de 2002 no tuvo la posibilidad de tener estabilidad en el seno familiar. Permaneció junto a su madre, bajo la guarda provisoria de su abuela (al contar con solo cuatro meses de edad), luego de su tío, y en custodia de su padre N. O. R. con controles ambientales y derivación del menor a la entidad "Otro Joven" (fs. 53, 53 vta., 57, 63, 67, 87).

La actividad desplegada desde dicha institución para albergar al niño y a su madre, brindar asistencia terapéutica y médica, luego de sucesivas afecciones del niño que requerían tratamiento y particular esmero y atención, no fue acompañada por los progenitores, quienes suspendieron en diversas ocasiones la atención que se le dispensaba a D. respecto a sus cuidados médicos (fs. 96, 99, 146, 166).

Aún más, frente a la hospitalización del niño, indicada por el profesional interviniente, sin contar con el alta médica, fue retirado por su mamá no obstante el riesgo que ello importaba y que le fue advertido potenciado a posteriori por las adversas condiciones existentes en su medio social puesto de manifiesto en el informe de fs. 127.

La localización del niño y de sus progenitores, mereció el despliegue de una constante actividad por parte del tribunal actuante. Debió acudir a la intervención de "Missing Children", a la difusión de los datos en el "Sitio Argentino de Chicos Perdidos" y a todos los medios locales y/o provinciales de difusión masiva (fs. 189).

Luego la situación del niño y de sus padres pudo ser clarificada por la presentación del progenitor en la instancia de origen, quien lo hizo al efecto de solicitar "... el egreso de su novia E. A. y de su hija recién nacida a quien pondrán el nombre de M. A.R. , del HIEMI en el que se encuentran internadas por haber dado a luz recientemente, cuando se encuentren en situaciones de alta médica...". La progenitora se retiró del nosocomio pero la niña permaneció allí sin ser trasladada por la misma, ni familiar alguno luego del alta médica que se le otorgara. La circunstancia es ponderada por la señora jueza actuante, conjuntamente con la totalidad de las probanzas producidas, lo que la lleva a aseverar

"... la incapacidad de la joven E. A. para ejercer debidamente el cuidado de sus hijos sin la asistencia permanente de un adulto responsable" (fs. 211).

Cumplidas distintas actuaciones probatorias, se declaró el estado de abandono y de adoptabilidad de la niña (fs. 370/380 vta.), decisión revocada por la alzada que en fecha 1 de diciembre de 2005 ordenó "... en forma inmediata la restitución de M. A. a sus progenitores..." (fs. 440/444 vta.).

b. A lo largo de su primera infancia, el niño ha quedado atrapado en situaciones de violencia, desamparo y rechazo en el seno de su familia de origen (conf. fs. 688, 790, entre otros).

Los hechos posteriores a la resolución que reintegra a los niños a sus padres biológicos son trágicos, desgarradores: se informa el deceso de M., hermana de D., y las investigaciones realizadas determinan que fue víctima de homicidio (fs. 784/788 vta.).

Los abuelos y la tía de D., dan cuenta en el tribunal de la situación familiar, señalando el maltrato padecido por D.. El niño, con 3 años de edad, en fecha 28 de abril de 2006, ingresa en la Casa de Admisión y evaluación "R. T. G." (fs. 558).

Las peritos psicóloga y psiquiatra, entrevistaron al niño y concluyeron que "... durante la entrevista el niño se mostró lúcido, coherente, comunicativo, afectuoso, alegre e inquieto. No aparece angustia ni preocupación por sus padres ni por los hechos de violencia que devinieron en la muerte de su hermana... Su juego expresa con naturalidad situaciones de violencia, confusión de roles de agresores y agredidos los cuales podían reflejar la situación familiar en la que el niño ha crecido. Estas actitudes del menor ya han sido observadas en entrevistas anteriores pudiendo responder al modelo vincular familiar. Dada la edad del niño, su historia con graves hechos de violencia y la falta de vínculo estables y de sostén de las figuras adultas que lo cuidaron, indispensables en la estructuración psíquica normal de un niño, sería fundamental la inclusión en un grupo familiar que le permita desarrollarse en forma estable y con el compromiso afectivo necesario para que el menor pueda superar esta difícil situación..." (fs. 688).

La terapeuta ocupacional perteneciente a la Casa de Admisión que alberga a D. se expide en su informe de fs. 694, destacando que "D. es un niño reactivo, vital, que se adaptó inmediatamente a la situación de internación ... No ha reclamado la presencia de sus padres ni de otros familiares ... Al momento no ha evidenciado signos de angustia por la separación de sus padres. En cuanto a las pautas madurativas, presenta leve demora en la adquisición de las mismas, presentando potencial para que con estimulación y contención afectiva adecuada pueda evolucionar adecuadamente..."

c. La vida de D. a partir de su vinculación con el matrimonio compuesto por el señor R. R. M. y M. E.G. , muestra un cambio sustancial.

En efecto, se da cuenta que "está integrado al medio familiar, se le brinda una estimulación adecuada. Esto se visualiza en su expresión facial, su sonrisa, su socialización" (informe ambiental de control de fs. 836/837), "se aprecia un vínculo afectuoso del menor y sus guardadores a quienes llama mamá y papá y habla con mucha libertad delante de ellos. Los guardadores se ven comprometidos con su rol de padres con la problemática por la que atravesó D. . El niño se ha adaptado muy bien a su hogar

y a los nuevos vínculos familiares. Está concurriendo al jardín con buena integración. Piden orientación para ellos y para D. en relación a un apoyo terapéutico" (informe psicológico de fs. 845 y vta.).

5. El análisis que antecede pone de manifiesto con claridad meridiana que la situación vivencial de D. , ha dado un giro por demás favorable para su desarrollo integral, transitando las etapas evolutivas adecuadas. Ello obedece, sin hesitación, al contexto de estabilidad y segura relación vincular construido con el matrimonio M. G. .

No sólo las aseveraciones de los expertos transcriptas supra, de las que no encuentro razón para apartarme, llevan a mi convencimiento que la situación del niño no debe modificarse, por ser la más conveniente para su protección, estabilidad y crecimiento, sino que se corroboran con la experiencia directa que tuve en la audiencia celebrada con el niño en esta Corte el día 18 de noviembre de 2009, en presencia de una perito psicóloga y de la señora Representante del Ministerio Pupilar, a los fines de materializar el derecho constitucional de D. de ser oído (art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño, conf. art. 75 inc. 22, Const. nac.; 2, 24 y 27 de la ley 26.061).

6. Es por ello, que en función del estudio de los antecedentes reunidos en la causa, aprecio que la solución que dimana del tribunal de apelación expresa o implícitamente conjuntamente con la que dejo propuesta en este sufragio, da una adecuada respuesta a la defensa de los derechos del niño cuyo tratamiento es materia de este proceso.

Este examen pormenorizado de las circunstancias particulares que presenta el caso y la aplicación del principio del interés superior del menor permiten evaluar que el embate en torno a las dificultades que pudo sustentar la recurrente para ejercitar el derecho de defensa por su propia condición de vulnerable quede desplazado, ni bien se observe que entre la colisión de la referida garantía y el derecho fundamental del niño deba prevalecer este último. En efecto: la integración de D. en este nuevo entorno familiar basado en una vida familiar estable que colabora a superar los efectos negativos de la propia victimización sufrida durante su primera infancia indican que es la única vía de auto preservación física y emocional ya que de otro modo la condición específica de niño como sujeto de derecho, su dignidad, la atención a su opinión y en definitiva la satisfacción de sus necesidades específicas se verían conculcadas.

7. En mérito a las consideraciones que anteceden, estimo suficiente lo expuesto para proponer el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley entablado, con costas a la recurrente vencida (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Por las razones expuestas, voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Negri y Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron también por la negativa.

Los señores jueces doctores Hitters y Soria, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron también por la negativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó también por la negativa.

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, por mayoría de fundamentos, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido; con costas (arts. 84 y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

HECTOR NEGRI

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

CARLOS E. CAMPS- Secretario

VII. DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. RELEVANCIA PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO.

(Causa C. 110.858, sent. del 21-VI-2012).

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el caso en análisis, la Corte resolvió -teniendo especialmente en cuenta la opinión del menor involucrado volcada en una audiencia realizada al efecto en dicha sede- confirmar la sentencia del *a quo* que dispuso el retorno del niño con sus progenitores, quienes acreditaron fehacientemente haber logrado superar su problema de adicción a las drogas, circunstancia que había motivado que el menor permaneciera al cuidado de su abuela.

RESEÑA DEL CASO:

Con fecha 27 de noviembre de 2007, los progenitores del niño L. E. C. interpusieron demanda reclamando el reintegro de su hijo, por entender que habían cesado las causas que motivaron el otorgamiento de la guarda a la abuela del mismo.

Con fecha 22 de septiembre de 2009, luego de ser oído el menor, el Tribunal de Familia N° 1 de Lomas de Zamora hizo lugar a la acción y ordenó el reintegro del niño, fijando un régimen de visitas provisorio a favor de su abuela.

Dicha decisión se fundó en que no se advirtieron motivos para sostener la situación de guarda de L. por parte de la abuela, toda vez que quedó demostrado que ambos padres habían logrado superar los obstáculos que llevaron al juzgado de menores a tomar una decisión tan extrema.

Recurrido tal decisorio por la abuela del niño y la Asesora de Incapaces, la Suprema Corte, previo a resolver, ordenó por un lado y como medida para mejor

proveer que se practicase un completo informe médico y psicológico para determinar en forma específica cuál fue el tratamiento desintoxicante realizado por los actores (tipo, método, extensión, contenido, periodicidad, resultados, controles, indicadores y todo otro dato que justifique su situación de alta definitiva con remisión de consumo) a los efectos de analizar la aptitud de los mismos para ejercer los roles inherentes a la patria potestad y, por otro lado, mantuvo contacto personal con el niño.

Así, teniendo en cuenta dichos elementos –especialmente la opinión del niño L- y los restantes obrantes en la causa, la Corte confirmó lo resuelto por la instancia de origen.

CARÁTULA:

"G., K. L. contra S. d.G., O.N. Reintegro de hijo"

PASAJES DESTACADOS:

- Las circunstancias desfavorables por las que el niño transitó con sus progenitores, las que fueron motivo de su separación y, el posterior ambiente contenedor alcanzado con su abuela, dan cuenta de los soportes en que se sustenta la preferencia de no cambiar la situación existente expresada por éste en la audiencia; en atención a ello, juzgo indispensable acordar la participación de aquél en la determinación de sus derechos (apart. 102 de la Opinión Consultiva 17/2002 del 28-VIII-2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y doctrina de mi voto en C. 102.655, sent. del 27-IV-2011). (Del voto del Juez de Lázzari).
- [corresponde] Abrir un camino de escucha al niño en derredor a la nueva inserción familiar con sus padres; de ahí que en la instancia de grado el tribunal junto a su equipo interdisciplinario deberá arbitrar los mecanismos necesarios para efectivizar el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (arts. 3, 5, 9.2 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño). (Del voto del Juez de Lázzari).
- En función de la condición de niño como sujeto de derecho, la efectividad de su mejor interés, la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que

lo afecten y, en definitiva el derecho a vivir en una familia que lo proteja y cuide, corresponde el rechazo de los recursos interpuestos. (Del voto del Juez de Lázzari).

- La cuestión relativa a la tenencia o guarda de los hijos menores es sin duda una medida que no sólo concierne a los padres o guardadores, sino que esencialmente interesa al niño, cuyo interés superior debe en consecuencia ser evaluado y satisfecho en todos los casos (Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002). (Del voto del Juez Pettigiani)
- En función de lo que caracteriza un régimen de tenencia o guarda, es imprescindible conocer de boca propia del niño cuáles son las sensaciones que experimenta en su realización, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia. Opinión que debe ser pasada por el rasero que implican la edad y madurez del niño, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002). (Del voto del Juez Pettigiani)
- Habiendo asistido el suscripto a la audiencia fijada al efecto ante esta instancia, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona del menor, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual. En tal sentido, comparto la sensación plasmada por el doctor de Lázzari en torno de las preferencias convivenciales expresadas por L. en dicho acto, las que combinadas con las restantes vertidas por el niño en las demás ocasiones en que fuera entrevistado por los magistrados y demás profesionales intervinientes, llego 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 (conf. arts. 7, 8, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional). (Del voto del Juez Pettigiani)

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 21 de junio de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázzari, Pettigiani, Genoud, Hitters, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 110.858, "G. , K. L. contra S. d.G. , O.N. . Reintegro de hijo".

ANTECEDENTES

El Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia nº 1 de Banfield hizo lugar a la demanda entablada (fs. 259/263).

Se interpusieron por la demandada y por la señora Asesora de Incapaces sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (fs. 271/281 y 296/308).

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

CUESTIÓN

¿Son fundados los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos a fs. 271/281 y 296/308?

VOTACIÓN

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

1. La señora O.S. , en su carácter de abuela materna del menor L. E. C. (nacido el 9-X-2001), inició con fecha 11 de noviembre de 2005 proceso sobre Protección y Guarda de Persona ante el Tribunal de Familia nº 2 de Lomas de Zamora, atento a la adicción a las drogas de los progenitores del niño. Este tribunal se declaró incompetente por la materia y la causa pasó a tramitar ante el Tribunal de Menores nº 5 departamental.

La jueza interviniente, con fecha 13 de mayo de 2007 otorgó la guarda del menor a su abuela. El 16 del mismo mes y año decretó el cese de su intervención en virtud de la entrada en vigencia de la ley 13.298. Determinó que cualquier contingencia relativa al mismo fuera tramitada ante el servicio local allí previsto.

Con fecha 27 de noviembre de 2007, los señores K. L. G. y L. S. C. progenitores del niño- interpusieron demanda ante el Tribunal de Familia nº 1 de Lomas de Zamora, reclamando el reintegro de su hijo, por entender que han cesado las causas que motivaron el otorgamiento de la guarda a la abuela del mismo. En dicho escrito expresaron que presentados ante el servicio local, no arribaron a acuerdo alguno que dinamice la situación familiar.

2. Con fecha 22 de septiembre de 2009, luego de ser oído el menor, el tribunal de familia hizo lugar a la demanda incoada por los progenitores ordenando el reintegro del niño y fijando un régimen de visitas provisorio favor de la abuela, demandada en autos.

Fundó su decisión en que no se advierten en la actualidad motivo para sostener en el tiempo la situación de guarda de L. por parte de los abuelos, toda vez que ha quedado demostrado que ambos padres hoy han logrado superar los obstáculos que llevaron a tomar esa decisión tan extrema por parte

del juzgado de menores y que sería injusto seguir castigándolos por conductas pasadas y que a la fecha no se presentan.

3. Contra dicho pronunciamiento, se alzaron O. N. S. d. G. y la señora Asesora de Incapaces departamental, por vía de sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, los que habré de abordar en forma conjunta dado que la índole de los agravios planteados -de similar entidad- lo justifica.

Adujeron en suma que:

a) Se ha valorado la prueba en forma absurda.

b) Se han violado principios constitucionales tales como la igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio.

c) Se ha transgredido la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia (Ac. 78.728 y Ac. 87.970) en tanto al no respetar el deseo del menor de seguir viviendo con la abuela, era menester que la decisión del tribunal en pleno expresara los motivos del apartamiento de la opinión recogida.

d) No se tuvo en cuenta el interés superior del niño, sino solamente el interés de los progenitores. No se encuentra acreditado asimismo que modificar el statu quo del menor sea lo más conveniente, por el contrario, se encuentra probado que el niño se halla bien conviviendo con sus abuelos maternos.

4. Tal como lo sostiene el señor Subprocurador General en su dictamen, el tránsito por la pieza recursiva evidencia la disconformidad con la apreciación por el tribunal de cuestiones de hecho y de prueba cuya revisión sólo ha de obtenerse previa denuncia y fehaciente demostración de absurdo en las conclusiones arribadas, que en el caso -adelanto- no se observa configurado.

Así, más específicamente, tiene dicho esta Corte que la apreciación de las circunstancias del caso para determinar cómo se habrá de ejercer el régimen de convivencia respecto de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias (conf. Ac. 78.099, sent. del 28-III-2001; C. 107.820, sent. del 11-VIII-2010).

Como se adelantara, del análisis de la prueba producida en autos se desprende que el absurdo denunciado lejos está de haberse acreditado (art. 384, C.P.C.C.).

Veamos.

En agosto de 2007 el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos del Niño Sur - Lomas de Zamora- informó que presentados la abuela y los padres del menor, estos últimos manifestaron: "deseos de comenzar paulatinamente a realizar visitas externas con su hijo a fin de mantener encuentros a solas entre los tres, teniendo en cuenta que han realizado el tratamiento correspondiente..."(v. fs. 82/83).

El Centro Preventivo Asistencial (C.P.A.) Almirante Brown informó con fecha 9 de octubre de 2007 que K. G. y L. C. "... concluyen con entrevistas individuales psicológicas de manera satisfactoria, encontrándose en remisión total de consumo de sustancias psicoactivas. Se otorga el alta definitiva en este centro asistencial" (v. fs. 6).

En febrero de 2008, la jueza de familia estableció un régimen de comunicación provisorio a favor de los actores con la presencia de un perito asistente social (fs. 95).

En setiembre de 2008 se abrió la causa a prueba (v. fs. 127/128).

En octubre de 2008 el Hospital Interzonal "José Estévez" informó que K. G. ingresó a dicho establecimiento como becaria asistencial administrativa y a partir del 1 de enero de 2009 pasó a planta permanente, sin registrar hasta ese momento sanciones disciplinarias (v. fs. 150).

El 10 de octubre de 2008 el Centro Preventivo Asistencial Almirante Brown informó que con fecha 10 de diciembre de 2007, se había concluido con las entrevistas psicológicas de los actores de manera satisfactoria, obteniendo el alta institucional y cesando la intervención del centro (fs. 163).

El 3 de noviembre de 2008 el psicólogo que atendía a L. informó al tribunal que "se ha señalado a los padres de K. (abuelos de L.) que es poco lo que se puede hacer desde aquí, mientras continúen reiterándose estos conflictos entre los padres y abuelos de L. , en los que éste queda en el medio" (v. fs. 174).

El 28 de noviembre de 2008 la perito asistente social al informar al tribunal concluyó: "Ambos actores involucrados tanto de lo habitacional como económicos, están en condiciones de poder contener al grupo familiar con el cual conviven y del niño L. ... Con respecto a L. se lo ha observado cuidado y contenido dentro del grupo familiar de la demandada. Integrado, relacionado afectivamente, recibiendo las atenciones acorde a su edad. En entrevista se manifestó, callado, tímido, señalando querer ver a sus progenitores y querer estar con ambos grupos familiar. Manifestando afecto por sus padres como por sus abuelos maternos..." (v. fs. 185/190).

El 12 de noviembre de 2008 el psicólogo del tribunal informó que L. refirió tener un buen vínculo con su abuela y su tía materna y expresó un manifiesto deseo de ver con mayor asiduidad a sus padres, a los que dijo extrañar, principalmente a su padre con el que planea compartir actividades (v. fs. 196/199).

El 2 de diciembre de 2008 el perito psiquiatra designado informó al tribunal que "Del examen realizado al matrimonio de G. , K. L. y C. , L. S. no surgen indicadores de patología psiquiátrica al momento actual. Han obtenido el alta psiquiátrica y psicológica en relación a sus antecedentes vinculados con el consumo de sustancias psicoactivas. Teniendo en cuenta que del examen psiquiátrico no surgen signos ni síntomas de intoxicación y/o de abstinencia por consumo de sustancias psicoactivas, no se observan 'conductas de riesgo' que puedan generar perjuicio a sus personas y/o a su patrimonio" (v. fs. 192/194).

El 10 de marzo de 2009 el perito psiquiatra informó que la demandada O. N. G. "no presenta alteraciones morbosas de sus facultades mentales al momento de la evaluación. No obstante ello y teniendo en cuenta que persiste conflictiva familiar de larga data en relación a su hija K. y a su yerno L. , sería conveniente que el grupo familiar mencionado realice entrevistas psicológicas en centro especializado que permitan abordar la problemática que subyace en la que se encuentra el menor L. directamente involucrado" (v. fs. 217/218).

Ahora bien, una vez radicada la causa ante la Suprema Corte, en marzo de 2011 -como medida para mejor proveer- se ofició al Tribunal de Familia n° 1 de Lomas de Zamora a fin de que disponga la realización de un completo informe médico y psicológico para determinar en forma específica cuál ha sido el tratamiento desintoxicante realizado en su oportunidad por los señores K. L. G. y L. S. C. (tipo, método, extensión, contenido, periodicidad, resultados, controles, indicadores y todo otro dato que justifique su situación de alta definitiva con remisión de consumo) a los efectos de analizar la aptitud de los mismos -en la actualidad- para ejercer los roles inherentes a la patria potestad respecto del menor L. E. C. (v. fs. 342).

En junio de 2011, los peritos psiquiatra y psicólogo del tribunal de familia, luego de entrevistar a los actores concluyeron que al momento de la evaluación los mismos no presentan signos de enfermedad psiquiátrica ni de adicciones que impidan el ejercicio del vínculo parento-filial (fs. 351).

Surge entonces de la prueba producida y que fuera reseñada, que los actores han logrado acreditar fehacientemente el cese de las causas (situación de adicción) por la cual no se los consideró en su momento aptos para cuidar adecuadamente a su hijo y que motivó el régimen de convivencia fijado a cargo de su abuela y la consustancialidad del derecho deber natural de los padres de tener consigo a su hijo, a criarlo, alimentarlo y educarlo (conf. arts. 264, 265 y 275, Cód. Civil). Al haber variado esa situación, la decisión por la que se adopta el actual régimen establecido -donde L. conviviría con sus padres- no se observa violatorio de los derechos y principios que se señalan en sendos recursos extraordinarios, por lo que la sentencia en crisis habrá de ser confirmada.

5. Conforme se ha pronunciado esta Corte, en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fonal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (conf. Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999).

Como se advierte del marco referencial precedente, de la lectura de la causa y, en particular, del contacto directo con el menor, estimo necesario implementar otros recaudos en mira de respetar su persona.

Precisamente, en el contacto directo y personal tenido con L. , en la audiencia celebrada ante este Tribunal con asistencia de la Representante del Ministerio Público y una perito psicóloga -v. fs. 338- el niño manifestó su aceptación del statu quo (permanecer con su abuela), aunque exteriorizó la necesidad de contactarse más intensamente con sus padres.

Las circunstancias desfavorables por las que el niño transitó con sus progenitores, las que fueron motivo de su separación y, el posterior ambiente contenedor alcanzado con su abuela, dan cuenta de los soportes en que se sustenta la preferencia de no cambiar la situación existente expresada por éste en la audiencia; en atención a ello, juzgo indispensable acordar la participación de aquél en la determinación de sus derechos (apart. 102 de la Opinión Consultiva 17/2002 del 28-VIII-2002, solicitada

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y doctrina de mi voto en Ac. C 102.655, sent. del 27-IV-2011) del siguiente modo:

i. los padres deberán comprender la incertidumbre que plantea este nuevo cambio para su hijo, en razón de las situaciones vivenciadas con ellos en el transcurso de su anterior convivencia cuando fuera objeto de descuido y del bienestar alcanzado al integrarse con la familia ampliada; de ahí que en el rol instrumental que les cabe deberán efectivizar el derecho que tiene el niño a no perder continuidad en la relación afectiva con sus abuelos (arts. 3, 5, 6.1, 8, 12);

ii. abrir un camino de escucha al niño en derredor a la nueva inserción familiar con sus padres; de ahí que en la instancia de grado el tribunal junto a su equipo interdisciplinario deberá arbitrar los mecanismos necesarios para efectivizar el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta (arts. 3, 5, 9.2 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño).

6. En función de la condición de niño como sujeto de derecho, la efectividad de su mejor interés, la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta en todas las decisiones que lo afecten y, en definitiva el derecho a vivir en una familia que lo proteja y cuide, corresponde el rechazo de los recursos interpuestos y que en la instancia de grado se efectivicen las medidas dispuestas en el punto 5. i y ii (quinto párrafo del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 1, 3, 5, 6.2 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.).

Costas en el orden causado en virtud de las particularidades del caso (art. 68, 2ª parte, C.P.C.C.).

Con el alcance indicado, voto por la negativa.

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

I. Comparto la solución propuesta por el colega que me precede en la votación.

1. Potencia la misma el hecho que ella concilia acabadamente el interés del menor involucrado en el presente proceso (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional; 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial).

La cuestión relativa a la tenencia o guarda de los hijos menores es sin duda una medida que no sólo concierne a los padres o guardadores, sino que esencialmente interesa al niño, cuyo interés superior debe en consecuencia ser evaluado y satisfecho en todos los casos (Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002). En particular, el punto de partida debe situarse justamente en la remanida pero no superada fórmula del "interés superior del menor", que en su más prístina enunciación, este verdadero postulado quedó expresado en los siguientes términos: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se tenderá será el interés del niño" (art. 3 párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño).

Una definición aproximativa caracteriza al interés del menor 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 se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del menor excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, 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. 73.814, sent. del 27-IX-2000).

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.

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).

Por otro lado, cabe recibir asimismo el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y ccdtes. de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores, y el proceso de tenencia despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

No se trata en este caso de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia (voto del suscripto, Ac. 78.446, sent. del 27-VI-2001). La forma en que se resuelva el conflicto aquí ventilado no debería ser demostrativa de la medida en que el derecho, enfocado como pura forma, puede llegar a deshumanizarse perdiendo de vista su objetivo final: establecer un orden social justo.

2. En autos, la acreditada recuperación en la salud de los progenitores con remisión total del consumo de sustancias psicoactivas, su incesante empeño en recuperar la tenencia de su hijo L. , sus denodados esfuerzos en el logrado mantenimiento de la vinculación con su hijo a pesar de la conflictiva relación que mantienen con quienes ejercen actualmente la guarda del niño, el efectivo reconocimiento que el menor mantiene sobre sus roles paterno y materno, las propicias condiciones socio-ambientales y económicas que hoy ofrecen, las que incluyen el mantenimiento del actual centro de vida relacional del niño, así como las declaradas y sinceras ansias de L. de ver con mayor asiduidad a sus padres, compartir momentos con ellos, involucrarse más en sus cosas, me llevan a acompañar la propuesta del colega preopinante. Por ello, me resulta incontrovertible que puestos en la mira del superior interés del niño a partir de una apetencia de justicia despojada de rigorismos formales, realista y humana, corresponde hoy avalar la inmediata restitución de L. para que continúe su vida junto a sus progenitores (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial; 3, 4, 5, 6, 7, 9 y ccdtes., ley 13.298).

3. Ciertamente es que en función de lo que caracteriza un régimen de tenencia o guarda, es imprescindible conocer de boca propia del niño cuáles son las sensaciones que experimenta en su realización, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia. Opinión que debe ser pasada por el rasero que implican la edad y madurez del niño, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en juego (conf. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).

Habiendo asistido el suscripto a la audiencia fijada al efecto ante esta instancia, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona del menor, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual. En tal sentido, comparto la sensación plasmada por el doctor de Lázzari en torno de las preferencias convivenciales expresadas por L. en dicho acto, las que combinadas con las restantes vertidas por el niño en las demás ocasiones en que fuera entrevistado por los magistrados y demás profesionales intervinientes, llego 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 (conf. arts. 7, 8, 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional).

II. Por lo expuesto, también doy mi voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Genoud e Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron también por la negativa.

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, en concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechazan los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos.

En la instancia de origen se habrá de dar cumplimiento a la medida dispuesta en el punto 5.i y ii del voto del juez preopinante. Costas en el orden causado en virtud de las particularidades del caso (art. 68, 2ª parte, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS - Secretario

VIII. DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO. IDENTIDAD BIOLÓGICA O ESTÁTICA

(Causa C. 109.059, sent. del 26-II-2013)

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el siguiente fallo el Tribunal provincial tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la importancia del derecho de un niño -que contaba con sentencia firme de adopción plena- a conocer su identidad y realidad biológica y, eventualmente, a iniciar un proceso de vinculación con su progenitor.

RESEÑA DEL CASO:

El entonces Tribunal de Menores N° 2 de San Isidro, por sentencia del 30 de diciembre de 2004, otorgó al matrimonio integrado por M. d. C. C. y C. L. M. la adopción plena de Á. D. R.

El 20 de diciembre de 2007 el señor L. A. V. -quien manifestó ser el padre biológico del niño- solicitó el inicio de un proceso de revinculación con su hijo y la conformación de un "triangulo adoptivo" en el cual Á. D., el peticionante y los padres adoptivos comenzaran a entablar algún tipo de relación que continuase hasta la mayoría de edad.

Dicha petición fue rechazada por el tribunal, con sustento en que la misma devenía prematura por carecer el solicitante de legitimación activa para solicitar la nulidad de la adopción plena, dado que era necesario en primer lugar iniciar una acción de filiación extramatrimonial unilateral, supeditando a ella la procedencia de lo solicitado en la presente.

Apelada la sentencia, la Cámara de San Isidro confirmó dicho pronunciamiento.

El señor L. A. V. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, mediante el cual adujo que no se oponía a la adopción otorgada, ya que no cuestionaba el emplazamiento filiatorio existente, y reiteró la solicitud de ADN a los fines de determinar su vínculo biológico con Á.D.

La Corte hizo lugar al recurso entablado y ordenó que los autos volvieran a la instancia de origen para que fuera practicada la prueba biológica solicitada al efecto de verificar el vínculo sanguíneo y que, en el caso de acreditarse el mismo, se analizara la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor.

CARÁTULA:

"R., V. D. V.; R., Y. N.; R. S. Art. 10, ley 10.067"

PASAJES DESTACADOS:

- A la luz de las directivas que emanan de la Constitución nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la identidad del niño en relación a la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que el conocimiento sobre el origen (la "realidad biológica"), sea privativo de la adopción simple (art. 336, C.C.) y que la plena tenga, por definición, obstaculizada una indagación de esta naturaleza. (Del voto del Juez de Lázzari).
- El concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético. (Del voto del Juez de Lázzari).
- A la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los arts. 321 inc. h y 328 del Código Civil sobre el acceso a la "verdad biológica" no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del art. 322 del Código Procesal local (arts. 34 y 36, C.P.C.C.), es decir, como una acción meramente

declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incólume la adopción plena (Del voto del Juez de Lázzari).

- Esta solución es -a mi entender- la que prioriza de manera absoluta el interés superior del niño Á. D. por sobre el de las personas adultas, no obstante el legítimo interés que a éstos les pudiera caber (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12 de la Convención de los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica-; 75 incs. 19, 22 y 23, Const. nac.). (Del voto del Juez de Lázzari).
- En función de poner a salvo tal interés superior he tenido oportunidad de señalar que esta verdadera regla de oro a la que no es posible sustraerse, es el conjunto de elementos 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003; C. 102.719, sent. del 30-III-2010). (Del voto del Juez de Lázzari).
- Mayor significación adquiere, en mi opinión, el reverso de esa propuesta decisoria, que hace posible la satisfacción de los derechos del infante en danza, tanto en relación al conocimiento de su filiación de origen como a la reconstrucción de su identidad. Sobre el particular, no puedo dejar de rememorar el contenido de la Convención de los Derechos del Niño, que no sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango supralegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994 (art. 75 inc. 22), por lo que no puede invocarse ninguna norma doméstica que eventualmente contradiga lo allí establecido (art. 27, Conv. de Viena). El mencionado instrumento confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8; mi voto en la causa C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008). (Del voto del Juez Hitters).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 26 de febrero de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázzari, Hitters, Negri, Genoud, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 109.059, "R. , V. D.V. ;R. , Y. N.; R.S. art. 10 ley 10.067".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la acción intentada por carecer el recurrente de legitimación activa para la misma.

Se interpusieron, por el señor L.V. , recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.

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

CUESTIONES

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?

Caso negativo:

2ª) ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

1. Denunció el recurrente que el fallo fue dictado en infracción al art. 171 de la Constitución provincial, pues el tribunal omitió fundarlo en la normativa constitucional que surge de la Convención de los Derechos del Niño (C.D.N.) y sólo realizó una enunciación dogmática de las normas civiles de orden local.

Denunció también que en la sentencia se incurrió en rigorismo formal y se omitió el examen de cuestiones oportunamente propuestas, conducentes para la decisión y el restablecimiento del derecho como son el examen de ADN, la citación a los adoptantes y, concretamente, no se trató la petición vinculada a la conveniencia para el menor de instaurar un triángulo adoptivo sino que se protegió el instituto de la adopción y no el derecho del sujeto involucrado: en este caso el niño.

2. El recurso no prospera.

a) Es doctrina de este Tribunal que debe rechazarse el agravio vinculado con la falta de fundamentación legal, si de la simple lectura del fallo se evidencia el cumplimiento de lo prescripto por el art. 171 de la Constitución provincial, es decir, que se encuentre fundado en derecho (conf. C. 101.792, sent. del 15-VII-2009; C. 88.414, sent. del 8-XI-2006), más allá de la pertinencia de las normas citadas por el sentenciante para decidir.

b) En lo atinente a las cuestiones denunciadas como preteridas, tiene reiteradamente dicho esta Corte que el recurso extraordinario de nulidad es admisible cuando, invocando violación de los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia se denuncia omisión de cuestiones esenciales, y dicha

preterición ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido o inadvertencia, pero no cuando la materia aparece -como en el caso- desplazada por el razonamiento expuesto en la sentencia, siendo ajeno al ámbito de la presente vía de impugnación el acierto con que se haya analizado la misma (conf. causas Ac. 91.971, I. del 9-II-2005; C. 96.286, sent. del 13-V-2009; entre otras).

c) La denuncia de que se incurrió en el fallo en rigorismo formal tampoco puede ser oída desde que lo que se está cuestionando en definitiva es el acierto de la decisión, planteo que deviene ajeno al ámbito del recurso extraordinario de nulidad (conf. Ac. 95.000, I. del 21-X-2009).

3. Por todo ello, no habiéndose acreditado las infracciones legales denunciadas el recurso extraordinario de nulidad debe rechazarse. Costas al recurrente vencido (conf. arts. 68 y 298, in fine, C.P.C.C.).

En concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, doy mi voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Hitters, Negri y Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votaron la primera cuestión también por la negativa.

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

1. El entonces Tribunal de Menores n° 2 de San Isidro por sentencia del 30 de diciembre de 2004 (v. fs. 31/34 de la causa 25.836 acollarada) otorgó al matrimonio integrado por M. d. C. C. y C. L.M. , la adopción plena de Á. D. R. (nacido el 21 de mayo de 2002; ver fs. 101).

El 20 de diciembre de 2007 el señor L. A. V. -quien manifiesta ser el padre biológico del niño- solicitó en estos autos el inicio de un proceso de revinculación con su hijo y la conformación de un "triangulo adoptivo" en el cual Á.D. , el peticionante y los padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad (v. fs. 463/467).

La petición fue rechazada por el tribunal de menores con sustento en que la misma devenía prematura, por carecer el solicitante de legitimación activa para solicitar la nulidad de la adopción plena, dado que era necesario en primer lugar iniciar una acción de filiación extramatrimonial unilateral, supeditando a ella la procedencia de lo solicitado en la presente (v. fs. 479/481).

2. Apelada la sentencia, la Cámara de San Isidro confirmó dicho pronunciamiento.

Fundó su decisión en que después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por éste de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por efecto la prueba del impedimento matrimonial y que no era posible la promoción de acción de filiación alguna respecto del niño y que disponer lo contrario sería precarizar el estado filiatorio obtenido mediante sentencia de adopción plena, la que en principio es irrevocable y confiere una filiación que sustituye la de origen.

Concluyó, en definitiva, que no encontrándose legitimado el recurrente para reclamar los derechos que emergen del vínculo paterno filial de sangre, la falta de acreditación de ese vínculo y estando el menor causante emplazado en el estado de hijo respecto del matrimonio C. -M. , correspondía desestimar el planteo (v. fs. 522/524 vta.).

3. Contra dicho pronunciamiento, se alzó el señor L. A. V. por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció infracción a los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 de la Convención de los Derechos del Niño; 1, 5, 6, 7, 11, 29 de la ley 26.061 y concs. de la ley 13.298; 257 y 327 del Código Civil.

Adujo en suma que el "triángulo adoptivo" peticionado resulta una medida que dota a la adopción de una interpretación coherente con el respeto a la verdad a la luz del derecho a la identidad del niño; que no cuestiona la adopción otorgada y está armonizada con la pauta legal de máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley y los derechos en danza: identidad, certeza jurídica, vínculos significativos, derecho a la verdad, derecho a la familia (en un concepto amplio) ya que no cuestiona el emplazamiento filiatorio existente. Reiteró la solicitud de ADN a los fines de determinar su vínculo biológico con Á.D. .

4. El recurso prospera en la medida que he de proponer.

Quiero resaltar en primer término que lo dispuesto por el art. 327 del Código Civil en cuanto establece que "Después de acordada la adopción plena, no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 323", no puede aplicarse así, sin más, e ignorar que el art. 328 del Código Civil, al mismo tiempo, prescribe que "el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica" y que el 321 inc. h del mismo dispone que el juez haga constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado dicha realidad.

A la luz de las directivas que emanan de la Constitución nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la identidad del niño en relación a la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que el conocimiento sobre el origen (la "realidad biológica"), sea privativo de la adopción simple (art. 336, C.C.) y que la plena tenga, por definición, obstaculizada una indagación de esta naturaleza.

El interés superior del menor (arts. 3, C.D.N. y 321 inc. i del C.C.) enmarcado en el derecho a conocer su identidad (art. 8, párrafo 1° de la C.D.N.) tiene así jerarquía constitucional (arts. 33 y 75 incs. 22 y 23, C.N.) y define la controversia normativa, esta falsa dicotomía, en el sentido señalado.

Esta postura derogatoria del citado art. 327 ha sido seguida en la doctrina por María Josefa Méndez Costa (LL 1995-E-1049), Mauricio Mizrahi ("Derecho de Familia N° 11", pág. 44), Stilerman y Sepiarsky ("Adopción. Integración familiar", Universidad, Buenos Aires, 1999, págs. 190 y 191), Cecilia P. Grosman y Marisa Herrera (Lexis 0003/012203 ó 0003/012214 ó 0003/012211); Marisa Herrera, "El derecho a la identidad en la adopción", T. II, 2008, Universidad, pág. 101 y sigtes.).

Ahora bien, el recurrente ha dicho a lo largo del proceso y lo reiteró en su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que la medida por él propuesta análisis de ADN- no está dirigida a cuestionar la adopción, sino a determinar su consanguinidad con Á. D. y eventualmente la conveniencia para el mismo de la construcción de un triángulo adoptivo, sumatorio de todos sus vínculos.

Al respecto, Aída Kemelmager de Carlucci ha distinguido entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación. Ha dicho que indudablemente los lazos genéticos y los vínculos jurídicos familiares están íntimamente asociados; por eso, generalmente, el derecho a conocer los orígenes va unido al derecho a establecer vínculos jurídicos. Sin embargo continúa- ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad; de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico.

En suma, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético. Así, el niño adoptado -sigue diciendo- tiene derecho (más o menos extendido, de acuerdo con las legislaciones) a conocer sus orígenes, pero con posterioridad a la sentencia de adopción plena no tiene derecho a ser reconocido como hijo por su progenitor con los efectos jurídicos que el reconocimiento comporta en el establecimiento de la filiación (conf. "Origen biológico. Derecho a conocer" JA 2009-I-1035).

En concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General entiendo que a la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los arts. 321 inc. h y 328 del Código Civil sobre el acceso a la "verdad biológica" no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del art. 322 del Código Procesal local (arts. 34 y 36, C.P.C.C.), es decir, como una acción meramente declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incólume la adopción plena (conf. A. Gil Domínguez, M. V. Famá, M. Herrera "Derecho Constitucional de Familia", T. II, pág. 790).

En armonía con esto, en el IX Encuentro de Abogados Civilistas, celebrado en Paraná en 1995, se afirmó que: "Con fundamento en el derecho a la identidad toda persona puede ejercer una acción autónoma tendiente al conocimiento de su identidad biológica" (citado por Graciela Medina en LL 2003 E, pág. 1261).

Esta solución es -a mi entender- la que prioriza de manera absoluta el interés superior del niño Á. D. por sobre el de las personas adultas, no obstante el legítimo interés que a éstos les pudiera caber (arts. 1, 2, 3, 4, 6, 9, 12 de la Convención de los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica-; 75 incs. 19, 22 y 23, Const. nac.).

En función de poner a salvo tal interés superior he tenido oportunidad de señalar que esta verdadera regla de oro a la que no es posible sustraerse, es el conjunto de elementos 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003; C. 102.719, sent. del 30-III-2010).

Desde esta atalaya, resulta de no poca importancia para arribar a la solución que propongo las circunstancias específicas de esta causa referidas concretamente a que en todo el proceso se fue nombrando en forma reiterada al aquí recurrente en su calidad de persona relacionada sentimentalmente ("novio") con la señora Y. R. (madre del menor, ya fallecida) y de padre del niño (v. fs. 45, 55, 63, 104, 117, 161), lo cual nos permite también presumir que su reclamo es veraz y no una aventura judicial producto de una fabulación o error inexcusable (art. 384, C.P.C.C.).

Si lo que dejo expuesto es compartido, los autos deberán volver a la instancia de grado para que en virtud de lo aquí expuesto se practique la prueba biológica que se solicitara al efecto de verificar el vínculo sanguíneo del menor Á. D. R. con el señor L. V. como cuestión previa y necesaria para que el mismo adquiera legitimación en este reclamo y así, una vez dilucidada esta cuestión previa, se pondere la posibilidad de revinculación con el niño, teniéndose en cuenta su opinión en función de su edad y grado de madurez (arts. 5 y 12, C.D.N.) bajo un estricto análisis de las eventuales consecuencias que de la misma pueden desprenderse siempre que ello sea beneficioso para el adoptado y los demás involucrados.

5. Con el alcance indicado, doy mi voto por la afirmativa.

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

Adhiero al bien fundado voto del distinguido colega que abre el acuerdo.

Pienso, que la pretensión actoral, reconducida en sus cauces rituales y finalidad del modo en que se propicia en el aludido sufragio, es susceptible de dar satisfacción al interés del accionante en la medida en que es digna de tutela, aún cuando ese alcance no coincida con los términos peticionados en el inicio (el establecimiento de un vínculo filial).

Mayor significación adquiere, en mi opinión, el reverso de esa propuesta decisoria, que hace posible la satisfacción de los derechos del infante en danza, tanto en relación al conocimiento de su filiación de origen como a la reconstrucción de su identidad. Sobre el particular, no puedo dejar de rememorar el contenido de la Convención de los Derechos del Niño, que no sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango supralegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994 (art. 75 inc. 22), por lo que no puede invocarse ninguna norma doméstica que eventualmente contradiga lo allí establecido (art. 27, Conv. de Viena). El mencionado instrumento confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8; mi voto en la causa C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008). Pienso que la instrumentación de la solución que propicia el citado Ministro permite, a través de la razonable armonización de los dispositivos sustanciales y procesales en juego, una interpretación de estos que conecta con el deber del Estado de acompañar el contenido de la normativa interna a las obligaciones asumidas en el plano internacional.

A ese respecto, la Corte Interamericana ha precisado que una norma consuetudinaria generalmente aceptada apunta a señalar que el Estado debe adaptar sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre la materia (caso "Cantos vs. Argentina", sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C., No.97, párr. 59; caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, No.98., párr. 164; caso "Bulacio vs. Argentina" [cit.], párr. 140, sentencia de 18

de septiembre de 2003. Serie C., N° 100 y caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", [cit.], párr. 205).

Cuando se afirma que el Estado debe buscar el *effet utile*, no se alude sólo al Poder Legislativo, sino también a los jueces que a través de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos acompasar el modelo interno con el transnacional, de lo contrario se originan injusticias en los pleitos y se genera responsabilidad internacional del país por actos u omisiones de cualquiera de los tres poderes (caso de la "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No.134, párr. 111).

En tal orden de pensamiento ha manifestado la Corte Interamericana que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales, y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas. Empero si un gobierno ha ratificado una regla internacional como por ejemplo la Convención Americana, "... sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por las leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En este sentido, no sólo se debe abordar el 'control de constitucionalidad' de las normas, sino que también se tiene que ejercer el denominado 'control de convencionalidad', expresión utilizada por primera vez en el caso 'Myrna Mack Chang' (2003) de la CIDH en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, y posteriormente en el caso 'A. A.' (2006) por la Corte en pleno, ya que este último tipo de inspección no es exclusivo de los organismos internacionales, sino, como ya dije, también se encuentra a cargo de los jueces de cada país, en el caso del nuestro, de todos los de cualquier fuero y jerarquía, dado el carácter difuso del sistema de contralor, admitiéndose la posibilidad de efectuarlo, aún, *ex officio* (véase Rey Cantor, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Porrúa, México, 2008, pp. 68, 69, 70, 71 y ss.)".

De mi parte agrego que está en juego aquí el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que le otorga preponderancia al Instrumento internacional por sobre cualquier ley doméstica, tal como lo he puesto de manifiesto en numerosas oportunidades (causas Ac. 68.053, sent. del 7-VII-1998; Ac. 68.872, sent. del 1-IX-1998; P. 57.926, sent. del 13-IX-2000; Ac. 89.299, sent. del 23-XI-2005; Ac. 90.751, sent. del 18-VII-2007; C. 85.363, sent. del 27-VIII-2008; entre otros).

Resulta claro que todo cuanto se ha expresado respecto de la obligatoriedad de los compromisos internacionales es de rigurosa aplicación a la aludida Convención de los Derechos del Niño. La norma consuetudinaria que impone el deber de adaptar la preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas en el plano internacional es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia de la Corte I.D.H. como un principio evidente (conf. caso "A. A. y otros vs. Chile", sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, nota 6, párr. 117; caso "Instituto de Reeducción del Menor", sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, párr. 205 y caso "B. ", sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr. 140. Véase, caso "La Cantuta vs. Perú", sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 170).

Reitero pues la adhesión al voto que abre el acuerdo, y con el alcance allí trazado, doy el mío por la afirmativa.

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

1. Á. D. M. nació el 21 de mayo de 2002.

En el año 2004 luego de haber estado bajo la guarda del matrimonio compuesto por M. d. C. y C. L. M. fue adoptado (en adopción plena) por esa pareja (v. fs. 278, 280 de estas actuaciones y fs. 31/34, causa 25.836, acollarada a las presentes).

2. Con fecha 20 de diciembre de 2007 se presenta en estas actuaciones el señor L. A. V. quien manifiesta ser el padre biológico del niño. Sostiene que cuando él tenía veinte años tuvo una relación con la madre Á.D. , N. Y.R. , quien falleció el 22 de mayo de 2004 (v. fs. 362 y 463/467).

Expresa que, en la medida en que pudo y a pesar de la situación de judicialización e institucionalización que -en esa época- vivía la madre del niño, asumió su paternidad y que, a pesar de ello, no fue citado por el Tribunal para ser oído. Aduce, entre otros motivos, el no haber reconocido al menor por carecer -en ese momento- de documentos que justificaran su identidad.

El señor L. A. V. afirma que no quiere actuar en contra de la adopción ya otorgada, pero pide que se reconozca su condición de padre biológico y se establezca lo que se llama un "triángulo adoptivo" que le permita expresar como padre el afecto por su hijo, a quien no ve desde que éste tenía pocos meses de vida.

Propone se cite a la familia adoptiva de Á. D. para que por intermedio del tribunal se ponga en conocimiento el origen del niño, y los extremos de su petición (v. pto. 4 de petitorio obrante a fs. 467).

3. Ahora bien, surge de fs. 578/579 que la Asesora de Incapaces el día 21 de septiembre de 2009 mantuvo entrevista con los padres adoptivos del niño y puso en conocimiento de éstos la pretensión formulada por el señor L. A.V. .

Asimismo, que los testimonios de la abuela y madre biológicas -oportunamente efectuados a fs. 45, 46, 115, 117, 134- y los informes de fs. 104/105 121/122, 161 darían cuenta que la alegada relación entre el peticionante y N. Y. R. habría existido.

4. En ese contexto, recuerdo que en la sentencia de adopción expresamente se hace referencia al compromiso del matrimonio M. -C. de hacerle conocer al niño su realidad biológica (de conformidad a lo prescripto por el art. 321 inc. h del Código Civil y las constancias obrantes a fs. 22, 25, 26 y 33 de la, antes mencionada, causa 25836). En tal sentido, con sustento en el interés superior del menor y su derecho de identidad (conf. arts. 3 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño y 321 inc. i del Código Civil) he de coincidir con mis colegas en que los autos deberán volver a la instancia de origen para que se realice el análisis comparativo de ADN y, en su caso, acreditado el vínculo biológico alegado se analice eventualmente la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor.

Con tal alcance voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó la segunda cuestión 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, en concordancia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de nulidad planteado; costas al recurrente vencido (conf. arts. 68 y 298, in fine, C.P.C.C.). Asimismo, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca la sentencia impugnada, debiendo volver los autos a la instancia de grado para que se practique la prueba biológica que se solicitara al efecto de verificar el vínculo sanguíneo del menor Á. D. R. con el señor L.V. , y en su caso, acreditado el mismo, se analice -eventualmente- la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor; con costas (art. 68 y 289 C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

HECTOR NEGRI

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

CARLOS E. CAMPS – Secretario

IX. ADOPCIÓN.

A) SIMPLE O PLENA

(Causa C. 115.747, sent. del 6-VIII-2014)

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el caso se plantea la situación de un joven de quince años que, manteniendo contacto con sus hermanos biológicos, convivía desde muy temprana edad con su familia adoptiva, encontrándose totalmente integrado a la misma. Pese a ello, el Asesor de Incapaces requirió que la adopción fuera otorgada en forma simple.

En el marco de una audiencia realizada en la sede del Tribunal, la Corte tuvo oportunidad de tomar contacto personal con el adolescente y escuchar su opinión al respecto, tras lo cual rechazó el medio de impugnación y mantuvo la decisión que había otorgado la adopción plena.

RESEÑA DEL CASO:

El 15 de diciembre de 2009 el matrimonio compuesto por N. M. R. y J. E. T. inició las actuaciones solicitando la adopción plena del menor D. G. F. Ambos manifestaron, remitiendo a la solicitud de guarda preadoptiva, que “el niño fue dejado por sus padres biológicos y por ende alojado desde sus primeros años de vida con los suscriptos”.

De las actas de audiencia con el niño, sus guardadores y los hijos biológicos de éstos que lucen a lo largo del expediente, surgió que D. se encontraba perfectamente adaptado y contenido por su familia adoptiva. El niño relató que conocía a su “mamá de la panza” y que a veces lo iba a visitar; también veía a su hermano R.

El Juzgado de primera instancia resolvió, con fecha 19 de octubre de 2010, hacer lugar a la acción de adopción plena. En apoyo de su conclusión sostuvo que “D. tiene en claro su realidad biológica y el conceder la adopción plena en nada cambiaría este vínculo afectivo que mantiene con su hermano y su mamá quien puede concurrir a verlo cuantas veces quiera, estando claramente resguardado su derecho a la identidad (art. 7 CDN)”.

Apelada dicha resolución por el representante del Ministerio Pupilar, luego de oír al menor fue confirmada por la Cámara de Apelación del Departamento Judicial de Junín.

Contra dicha sentencia el Asesor de Incapaces interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por el cual denunció la violación de los arts. 3 inc. 1, 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, 12 de la Constitución provincial y 31 y 75 inc. 22 de la Carta Magna. Centró su agravio en la necesidad del otorgamiento de la adopción del niño D. en forma simple.

Como ya se anticipó, luego de tomar contacto personal con el joven y escuchar sus deseos y, considerando que lo resuelto por las instancias precedentes armonizaba con el superior interés del menor, la Corte resolvió rechazar el recurso, confirmando así la adopción plena.

CARÁTULA:

"F., D.G. Adopción. Acciones vinculadas"

PASAJES DESTACADOS:

- La ley 24.779 estatuye un doble régimen de adopción -la adopción plena y la adopción simple, cuya principal nota distintiva radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico entre el adoptado y su familia de origen (arts. 323 y 331, Cód. Civil)-, la procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho de cada caso, poseyendo la autoridad judicial facultades -incluso- para disponer un tipo adoptivo distinto del solicitado por los peticionantes, cuando ello sea así más beneficioso al superior interés del menor involucrado (conf. arts. 321, inc. i, 330 y concs., Cód. Civil). En este caso y haciendo honor a las particulares circunstancias verificadas, considero que lo resuelto por las instancias

jurisdiccionales precedentes concilia acabadamente con el superior interés del menor involucrado en el presente proceso, por lo que debe ratificarse el otorgamiento de su adopción plena a los peticionantes (arg. arts. 3, 9, 12, 21 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 323 y sigtes., Cód. Civil; 384 y concs., C.P.C.C.). (Del voto del Juez Pettigiani).

- El art. 21, en concordancia con el 3 de la misma Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que el interés superior del niño sea el interés primordial. Dicha convención fue aprobada en nuestro país por la ley 23.849, la Nación adhirió a ella el 5-XII-1990, tiene rango constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22, Const. nacional) y la manda fue plasmada en nuestro Código Civil en el inc. "i" del art. 321 (C. 115.103, sent. del 11-III-2013). En este sentido, el juez tiene impuesta en el juicio de adopción una regla de oro, es decir no una mera facultad, sino un imperativo categórico: en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor. Este mandato campea en todo el juicio de adopción y supedita cualquier interés individual al del niño (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998). (Del voto del Juez Pettigiani).
- En los juicios de adopción no pueden ser obviadas las particularidades de cada situación, teniendo siempre presente que el norte que debe guiar al juzgador es el interés superior del niño (C. 115.708, sent. del 12-VI-2013; entre otras); que en su más prístina enunciación, este verdadero postulado quedó expresado en los siguientes términos: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se tenderá será el interés del niño" (art. 3 párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño). (Del voto del Juez Pettigiani).
- Para este joven, que padeció en su historia vital las vicisitudes propias de un abandono contando con muy corta edad, su superior interés señala que hoy deba tenerse en consideración su condición como sujeto de derecho, su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, su derecho a expresar su opinión y a que

ésta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que le afecten y, en definitiva, su derecho a vivir en una familia que lo proteja y cuide (C. 110.858, sent. del 21-VI-2012). (Del voto del Juez Pettigiani).

- El principio de la "capacidad progresiva" recibido en los arts. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 inc. "b" de la ley 26.061, que habilita al menor de edad a ir ejerciendo sus facultades de autodeterminación en la medida que va adquiriendo la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. Se trata de reconocer la autonomía progresiva o el discernimiento de capacidades diversas de los menores, con independencia de rígidos patrones de edad. Es que por su edad y grado de madurez, el impacto de la opinión en la decisión judicial de un joven de 15 años es diferente a la de un niño de menor edad. (Del voto del Juez Pettigiani).
- El resguardo del contacto con los hermanos, más allá del quiebre del vínculo jurídico, se encuentra posibilitado a través de la propia asunción por parte del joven, en forma consciente, libre y sincera, de una relación que procura mantener de por vida (conf. arg. C. 114.104, sent. del 10-VI-2013), pero a la que no asigna el carácter que aquí se le ha pretendido adjudicar. (Del voto del Juez Pettigiani).
- Atento a las necesidades planteadas por D.G., las que convergen en su ansiada completa ubicación en el seno de la familia T. -R. , donde se reconoce a sí mismo y sobre la cual cimienta sus expectativas, proyectos y vida futura, sin mengua del sostenimiento del contacto periódico que ha mantenido y contempla seguir manteniendo con su progenitora y hermanos de sangre, considero que aquella seguridad que en su superior interés es menester resguardar, debe encontrarse en este caso concreto, en las notas de irrevocabilidad y de sustitución que sólo le puede aportar una adopción plena (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4 y concs., ley 13.298; 323 y sigtes., Cód. Civil). (Del voto del Juez Pettigiani).
- La identidad se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia. Por ello advertimos que el concepto pedagógico la refiere a las modificaciones que un sujeto experimenta a lo largo de su vida, en tanto que el psicológico nos menciona una

secuela de estados de conciencia que se suceden en ese trayecto. Se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras. De esta forma, constituye un error referir la identidad del menor exclusivamente a su origen y a su familia biológica (Ac. 69.426, sent. del 12-IX-2001). (Del voto del Juez Pettigiani).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 6 de agosto de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, Kogan, Soria, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 115.747,

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín confirmó lo resuelto por el juez de familia que, a su turno, hiciera lugar a la petición de adopción plena incoada por N. M. R. y J. E. T. respecto del niño D. G. F. (fs. 140/144 vta.).

Se interpuso, por el señor Asesor de Incapaces, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 149/155 vta.).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 149/155 vta.?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. En lo que aquí importa destacar y que resulta motivo de agravio, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín confirmó lo resuelto por el Juzgado de Familia N° 1 departamental que otorgó la adopción plena del niño D. G. F. al matrimonio compuesto por N. M. R. y J. E. T. (fs. 96/104 y 140/144 vta.).

II. Contra lo así resuelto se alza el señor representante del Ministerio Público mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en cuyo marco denuncia la violación de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 12 de su par provincial y 3 inc. 1, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 149/155 vta.).

Se agravia de lo resuelto por la alzada en cuanto confirma la adopción plena de su asistido, solicitando, en consecuencia, la simple, en el entendimiento de que es la que mejor se adapta al caso.

III. El recurso no prospera, debido a su insuficiencia técnica (art. 279, C.P.C.C.).

Esta Corte -en forma reiterada- ha dicho que quien afirma que la sentencia transgrede determinados preceptos del derecho vigente o denuncia absurdo, anticipa una premisa cuya demostración debe luego llevar a cabo. El incumplimiento de esta exigencia provoca la insuficiencia del

intento revisor (conf. causas C. 95.063, sent. del 22-XI-2008; C. 96.918, sent. del 25-II-2009; C. 108.600, resol. del 7-X-2009; C. 110.380, resol. del 28-V-2010; C. 116.421, resol. del 9-XI-2011), que tal como -se adelanta- se verifica en el caso.

En efecto, luego de analizar la prueba producida -en especial las pericias psicológica y asistencial-, la alzada sostuvo: "De los distintos dictámenes periciales presentados en autos, surge que D. considera como padres a los adoptantes con los que estableció fuertes lazos afectivos, al igual que los tres hijos de ambos" (fs. 142), a lo que agregó que también los hijos biológicos de los adoptantes -M. , M. y M. L. T. - manifestaron que están de acuerdo con la adopción, ya que D. está en la familia desde hace muchos años (fs. 142 vta.).

Así, concluyó, "... entiendo que la adopción plena otorgada en el pronunciamiento apelado es la que mejor se acomoda al superior interés de D. (art. 3 CDN), ya que por medio de su régimen se lo integra al grupo familiar del que formó parte desde los tres años, creándose vínculos de parentesco con todos los miembros del mismo, lo cual no hace otra cosa que trasladar al plano jurídico la realidad existencial de ellos" (fs. cit.).

A lo dicho adunó con relación al "derecho de identidad personal" que "la adopción plena cumple una función de amparo de los menores carentes de una familia biológica que los contenga adecuadamente; y por tal razón, su otorgamiento genera la sustitución de vínculos emergentes de esa familia por los de la familia del adoptante, para favorecer una completa integración del niño a este último grupo familiar, creándose lazos de parentesco no sólo con aquel sino también con el resto de los integrantes de la familia" (fs. 143 vta.).

Frente a ello, el representante del Ministerio Público de Incapaces insiste en su postura tendiente a demostrar que la adopción simple es la que mejor se ajusta al caso (fs. 151 vta./155), pero sin aportar argumentos que persuadan de la ilogicidad de los razonamientos empleados por el a quo. Sólo trae su personal interpretación de las constancias de la causa, cuestiones que, por otra parte, han tenido suficiente respuesta por la Cámara en los desarrollos parcialmente transcritos más arriba.

Se ha dicho que disentir con lo resuelto por la alzada no es base idónea de agravios, ni configura absurdo que dé lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, pues dicha anomalía queda configurada sólo cuando media cabal demostración del error palmario y fundamental, única vía que autoriza la apertura de la casación para el examen de una cuestión de hecho (conf. C. 95.950, sent. del 21-V-2008; C. 102.703, sent. del 18-III-2009; etc.).

En síntesis, el a quo, valorando las circunstancias de la causa y en línea con lo dispuesto en primera instancia, consideró que la adopción plena es la que mejor se condice con el interés superior de D. (art. 3, C.D.N.; fs. 142 vta.).

Tal razonamiento, no ha recibido un reproche que demuestre error palmario y fundamental en la apreciación del inferior que lo condujera a formulaciones incongruentes o contradictorias con las constancias de la causa (art. 279 cit.), lo que determina la desestimación de esta parcela del embate. Pues, aún cuando el criterio del sentenciante pueda ser calificado de objetable, discutible o poco convincente, ello no es suficiente para tenerlo por absurdo, porque se requiere algo más: el error grave,

grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa (conf. C. 102.047, sent. del 4-III-2009 y sus citas); supuesto que -reitero- no ha sido idóneamente evidenciado por quien se alza (art. 279 y su doct., C.P.C.C.).

Resta señalar que incurre en el mismo déficit la mera denuncia de transgresión de normas constitucionales o supraconstitucionales que -como en este supuesto- no logra acreditar de qué manera el fallo colisiona con las presuntas garantías y el derecho que se dice conculcado, tarea a cargo de los impugnantes que no puede ser suplida por la Corte (conf. doct. C. 106.410, sent. del 9-IX-2009; C. 98.871, sent. del 30-III-2010; C. 113.683, resol. del 16-III-2011; C. 114.606, resol. del 29-VI-2011; C. 113.176, resol. del 7-IX-2011), lo que sella -en definitiva- la suerte adversa de la crítica formulada.

IV. Por lo expuesto, oído el señor Subprocurador General, no habiéndose acreditado las infracciones normativas denunciadas ni el absurdo alegado (art. 279, C.P.C.C.), corresponde el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Voto por la negativa.

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. Adhiero al voto del colega que me precede en el orden de votación.

No obstante ello, considero oportuno destacar que los derechos de D. G. habrían estado mejor resguardados si el apelante hubiese tenido en consideración sus circunstancias y opiniones personales, pero encuentro que en el caso en vez de centrarse la prioridad en su superior interés ha tenido lugar una apelación mecanizada en la que no se observan fundamentos que demuestren en qué se vería beneficiado el menor con una adopción simple en vez de con una plena.

Circunstancia que se ve plasmada a partir de la suerte que corre hasta aquí el recurso planteado, por carecer de argumentos conducentes que rebatan aquéllos dados por la Cámara, descuidando los derechos en juego en este tipo de causas y la importancia de no generar desde el servicio de justicia dilaciones evitables.

Este actuar, en mi opinión, sólo ha perjudicado al niño en tanto se ha extendido la judicialización de su vida innecesariamente.

II. Con la consideración realizada, doy mi voto por la negativa.

El señor Juez doctor Soria, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó también por la negativa.

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

I. Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto de los estimados colegas preopinantes.

II. Sin perjuicio de ello, no omito considerar que este Tribunal ha dicho que en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad

inescindible (conf. causas Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; C. 87.970, sent. del 5-XII-2007; C. 99.748, sent. del 9-XII-2010).

En el mismo sentido ha dicho la Corte Suprema nacional que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. JA, 2006-II-27).

Así pues, es sabido que la ley 24.779 estatuye un doble régimen de adopción -la adopción plena y la adopción simple, cuya principal nota distintiva radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico entre el adoptado y su familia de origen (arts. 323 y 331, Cód. Civil)-, la procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho de cada caso, poseyendo la autoridad judicial facultades -incluso- para disponer un tipo adoptivo distinto del solicitado por los peticionantes, cuando ello sea así más beneficioso al superior interés del menor involucrado (conf. arts. 321, inc. i, 330 y conchs., Cód. Civil). En este caso y haciendo honor a las particulares circunstancias verificadas, considero que lo resuelto por las instancias jurisdiccionales precedentes concilia acabadamente con el superior interés del menor involucrado en el presente proceso, por lo que debe ratificarse el otorgamiento de su adopción plena a los peticionantes (arg. arts. 3, 9, 12, 21 y conchs., Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y conchs., Const. nacional; 2, 3 y conchs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y conchs., Const. provincial; 4, 5, 6, 7 y conchs., ley 13.298; 323 y sigtes., Cód. Civil; 384 y conchs., C.P.C.C.).

1. En efecto, el art. 21, en concordancia con el 3 de la misma Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que el interés superior del niño sea el interés primordial. Dicha convención fue aprobada en nuestro país por la ley 23.849, la Nación adhirió a ella el 5-XII-1990, tiene rango constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22, Const. nacional) y la manda fue plasmada en nuestro Código Civil en el inc. "i" del art. 321 (C. 115.103, sent. del 11-III-2013). En este sentido, el juez tiene impuesta en el juicio de adopción una regla de oro, es decir no una mera facultad, sino un imperativo categórico: en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor. Este mandato campea en todo el juicio de adopción y supedita cualquier interés individual al del niño (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998).

De esta forma, en los juicios de adopción no pueden ser obviadas las particularidades de cada situación, teniendo siempre presente que el norte que debe guiar al juzgador es el interés superior del niño (C. 115.708, sent. del 12-VI-2013; entre otras); que en su más prístina enunciación, este verdadero postulado quedó expresado en los siguientes términos: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se tenderá será el interés del niño" (art. 3 párrafo 1º, Convención sobre los Derechos del Niño).

Una definición aproximativa caracteriza al interés del menor 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo 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; entre otras). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. 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).

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.

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).

Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, cabe apelar asimismo al principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, así como en el art. 4 in fine de la ley 13.298, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecen los primeros (C. 111.357, sent. del 11-IV-2012; C. 101.726, sent. del 5-IV-2013), quedando relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso de adopción despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional (art. 75 inc. 22; C. 100.970, sent. del 10-II-2010; C. 110.887, sent. del 10-VII-2013; entre otras).

2. De este modo, probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación (C. 104.730, sent. del 13-VII-2011; entre otras).

Aquí, D.G. , nacido el 1 de noviembre de 1998, fue entregado por su progenitora a los actuales guardadores cuando tenía tres años (siempre ésta se ha manifestado de acuerdo con que D. fuera adoptado por los peticionantes, fs. 58).

El joven se reconoce a sí mismo como miembro de la familia adoptante, pretende llevar su apellido (fs. 43) y se encuentra verdaderamente integrado a dicha familia, habiendo forjado sólidos lazos afectivos tanto con los guardadores como con su familia ampliada, especialmente con quienes él mismo

reconoce como sus hermanos, M. , M. y M.L. , hijos biológicos de los adoptantes. Si bien cada uno de ellos ha formado ya su propia familia nuclear, los ve todas las semanas, profesándose mutuamente el cariño y trato de verdaderos hermanos (v. testimoniales de fs. 68, 70 vta., 71 vta., 72, declaración de los hijos de los adoptantes a fs. 73, informe psicológico a fs. 81 e informe social a fs. 82 vta.).

D. no conoce a su progenitor, aunque sí a sus hermanos biológicos, especialmente a R. , dos años menor que él, a quien continúa viendo especialmente los días de su cumpleaños. En cuanto a su hermana M. y a los mellizos, mucho menores que él, no los ve. Justamente su hermano R. también fue dado en adopción. El matrimonio F. lo recibió en guarda y luego obtuvo su adopción plena (fs. 101).

3. Para este joven, que padeció en su historia vital las vicisitudes propias de un abandono contando con muy corta edad, su superior interés señala que hoy deba tenerse en consideración su condición como sujeto de derecho, su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, su derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todas las decisiones que le afecten y, en definitiva, su derecho a vivir en una familia que lo proteja y cuide (C. 110.858, sent. del 21-VI-2012).

Me estoy refiriendo al principio de la "capacidad progresiva" recibido en los arts. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 inc. "b" de la ley 26.061, que habilita al menor de edad a ir ejerciendo sus facultades de autodeterminación en la medida que va adquiriendo la competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afectar a su persona. Se trata de reconocer la autonomía progresiva o el discernimiento de capacidades diversas de los menores, con independencia de rígidos patrones de edad (conf. Basset, Ursula C., "Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales a partir de la Gillick-Competence", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LL, 2010, octubre, pág. 228 y sigtes.). Es que por su edad y grado de madurez, el impacto de la opinión en la decisión judicial de un joven de 15 años es diferente a la de un niño de menor edad.

Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto ante esta sede (ver acta de fs. 181), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de D.G. , escuchar sus firmes y meditados deseos y opiniones, percibir sus expectativas y la gravitación de sus pensamientos y afirmaciones, los que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que su deseo de que se le reconozca para con los peticionantes y su familia -a quienes siente verdaderamente como sus padres, hermanos y demás parientes- el vínculo más profundo que le da la adopción plena, constituye la solución 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).

He podido observar personalmente -sin verdaderamente poseer otras razones que puedan motivar una solución distinta y como forma de emplazarlo armónicamente en su desarrollo integral- que D. G. expone y reconoce muy bien la situación en que se halla -a la que quita todo traumatismo que pudiera imaginarse-, así como bien conoce y comprende los alcances y consecuencias de su propuesta superadora, constituida por aquella idea que hoy continúa sosteniendo, la que pude vislumbrar libre de indebidas influencias, en virtud de la cual su pretendida adopción plena por parte del matrimonio T. - R. y su posible completa incorporación a dicha familia, no hará mella en el eventual contacto que

libremente decida mantener con su progenitora y el resto de sus hermanos biológicos, con quienes planea seguir viéndose (fs. 74 vta. y 181 de estos autos).

En este aspecto, el resguardo del contacto con tales hermanos, más allá del quiebre del vínculo jurídico, se encuentra posibilitado a través de la propia asunción por parte del joven, en forma consciente, libre y sincera, de una relación que procura mantener de por vida (conf. arg. C. 114.104, sent. del 10-VI-2013), pero a la que no asigna el carácter que aquí se le ha pretendido adjudicar.

La intención del representante del Ministerio Pupilar 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 "las diferencias económicas 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, pág. 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 conflictos desgraciados 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 o incluso hostil respecto de los otros niños" (op. cit., págs. 182/183).

Pero hay otro factor, sin duda de mucha mayor gravitación en el caso, que es la inserción de D. G. dentro de un grupo familiar al que en mi estima y atento a las concretas circunstancias que surgen de estos autos, y en particular la de haberlo escuchado personalmente, no dudo en calificar de prioritario, que es el núcleo en el que se desenvuelve su hoy, donde tiene tres hermanos, hijos biológicos de sus guardadores. Desde hace más de 10 años, sus sentimientos, su afecto, su afinidad y trato lo unen verdaderamente con quienes él llama sus hermanos, en un vínculo que -forjado por el devenir existencial- se ha tornado real, contenedor y sanador para el joven.

¿Por qué desvincularlo de ellos para restablecer un lazo que lo retrotrae a un pasado duro e ingrato; por qué fragmentar su familia en múltiples destinos a los que la ha llevado la vida, que sin duda se dispersarán aún más en el tiempo sobreviniente por la carencia de un tronco común que los unifique?

Quebrar esa unidad que hoy apreciamos inescindible implica generar -como antaño- una pluralidad de categorías y calificaciones de filiaciones dentro del mismo grupo familiar: natural, adoptiva plena y adoptiva simple. Aquellas dos hermanadas jurídicamente, y la última configurada sobre la base endeble de un pasado que en muchos casos se quiere dejar atrás por quien es el principal sujeto de la relación que se ha ido formando: el niño.

En este punto, el superior interés de D. G. se halla hoy en la preservación jurídica de los genuinos lazos afectivos que ha logrado construir con su nueva familia (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs. Const. nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4 y concs., ley 13.298; 323 y sigtes., Cód. Civil).

4. Este dato decisivo es expuesto con claridad por Graciela Medina. La adopción simple "implica una inserción parcial en la familia del adoptante con la consecuente restricción en el vínculo que se crea con el núcleo familiar del adoptante y con el inconveniente que tiene para el hijo adoptivo el tener una doble familia", motivo por el que dicha autora considera que "debe ser otorgada con carácter excepcional" (La Adopción, T. II, Rubinzal Culzoni Ed. Bs. As., 1988, pág. 84).

También Eduardo Fanzolato se refiere al tema, y lo hace en forma crítica, expresando que "ni tampoco, y aunque esto resulte mucho más incoherente, no se hace hermano de los hijos consanguíneos que tenga o llegase a tener el adoptante. El último es uno de los aspectos más criticados de la adopción simple tal como lo regula nuestra ley. Es un verdadero desatino que, lamentablemente, no fue corregido por la ley 24.779. Resulta absurdo considerar que el adoptado es solamente hermano de los otros hijos adoptivos que tenga el adoptante y no de los hijos consanguíneos que pudieran tener sus padres adoptivos; la incoherencia no se salva cuando, a los efectos de los impedimentos matrimoniales, el art. 166 inc 3º Cód. Civil establece la prohibición de formalizar nupcias entre el adoptado simplemente y los hijos biológicos del adoptante" (La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998).

Es decir, la consecuencia del otorgamiento de su adopción como simple sería que D. G. va a tener como hermanos a sus biológicos, pero no a quienes en la realidad de su vida se comportan como y ejercen el rol de tales.

Su familia no sería la totalidad de la que convive con él, sino sus guardadores por una parte, y sus hermanos dispersos en distintos hogares por la otra, a pesar de que la etapa de su vida que se revela como la más grata, ya debidamente integrado y ambientado en un ámbito hogareño cálido y afectivo ha transcurrido a partir de su entrega en guarda.

En todo caso, si se recurre a la noción de interés familiar, éste debe situarse en la familia que actualmente integra corpóreamente el joven, y no en la que fue desintegrada por la conducta y la ausencia de los progenitores. En esta última no encontramos interés familiar que supere al que representa la familia adoptiva del menor.

Por demás, el interés de sus hermanos biológicos, como niños, estará solo 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.

Al encontrarse 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 un sustituto de aquéllos, pero no cuando concurren a distintos lares y se agrupan autónomamente de dicho conjunto.

Pareciera existir en esta ponderación de la familia biológica como la única genuina y por ende como la más valiosa, una clara *capitis deminutio* de la institución de la adopción, situándola como un estamento de inferior categoría, con un rol claramente supletorio y subordinado al de la familia natural, siendo que esta ubicación no surge de ninguna norma jurídica ni tan siquiera de una norma social. Tanto aquélla como la proveniente de adopción cumplen exactamente la misma función dentro de la organización social, y tienen su basamento ético en el afecto, creando un lazo amoroso que tiene la misma intensidad que el originado en el hecho biológico. No me cabe ninguna duda, al amparo de los derechos humanos, que la relación humana emergente de la situación de abandono de una persona es dignificada por el vínculo adoptivo de la misma forma en que el vínculo biológico dignifica la situación de los hijos que son criados y educados en el seno de la familia resultante del mismo.

De tal modo devendría en mi concepto impropio hablar de familia adoptiva, por cuanto la familia en nuestro derecho es solo una, en tanto resultante de una gestación por naturaleza o de un proceso de adopción. El emergente es de igual calidad esencial.

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.

En consecuencia, atento a las necesidades planteadas por D.G. , las que convergen en su ansiada completa ubicación en el seno de la familia T. -R. , donde se reconoce a sí mismo y sobre la cual cimienta sus expectativas, proyectos y vida futura, sin mengua del sostenimiento del contacto periódico que ha mantenido y contempla seguir manteniendo con su progenitora y hermanos de sangre, considero que aquella seguridad que en su superior interés es menester resguardar, debe encontrarse en este caso concreto, en las notas de irrevocabilidad y de sustitución que sólo le puede aportar una adopción plena (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 4 y concs., ley 13.298; 323 y sigtes., Cód. Civil).

5. Finalmente, la posible adopción plena de D. G. permite igualmente resguardar su identidad, respecto de la cual posee clara conciencia (fs. 43 y 181).

Al respecto, siguiendo el orden de ideas expuestas en un anterior trabajo ("La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen? (Adopción vs. Realidad biológica)", publicado en JA, 6107, 16-IX-1998, págs. 44/47) podemos afirmar que la identidad es lo que hace que algo sea lo que es y no otra cosa, derivando etimológicamente del latín "ídem": el mismo o lo mismo, y habiendo sido tomado del latín tardío identitas, formado según el modelo de "ens": ser y "entitas": entidad (Corominas, Joan; "Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico", Ed. Gredos, Madrid, 1980, t. III, pág. 437). Conforme la psicología tradicional, podemos identificarnos a nosotros mismos mediante el acto por el cual nos reconocemos como siendo los mismos, a pesar de todas las variaciones ("Gran Enciclopedia Rialp (Ger)", Ed. Rialp, Madrid. 1981, tº XII, Voz "identificación", por C. Monedero Gil, pág. 337). El derecho a la identidad personal, se ha dicho "es el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componente de su propio 'ser'" (D'Antonio, Daniel Hugo, "Derecho a la Identidad, Reforma Constitucional y Acciones de Estado". Revista de Jurisprudencia Provincial, Año I, Nº 4, pág. 328).

Coincido con Zannoni en que "el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria", lo que le permite afirmar a renglón seguido "que el concepto de identidad filiatoria de alguien no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación" y que "la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es un dato con contenidos axiológicos que deben ser alentados por el derecho, como tutela del interés superior del niño" (Zannoni, Eduardo A., "Adopción plena, y Derecho a la Identidad Personal. La 'Verdad Biológica' ¿Nuevo Paradigma en el Derecho de Familia?", LL diario del 29-V-1998, Año LXII, Nº 102).

Como podemos advertir, la identidad personal resulta de un devenir. El origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona. Pero el origen biológico no puede confundirse con la identidad misma de la persona, que es aquello que va a determinar que sea lo que es y no otra cosa. Y

son tan esenciales como aquél, el posterior crecimiento, desarrollo y muerte a los efectos de conformar esa impronta personal. El individuo nace, crece, se desarrolla y muere a través de una secuencia de hechos y actos que delinean como un buril implacable su identidad. Esta, en consecuencia, va a estar dada por la "persistencia de un individuo como unidad viviente distinta y diversa de los demás a través de las modificaciones que se producen en el curso de la vida" (Merani, Alberto L., "Diccionario de Pedagogía", Ed. Grijalbo, Barcelona, 1982, Voz "Identidad Personal", pág. 81).

La identidad, pues, se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia. Por ello advertimos que el concepto pedagógico la refiere a las modificaciones que un sujeto experimenta a lo largo de su vida, en tanto que el psicológico nos menciona una secuela de estados de conciencia que se suceden en ese trayecto. Se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras.

De esta forma, constituye un error referir la identidad del menor exclusivamente a su origen y a su familia biológica (Ac. 69.426, sent. del 12-IX-2001).

Como expresa Zannoni, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no obstan para que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una "verdad biológica" considerada apriorísticamente. O que por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica (Zannoni, op. cit., pág. 2, pto. IV, in fine). Lo que debe privilegiarse es el acceso al conocimiento de la realidad biológica (Zannoni, op. cit., pág. 3, pto. V), no siendo el concepto de identidad filiatoria de alguien correlato necesario del dato puramente biológico determinado por la procreación (Zannoni, op. cit., pág. 1, pto. II, in fine).

Así, la realidad biológica no resulta un elemento de mayor jerarquía que la "realidad afectiva" que rodea al niño dado en guarda para adopción, por lo que debe ponderarse en cada caso cuál es la solución que mejor consulta el interés superior del menor comprometido, sin que resulte pertinente elaborar fórmulas dogmáticas o apriorísticas.

Dejando la abstracción y afrontando las circunstancias reales del caso, no parece atinado referir la identidad de D. G. sólo a los escasos años oscuros que pasó en un hogar donde campeó el abandono, teniendo como compañero de penurias al mayor de sus hermanos de sangre (R.). Su identidad no consiste únicamente en el hecho puntual de su origen, sino en todas las circunstancias que a partir de su concepción fueron nutriendo y conformando su personalidad, y en todo caso aquel derecho queda salvaguardado con el conocimiento que debe brindársele respecto del hecho histórico de su nacimiento, progenitores y hermanos.

Así, debe resguardarse el derecho del joven a conocer su proveniencia (Zannoni, op. cit.), por lo que el derecho a la identidad de D. G. -de observancia insoslayable- se satisface debidamente en el caso con la precisa individualización de su madre y hermanos obrantes en autos -a quienes conoce-, también de su padre, la actuación del juez, el compromiso de los adoptantes y las directivas contenidas en la ley, que se ha ocupado particularmente del tema en los arts. 321 incs. "h" y 328 del Código Civil (conf. Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; entre otras).

III. Por lo expuesto y adhesión formulada, doy mi voto por la negativa.

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 rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS - Secretario

B) REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A ADOPCIÓN Y GUARDAS DE HECHO.

(Causa C. 111.357, sent. del 11-IV-2012)

CUESTIÓN PLANTEADA:

En el supuesto en análisis la Corte consideró que por aplicación del estándar “interés superior del niño”, pauta que debe guiar todas las decisiones que se tomen respecto de los menores de edad, la petición de un matrimonio de obtener la guarda de un niño, en sustitución de la que ya había sido otorgada a otro matrimonio, no podía prosperar dada la existencia de un vínculo preexistente.

RESEÑA DEL CASO:

El 3 de septiembre de 2009 el Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de Morón declaró judicialmente el estado de abandono de T. y lo colocó en situación de adoptabilidad, designando al matrimonio compuesto por L. B. y M. N. G. del Registro de Aspirantes inscriptos en ese Juzgado a los fines de que comenzaran la vinculación.

Inmediatamente luego, se presentó la directora del “Hogar Abuela Lily”, donde se encontraba institucionalizado el niño, acompañada por L. G. y D. A., a quienes presentó como “padrinos” del niño, refiriendo que existía entre ellos un vínculo afectivo desde agosto de 2008.

A continuación, se presentó este matrimonio solicitando la guarda con fines de adopción del menor, así como una medida de no innovar consistente en que no se

otorgase la concretase la entrega en guarda a otras personas en tanto no se tomara una decisión acerca de dicha petición.

La Jueza de grado rechazó el planteo formulado por considerar que éstos carecían de legitimación procesal activa y seguidamente dispuso el egreso del niño bajo la guarda pre-adoptiva del matrimonio B.-G.

Apelada dicha resolución y siendo denegada por el sentenciante, la Cámara departamental hizo lugar al recurso de queja presentado contra dicha denegatoria, concedió el recurso y consideró que la decisión cuestionada afectaba el interés de los apelantes, quienes se encontraban legitimados; sin embargo, rechazó el recurso de apelación y ordenó mantener la situación actual de T. con sus guardadores.

Frente a dicho pronunciamiento el señor A. y la señora G. interpusieron el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuya denegatoria, fundada en la ausencia de definitividad, motivó la articulación de una queja ante la Corte provincial.

El mencionado Tribunal hizo lugar a la vía directa, concedió el recurso extraordinario incoado y con fundamento en el interés superior del niño, teniendo en cuenta el dictamen de los peritos intervinientes que daban cuenta del bienestar psicofísico del niño y el positivo y progresivo proceso de adaptación del mismo a la convivencia con el matrimonio guardador actual resolvió -luego de tomar contacto personal con el niño-, rechazar el medio de impugnación, manteniendo la situación de T. con sus actuales guardadores, priorizando su estabilidad y el mantenimiento de su situación de vida.

CARÁTULA:

"N.N. sexo masculino o T. O. N.A. Art. 3 de la C.I.D.N."

PASAJES DESTACADOS:

- La consideración primordial del interés del menor debe guiar la solución del caso. Es por ello que la situación descripta y los valores en eventual contradicción (la petición del matrimonio A.-G. de obtener la guarda del menor T. en sustitución de la ya otorgada al matrimonio B.-G. dada la existencia de un vínculo preexistente con el niño) me conducen a descartar cualquier solución que no priorice tal interés superior que por mandato constitucional es, justamente, superior a cualquier otro

(arts. 75 inc. 25, Const. nac. y 3 apart. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y cc.). (Del voto del Juez Pettigiani).

- La jerarquía de los derechos vulnerados, que hacen 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. 73.814, sent. del 27-IX-2000; entre otros). (Del voto del Juez Pettigiani).
- La importancia de otorgar estabilidad a la situación del niño viene abonada por el profesional que interviene observando su conducta y el vínculo establecido con la familia que desde hace casi dos años detenta su guarda provisoria. Su opinión técnica deviene decisiva al momento de determinar cómo se concreta efectivamente el "interés superior del niño" en este expediente. Por demás, el sentido común y cualquier tratado de psicología infantil indican, lo nocivo de todo cambio permanente y reiterado de contexto familiar para la formación integral de todo ser humano en la primera etapa de su existencia (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002). (Del voto del Juez Pettigiani).
- Se torna aplicable aquí el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, así como en el art. 4 in fine de la ley 13.298, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores (Convención de los Derechos del Niño incorporada a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994, art. 75 inc. 22). (Del voto del Juez Pettigiani).
- El criterio se define básicamente a la luz de la opinión del profesional mencionado atendiendo al superior interés del menor involucrado en estas actuaciones y priorizándolo por sobre el respetable interés de aquéllos. Ello así pues, los recurrentes no han demostrado -como era su carga ineludible- que la decisión

tomada en la instancia y aquí recurrida, sea perjudicial para T. (art. 375, C.P.C.C.).
(Del voto del Juez Pettigiani).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 11 de abril de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Pettigiani, Genoud, de Lázzari, Hitters, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 111.357, "N.N. sexo masculino o T. O. N.A. . Art. 3 de la C.I.D.N.".

ANTECEDENTES

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón confirmó el fallo de primera instancia que había seleccionado al matrimonio B. -G. a los efectos de que comenzaran a vincularse con el menor de autos con miras a obtener la guarda con fines de adopción, lo que así hicieron.

Se interpuso, por el matrimonio G. -A. , recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Representante del Ministerio Público, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. El Juzgado de Garantías del Joven n° 2 de Morón declaró judicialmente el estado de abandono del menor T. O. N. A. (nacido el 7-V-2006, según constatación de parto de fs. 106), lo colocó en situación de adoptabilidad (3-XI-2009; v. fs. 113/114) y ordenó la inscripción de su nacimiento (v. fs. 110/111).

Con fecha 10-XI-2009 se seleccionó al matrimonio compuesto por L. B. y M. N. G. del Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción de ese juzgado y comenzó la vinculación del niño con ellos (v. fs. 118/120).

A fs. 121 vta. y con fecha 12-XI-2009 compareció la Directora del "Hogar Abuela Lily", donde se encontraba institucionalizado el niño, acompañada por el matrimonio compuesto por L. G. y D. A. a quienes presentó como "padrinos" del menor, refiriendo que existía entre ellos un vínculo afectivo desde agosto de 2008.

A fs. 166/167 bis vta. y con fecha 17-XI-2009, el matrimonio A. -G. solicitó la guarda con fines de adopción de T. , así como una medida de no innovar consistente en que no se concediese la guarda a otras personas hasta tanto se decidiese dicha petición.

A fs. 174/175 con fecha 24 de noviembre de 2009, la señora jueza de grado rechazó el planteo esgrimido por entender que el matrimonio A. -G. carecía de legitimación procesal activa en las presentes actuaciones.

A fs. 181, con fecha 25 de noviembre de 2009, se dispuso el egreso del niño T. O. N. A. bajo la guarda preadoptiva del matrimonio B. -G. .

A fs. 186/188 el matrimonio A. -G. apeló la resolución de fs. 174 y solicitó la guarda del menor con fines de adopción, pidiendo el cese de la guarda ya otorgada; el recurso fue denegado por la sentenciante pues entendió que los peticionantes no revestían el carácter de parte (fs. 191), pero la cámara departamental hizo lugar a la queja presentada contra dicha denegatoria al entender que la decisión cuestionada afectaba el interés de los apelantes y por lo tanto se encontraban legitimados para recurrir y peticionar en esta causa (v. fs. 250/vta.).

Sustanciado el recurso (fs. 262/266), oído el señor Asesor de Incapaces (fs. 268/270) y habiendo tomado el tribunal contacto con el niño (fs. 283), la Cámara abordó la procedencia de la pretensión de fondo esgrimida por el matrimonio A. -G. (solicitud de guarda con fines de adopción y medida de no innovar; v. fs. 285/288).

II. Teniendo en consideración el interés del menor, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor representante promiscuo de T. , el a quo entendió que cualquier modificación o alteración en el proceso de vinculación que el niño estaba llevando a cabo con el matrimonio que ejercía su guarda preadoptiva resultaría, sin hesitación, sumamente perjudicial para el mismo, pues implicaría un claro retroceso en el camino de su reinserción en el seno de una familia y en base a ello resolvió mantener la situación existente a esa época, esto es, la permanencia con los guardadores B. -G. (v. fs. 285/288).

III. Contra dicho pronunciamiento se alzó el matrimonio A. -G. por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 310/331), el cual fue denegado al no constituir -la sentencia impugnada- "definitiva" en los términos del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial (v. fs. 334).

Planteada la pertinente queja (v. fs. 388/406), esta Suprema Corte hizo lugar a la misma (v. fs. 410/411) y concedió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Los recurrentes adujeron, en suma, que el fallo es absurdo; que no respeta el principio de equidad; que se desconoció la vinculación afectiva que tenían con el niño; que estaban inscriptos en el Registro de Aspirantes desde el año 2004; que su vínculo con el menor se había originado en forma natural y con la anuencia de la Directora de la Institución; que constituyeron una familia; que se debió aplicar el principio de no innovar en materia de guarda preexistente y en que no se apreció la prueba aportada ni el interés superior del menor (v. fs. 310/331).

IV. Como el señor Representante del Ministerio Público, considero que el recurso no es de recibo.

He de señalar que la consideración primordial del interés del menor debe guiar la solución del caso. Es por ello que la situación descripta y los valores en eventual contradicción (la petición del matrimonio A. -G. de obtener la guarda del menor T. en sustitución de la ya otorgada al matrimonio B. -

G. dada la existencia de un vínculo preexistente con el niño) me conducen a descartar cualquier solución que no priorice tal interés superior que por mandato constitucional es, justamente, superior a cualquier otro (arts. 75 inc. 25, Const. nac. y 3 apart. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y cc.).

Se ha definido al "interés superior" del niño 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, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003 y sus citas). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. 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).

La jerarquía de los derechos vulnerados, que hacen 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. 73.814, sent. del 27-IX-2000; entre otros).

Analizando el conflicto de autos desde esta mirada, coincido con el señor Representante del Ministerio Público en el rechazo de la queja.

Tengo básicamente en consideración el dictamen presentado a pedido de este Tribunal por la perito psicóloga del Cuerpo Técnico Auxiliar de Responsabilidad Penal Juvenil, luego de la audiencia celebrada en esta sede el 30 de marzo de 2011, donde tomé contacto directo con el niño.

Dijo en el mismo que T. (nacido el 7 de mayo de 2006) vive con J. L. B. y M. N. G. desde el mes de noviembre de 2009 a quienes reconoce como mamá y papá habiéndose convertido ambos en referentes significativos para él; que T. ha sido "ahijado", cuidado y protegido por este matrimonio; que desde que está con ellos ha tenido importantes logros, fundamentalmente desde lo afectivo, en la construcción del vínculo, el que se ha ido afianzando y creciendo; que es importante para un niño en vías de construcción de su psiquismo la estabilidad y continuidad, más aún teniendo en cuenta las distintas vivencias y pérdidas que T. ha tenido en su corta historia de vida (abandono materno, institucionalización a temprana edad, contacto y vinculación con sus "padrinos" L. G. y D. A. y por último convivencia con sus actuales guardadores).

Afirmó también la perito que T. tiene un fuerte vínculo con el matrimonio que ejerce la guarda; vínculo que se ha ido construyendo en el tiempo con las interacciones recíprocas de los mismos. Y que este es un proceso que no debería interrumpirse ya que implicaría un riesgo irreparable para su psiquismo y afectaría su desarrollo integral. Concluyó que el niño está plenamente integrado y forma parte de este grupo familiar, con sus características particulares (v. fs. 456/457).

El aserto es claro y no encuentro elementos para apartarme de tales conclusiones (arg. arts. 3º, 9º y 12, Convención sobre los Derechos del Niño; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4º y concs., ley 13.298).

En el caso concreto de autos, la importancia de otorgar estabilidad a la situación del niño viene abonada por el profesional que interviene observando su conducta y el vínculo establecido con la familia que desde hace casi dos años detenta su guarda provisoria. Su opinión técnica deviene decisiva al momento de determinar cómo se concreta efectivamente el "interés superior del niño" en este expediente. Por demás, el sentido común y cualquier tratado de psicología infantil indican, lo nocivo de todo cambio permanente y reiterado de contexto familiar para la formación integral de todo ser humano en la primera etapa de su existencia (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002).

Se torna aplicable aquí el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y concordantes de la ley 26.061, así como en el art. 4 in fine de la ley 13.298, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores (Convención de los Derechos del Niño incorporada a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994, art. 75 inc. 22).

De esta forma, el criterio se define básicamente a la luz de la opinión del profesional mencionado atendiendo al superior interés del menor involucrado en estas actuaciones y priorizándolo por sobre el respetable interés de aquéllos. Ello así pues, los recurrentes no han demostrado -como era su carga ineludible- que la decisión tomada en la instancia y aquí recurrida, sea perjudicial para T. (art. 375, C.P.C.C.).

En autos, como he dicho, todas las constancias producidas y los dictámenes del Ministerio Público -representante promiscuo de T. - concuerdan en el bienestar psicofísico actual del niño, en el positivo y progresivo proceso de adaptación a la convivencia con el matrimonio B. -G. y la absoluta inconveniencia de variar su actual situación; por lo que los agravios vertidos por los recurrentes no pueden ser de recibo.

Por demás, al decidir respecto del estado de abandono del menor y su futuro, no puede prescindirse de recabar la opinión que poseen los niños respecto de su situación y vínculo con sus progenitores o guardadores. Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de cada uno de ellos, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego. De esta forma, habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 451), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona del menor, el que me permitiera auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resultaría 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).

V. Por todo ello y en concordancia con lo dictaminado por el señor Representante del Ministerio Público, no habiéndose acreditado las infracciones legales denunciadas -art. 279, Código Procesal Civil y Comercial-, entiendo que el recurso debe rechazarse, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

Doy mi voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Genoud, de Lázzari e Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron la cuestión planteada también por la negativa.

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 Representante del Ministerio Público, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo de \$ 2.500 (fs. 412), queda perdido para el recurrente (art. 294 segundo párrafo, C.P.C.C.), debiendo el tribunal dar cumplimiento a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la resolución 425/2002 (texto resol. 870/2002).

Notifíquese y devuélvase.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

CARLOS E. CAMPS - Secretario

X. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EVALUACIÓN DE LA ILICITUD DEL TRASLADO. ACREDITACIÓN DE LA CAUSAL DEL ART. 13 INC. H, CH 1980. INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD CENTRAL

(Causa C. 117.351, sent. del 16-IV-2014)

CUESTION PLANTEADA:

Para finalizar esta entrega, presentamos este fallo sobre restitución internacional de menores. En el mismo, la Corte provincial encomendó la realización de una pericia especializada (“pericia de riesgo”) a los fines de establecer si el reclamado regreso del niño a su país de residencia habitual implicaría o no la existencia de un riesgo concreto, además de tomar contacto personal con él en el marco de una audiencia convocada a tal efecto. Tras llevar a cabo estos procedimientos, resolvió confirmar la sentencia de la instancia que ordenaba la restitución del menor al Reino Unido de Gran Bretaña.

RESEÑA DEL CASO:

Las actuaciones que dieron lugar al litigio se iniciaron con motivo del requerimiento de trámite formulado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, en su carácter de Autoridad Central designada por el Estado Argentino para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (“CH1980”).

A través del mencionado requerimiento se comunicó la solicitud que había incoado en el Reino Unido de Gran Bretaña el señor C. P. con el objeto de obtener la restitución internacional de su hijo N. P., quien se encontraba junto a su madre viviendo en Argentina.

Radicadas las actuaciones ante el Juzgado de Familia N° 6 del Departamento Judicial de La Plata, dicho órgano calificó como ilícito el traslado del menor hacia la Argentina e hizo lugar al pedido de restitución internacional al no hallar acreditado ningún riesgo de colocarlo, con su retorno, en peligro físico o psíquico o ante una situación intolerable, como había sido alegado por su progenitora.

Luego, la Cámara confirmó lo así decidido, condicionando la restitución del niño a que se garantizara -en forma efectiva por parte de la Autoridad de Aplicación del estado requirente- la concreción de una serie de “medidas asegurativas” tendientes a la protección del niño y su madre mientras se encontrasen nuevamente en el extranjero y hasta tanto se resolviese definitivamente su custodia, atento a la conflictiva familiar existente a causa de varios episodios de violencia doméstica padecidos por la progenitora.

Contra dicho pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, arribando los autos a la sede del máximo tribunal provincial.

La Corte, previo a resolver, ordenó la realización de una pericia psicológica a los fines específicos de establecer el riesgo concreto que implicaría el regreso de N. P. a su país de origen y convocó a una audiencia a los efectos de oír al niño.

Sobre dicha base, y atento a que la situación de riesgo –en los términos que exige la Convención- no resultó acreditada, confirmó la restitución ordenada por la Cámara así como las “medidas asegurativas” dispuestas.

CARÁTULA:

“P., C. contra S. B. de P., M. Exhortos y oficios”.

PASAJES DESTACADOS:

- La aplicación del CH1980 al presente caso viene dada por la ilicitud del traslado del niño N. -por parte de su madre- desde el Reino Unido de Gran Bretaña (finalmente instalándose en la República Argentina), en infracción a las normas reguladoras del derecho de custodia atribuido a ambos padres por la ley de la residencia habitual del niño (conf. Children Act de 1989, Parte 1, Sección 2, que establece que “si los padres de un niño se encuentran casados al tiempo de su nacimiento, ambos

poseen la responsabilidad parental sobre su hijo”, responsabilidad parental que incluye todos los derechos, obligaciones, poderes, responsabilidades y autoridad en relación con el niño y sus bienes, conf. Sección 3), habiendo por demás inobservado una expresa disposición judicial que establecía la prohibición de trasladar al menor fuera del país de su residencia habitual. (Del voto del Juez Pettigiani).

- Verificada la ilegalidad del traslado, el país requerido solamente puede denegar la restitución del menor al lugar de su residencia habitual anterior a la vía de hecho actuada, si se alegan y configuran algunas de las situaciones de excepción previstas por los arts. 12, 13 y 20 del CH1980. (Del voto del Juez Pettigiani).
- Ha establecido la Corte Suprema de la Nación que es a cargo de quien se opone a la restitución internacional de un menor demostrar con certeza que existe “riesgo grave” de que ésta lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque ante una situación intolerable en su regreso al estado requirente, y que las palabras escogidas por los redactores de la norma revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa, para no frustrar la efectividad del CH1980 (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604; entre otras). (Del voto del Juez Pettigiani).
- Al definir la configuración de “grave riesgo”, el máximo tribunal nacional ha sostenido que la facultad de denegar el retorno requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente (Fallos: 333:604 y sus citas). (Del voto del Juez Pettigiani).
- Si bien no resulta posible establecer un estándar de conducta a ser seguido por parte de quien resulte víctima de episodios de violencia doméstica, menos aún frente a situaciones más dramáticas todavía que las descriptas en autos, claramente no parece aceptable que en la emergencia se propicien vías de hecho que en forma adicional, aunque indeseable, impliquen la afectación o vulneración de los derechos de los hijos (Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 9, 11 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño). (Del voto del Juez Pettigiani).

- En el caso, la concreta magnitud de la conducta violenta del solicitante y los posibles efectos en la persona y bienes del niño -más allá del rotundo impacto en la persona y bienes de su madre- se encuentran más emparentados con una posible falta de idoneidad paterna para el ejercicio de su guarda o tenencia, pero no parecen representar un serio riesgo de peligro grave a su salud o desarrollo personal emparentado con su regreso a su residencia habitual, en tanto se observen las referidas medidas de seguridad ordenadas (arg. art. 384 y ccdtes., C.P.C.C.). (Del voto del Juez Pettigiani).
- No debe dejar de repararse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos consiste en brindar una solución de urgencia y provisoria, sin dejar que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de su residencia habitual anterior al traslado, desde que el propio CH1980 prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no puede ser extendido al derecho de fondo (conf. art. 16, CH1980; CSJN, Fallos: 328:4511 y 333:604). Así, la prueba ofrecida en esta causa y que no fue admitida así como cualquiera otra pertinente, siempre podrá ser evaluada por el tribunal competente del país requirente. (Del voto del Juez Pettigiani).
- Lo que surge de los dictámenes y las restantes constancias probatorias no permite, a partir de la estrictez requerida en su ponderación, tener por acreditado el grave riesgo alegado por la recurrente para justificar en términos convencionales la negativa del pedido restitutorio (arts. 375, 384, C.P.C.C.; y 13 inc. b), CH1980). (Del voto del Juez Pettigiani).
- Con las medidas asegurativas dispuestas por la Cámara, condicionantes del efectivo reintegro del niño (...), en tanto requieren que previamente se asegure (i) la permanencia del niño con su madre hasta tanto se resuelva en forma definitiva su guarda o tenencia, (ii) la intervención, seguimiento y protección por parte de las autoridades inglesas para garantizar la integridad física y psíquica de madre e hijo, (iii) la provisión de asistencia médica a ambos, (iv) la defensa jurídica gratuita y (v) la provisión de un subsidio a la madre para solventar los gastos de su manutención, considero que se encuentran debidamente resguardados los derechos de la señora

S. B. y su hijo N. mientras permanezcan en el extranjero, por lo que se confirman en todas sus partes, debiéndose encomendar tanto al juzgado de origen como a la Autoridad Central, la garantía de efectivización de tales condicionamientos previos (arg. art. 7, inc. h, CH1980). (Del voto del Juez Pettigiani).

- Teniendo en mira el interés superior del niño y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, además de las medidas que se ratifican en el acápite precedente, corresponde exhortar a los padres y a la familia materna de N. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al juzgado de familia a cargo de la causa, que oportunamente deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos (arg. art. 34, inc. 5, C.P.C.C.; conf. CSJN, H.102.XLVIII 'H.C., A. c/ M.A., J.A.H, sent. del 21-II-2013; entre otros). (Del voto del Juez Pettigiani).

TEXTO IN EXTENSO:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 16 de abril de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Pettigiani, Hitters, Kogan, de Lázzari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 117.351, "P. , C. contra S. B. d.P.,M. . Exhortos y oficios".

ANTECEDENTES

La Sala III de la Cámara Primera de Apelación del Departamento Judicial de La Plata confirmó lo decidido en la instancia de origen que, a su turno, ordenara la inmediata restitución del niño N. P. a Inglaterra. Asimismo, dispuso que para el cumplimiento de la restitución se requiera garantía de concreción de una serie de medidas "asegurativas", por intermedio de la Autoridad Central, tendientes a la protección del niño y su madre mientras se encuentren en el extranjero (fs. 381/393).

La demandada interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 402/411 vta.).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. Se iniciaron las presentes actuaciones con motivo del requerimiento de trámite formulado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, en su carácter de Autoridad Central designada por el Estado Argentino para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ("CH1980"), a través del cual se comunicó la solicitud que había incoado en el Reino Unido de Gran Bretaña el señor C. P. con el objeto de obtener la restitución internacional de su hijo N.P. , quien se encuentra hoy junto a su madre radicado en nuestro país (fs. 63/64).

Como inicialmente se desconocía el paradero de los requeridos, la rogatoria fue tramitada en un primer momento con España y luego ante los tribunales del fuero de familia del Departamento Judicial Pergamino, cuya inhibitoria ocasionó la definitiva radicación de las actuaciones ante los tribunales platenses (fs. 63/4). De esta forma, a su turno, el Juzgado de Familia N° 6 del Departamento Judicial La Plata calificó como ilícito el traslado del menor hacia la Argentina y al no hallar acreditado ningún riesgo grave de colocarlo en peligro físico o psíquico o ante una situación intolerable con su retorno, tal como había sido alegado por su progenitora, hizo lugar al pedido de restitución internacional (fs. 188/197).

Posteriormente, la Cámara interviniente confirmó lo así decidido, bien que condicionando la restitución del niño a que se garantizara -en forma efectiva por parte de la autoridad de aplicación del Estado requirente- la concreción de una serie de "medidas asegurativas", dispuestas producto de un específico pedido de la asesora de incapaces (conf. fs. 355/356), tendientes a su protección y a la de su madre mientras se encontrasen nuevamente en el extranjero y hasta tanto se resolviese definitivamente su custodia, atento a la conflictiva familiar por varios episodios de violencia doméstica padecidos por la progenitora (fs. 381/393).

II. Contra la sentencia de la alzada, la demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual denuncia la violación de los arts. 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 13 inc. b) del CH1980; y 3 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 402/411).

Alega que la alzada violó su derecho de defensa en juicio al desestimar a fs. 350 la producción de la prueba documental, de informes y pericial oportunamente ofrecida ante dicha instancia (fs. 345/6), solicitando que se provea el agregado y producción de la misma (fs. 404 y 408 vta./410). En otro orden, reprocha que el tribunal a quo no otorgó debido tratamiento a la excepción del art. 13 inc. b) del CH1980, excepción que -considera- se encuentra configurada en el caso a partir de los hechos de violencia familiar que entiende acreditados en autos (fs. 405/406 vta.). Por otro lado, aduce que la alzada habría realizado una errónea valoración sobre la efectiva residencia habitual de N. , que -insiste- debería ser entendida como arraigo de un niño a un territorio y a las cuestiones sociológicas, culturales y afectivas que lo rodean, por lo que impugna el decisorio recurrido por entender que la alzada habría violado la disposición del art. 12, segundo párrafo del CH1980 (fs. 406 vta./407 vta.). Finalmente, denuncia que las medidas de seguridad protectorias dispuestas por el tribunal a quo lucen insuficientes y no ponderan el desamparo y pánico que la vuelta al extranjero le ocasionan tanto a ella como a su

hijo, desconociendo además que es en la ciudad de La Plata donde se encuentra toda su familia, obtuvo trabajo y registró un domicilio (fs. 407 vta./408 vta.).

III. El recurso no puede alcanzar favorable acogida.

1. A los fines de enmarcar la cuestión aquí ventilada, cabe destacar liminarmente que la aplicación del CH1980 al presente caso viene dada por la ilicitud del traslado del niño N. -por parte de su madre- desde el Reino Unido de Gran Bretaña (finalmente instalándose en la República Argentina), en infracción a las normas reguladoras del derecho de custodia atribuido a ambos padres por la ley de la residencia habitual del niño (conf. Children Act de 1989, Parte 1, Sección 2, que establece que "si los padres de un niño se encuentran casados al tiempo de su nacimiento, ambos poseen la responsabilidad parental sobre su hijo", responsabilidad parental que incluye todos los derechos, obligaciones, poderes, responsabilidades y autoridad en relación con el niño y sus bienes, conf. Sección 3), habiendo por demás inobservado una expresa disposición judicial que establecía la prohibición de trasladar al menor fuera del país de su residencia habitual (v. fs. 3 y traducción de fs. 5, 82, 160 y 165).

En efecto, a fs. 5 de estos actuados obra -entre la documentación remitida por la Autoridad Central del Estado requirente- una decisión emanada del Tribunal del Condado de Shrewsbury, dirigida a la madre del niño prohibiéndole trasladarlo fuera de la jurisdicción de los tribunales de Inglaterra y Gales, como así de cambiar el domicilio del menor de la localidad de Whitchurch. Dicha disposición es de fecha anterior al traslado de N. de su residencia habitual, rigiendo consecuentemente sobre el caso lo establecido en la mencionada Children Act de 1989, Parte 2, Sección 13, que prescribe que "cuando la orden de residencia con respecto al menor est[é] en vigor, ninguna persona p[uede]: (b) alejarlo del Reino Unido; sin tener ya sea el permiso escrito de cada persona que tenga responsabilidad parental por el menor o bien la autorización del Tribunal" (fs. 7/18 y traducción a fs. 19/30).

La alzada sostuvo entonces que la recurrente no contaba con un derecho de custodia atribuido a su favor que le permitiera cambiar la residencia de su hijo, ni tenía la autorización del padre del niño o una venia judicial para salir del país (fs. 384 vta.). Dicha conclusión no sólo no es objetada por quién recurre, sino que ha sido admitida por ésta (v. fs. 405, in fine), por lo que no llega controvertida.

2. Así las cosas, verificada la ilegalidad del traslado, el país requerido solamente puede denegar la restitución del menor al lugar de su residencia habitual anterior a la vía de hecho actuada, si se alegan y configuran algunas de las situaciones de excepción previstas por los arts. 12, 13 y 20 del CH1980.

Justamente, los reproches de la impugnante traídos a esta instancia extraordinaria giran sustancialmente sobre estos aspectos. Concretamente, la recurrente objeta que si bien la alzada hubo considerado los hechos de violencia del señor P. -ejercidos contra su persona, repercutiendo necesariamente en la de su hijo-, no les otorgó su verdadera entidad configurativa de la causal de excepción prevista en el art. 13 inc. b) del CH1980, y ello asimismo porque el a quo rechazó la producción en segunda instancia de una nueva andanada de medidas de prueba dirigidas a demostrar justamente la configuración de la excepción (fs. 404/410).

A. Pues bien, corresponde observar inicialmente que el rechazo de la producción de las medidas de prueba ofrecidas por la demandada fue efectuado por la alzada con anterioridad al dictado de su sentencia definitiva, mediante la resolución de fs. 350/1 y en base a la excepcionalidad que reviste la incorporación de prueba en tal instancia revisora. En ese sentido, sabido es que las cuestiones procesales anteriores a la sentencia no resultan revisables en esta instancia extraordinaria (Ac. 77.976, sent. del 19-II-2002; Ac. 90.727, sent. del 18-VII-2007; entre muchas otras).

B. Por otro lado, aún considerando el carácter sumarísimo del trámite de restitución internacional de menores (arts. 2 y 11, CH 1980), de conformidad con la totalidad de las constancias obrantes en la causa, es posible observar que la accionada ha contado con oportunidad razonable de probar los extremos invocados por ella como impeditivos de la pretendida restitución de su hijo a Inglaterra (vgr. fs. 80, 85/ 110, 111, 112, 129 y vta.).

Por demás, la documental acompañada oportunamente a su expresión de agravios de fs. 336/346, cuyo desglose se ordenara a fs. 350/1, fue finalmente recibida al haber sido nuevamente ofrecida en ocasión de la presentación del traslado de la pericia de riesgo realizada en esta instancia (fs. 464/583, 584/5, 590).

C. Pero adicionalmente y sin perjuicio de lo expuesto, el éxito del embate se encuentra subordinado no sólo a la valoración de la efectiva imposibilidad de producir las concretas medidas de prueba que fueron ofrecidas en segunda instancia, sino -y por sobre todo, atento a la necesaria urgencia de los procedimientos- también a la apreciación de su conducencia o aptitud para acreditar los extremos alegados, en tanto éstos también se muestren susceptibles de justificar, en términos convencionales, la invocada excepción al deber de restituir al menor a su última residencia habitual lícita.

Al respecto ha establecido la Corte Suprema de la Nación que es a cargo de quien se opone a la restitución internacional de un menor demostrar con certeza que existe "riesgo grave" de que ésta lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo coloque ante una situación intolerable en su regreso al estado requirente, y que las palabras escogidas por los redactores de la norma revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa, para no frustrar la efectividad del CH1980 (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604; entre otras).

En este sentido, generalmente se sostiene que para la procedencia de la excepción a la restitución internacional prevista en el art. 13 inc. b del CH1980, es menester que el retorno del niño deba presentar un riesgo de peligro grave, serio, de posible acaecimiento, que comprometa seriamente su salud o su desarrollo personal. La posibilidad de peligro o la exposición a una situación intolerable deben estar estrechamente vinculadas con el retorno (conf. Brizzio, Jaquelina, "La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba", LL Córdoba, 2004-1033; entre otros).

Al definir la configuración de "grave riesgo", el máximo Tribunal nacional ha sostenido que la facultad de denegar el retorno requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar

un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente (Fallos: 333:604 y sus citas).

Luego, si bien se acepta que cuando la entidad de la alegación sea tal que en caso de ser acreditada obstaría claramente al reintegro del menor, deben resguardarse las garantías del debido proceso y el demandado tener la posibilidad de oponerse a la restitución, debiéndose proveer la prueba por él ofrecida (conf. Scotti, Luciana, "La garantía del debido proceso en un caso de Restitución Internacional de Menores", RDFyP, La Ley, Año III, Nro 8., pág. 76), cuando ello no sea así, la credibilidad de las alegaciones respecto de las características personales del solicitante debe ser investigada más adecuadamente en el estado de la residencia habitual del menor, que es el foro para la determinación de las cuestiones vinculadas con su custodia (conf. arts. 16, 17, 19 y ccdtes., CH1980; y en "S96/ 2489" [1996], INCADAT HC/ E/FI 360; entre otras).

En este contexto, las alegaciones de la demandada acerca de la cotidiana conducta violenta del progenitor desplegada contra la progenitora, no lucen lo suficientemente idóneas como para eludir la consecución del objeto y fin del convenio. Por su tenor (historial de fs. 153/165), apreciado en conjunción con las medidas de seguridad dispuestas, aquéllas carecen de significación en los términos convencionales para tener por acreditada la excepción y justificar así una actuación de la progenitora reñida con toda apetencia de justicia, constituida por el traslado ilícito de su hijo desde su residencia habitual a otro país (arts. 1, 3, 5, 12, 13, 18 y ccdtes., CH 1980).

Si bien no resulta posible establecer un estándar de conducta a ser seguido por parte de quien resulte víctima de episodios de violencia doméstica, menos aún frente a situaciones más dramáticas todavía que las descritas en autos, claramente no parece aceptable que en la emergencia se propicien vías de hecho que en forma adicional, aunque indeseable, impliquen la afectación o vulneración de los derechos de los hijos (Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 9, 11 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño).

En el caso, la concreta magnitud de la conducta violenta del solicitante y los posibles efectos en la persona y bienes del niño -más allá del rotundo impacto en la persona y bienes de su madre- se encuentran más emparentados con una posible falta de idoneidad paterna para el ejercicio de su guarda o tenencia, pero no parecen representar un serio riesgo de peligro grave a su salud o desarrollo personal emparentado con su regreso a su residencia habitual, en tanto se observen las referidas medidas de seguridad ordenadas (arg. art. 384 y ccdtes., C.P.C.C.).

No debe dejar de repararse que el presente proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del niño, sino que lo debatido en autos consiste en brindar una solución de urgencia y provisoria, sin dejar que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del menor por ante el órgano competente del lugar de su residencia habitual anterior al traslado, desde que el propio CH980 prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no puede ser extendido al derecho de fondo (conf. art. 16, CH1980; C.S.J.N., Fallos: 328:4511 y 333:604). Así, la prueba ofrecida en

esta causa y que no fue admitida (prueba de informes y pericial de fs. 345 y vta.), así como cualquiera otra pertinente, siempre podrá ser evaluada por el tribunal competente del país requirente.

D. Por demás, la situación excepcional que habilitaría a rechazar la solicitud de restitución internacional de N. a su última residencia habitual lícita tampoco se aprecia en la prueba producida en estos obrados.

En efecto, de la valoración de las constancias probatorias que fueran agregadas a la causa - incluso las acercadas en esta instancia que, por las especiales circunstancias debatidas en este proceso y las mayores potestades instructorias que en cuestiones de este tenor poseen los jueces, son ponderadas a los fines de la solución del conflicto (fs. 464/585)- no es posible concluir que el regreso del niño -bien que con las medidas asegurativas indicadas por la alzada- lo pueda colocar ante un posible peligro físico o psíquico o una situación intolerable.

Cobra relevancia, por su especificidad, la pericia realizada por el licenciado Maimone a pedido de este Tribunal (fs. 456/457 vta.). Concluyó el experto que "... teniendo en cuenta que la restitución planteada no implica un cambio de tenencia del niño sino el concurrir a terminar de dirimir el presente conflicto en los tribunales que estaban interviniendo; se considera que no existe grave riesgo para N. . Obviamente se evalúa que el posible viaje del menor a su país de origen no resultaría exento de stress (como lo es cualquier viaje, incluso uno de placer), pero se considera que la posibilidad de reconectarse con una parte de su historia que ha quedado marginada de la posibilidad de ser hablada, así como la limitación de cierta arbitrariedad materna (entiéndase de la familia materna) tendrán efectos ordenadores e instituyentes para el niño" (fs. 457/vta.).

En un sentido similar se había expresado la licenciada Mancinelli al sostener que "... el retorno a su país de origen no representa un riesgo en sí mismo, si ello fuera en compañía de su madre. No obstante representa un riesgo potencial dependiendo del sentido traumático o no que la madre otorgue a dicho viaje" (fs. 145/vta.).

Y recuérdese que la posible injustificada negativa de la madre a acompañar de regreso al niño al estado de su residencia habitual, no impide tal retorno, pues si así no fuera, bastaría su mera voluntad para frustrar el objeto y fin del Convenio (conf. "S [A Child] [Abduction: Grave Risk of Harm]" [2002], INCADAT HC/E/UK 469; "Director General, Department of Families v. RSP" [2003], INCADAT HC/E/544; "State Central Authority v. Ardito" [1990], INCADAT HC/E/AU 283; entre otros).

Luego, lo que surge de los dictámenes y las restantes constancias probatorias no permite, a partir de la estrictez requerida en su ponderación, tener por acreditado el grave riesgo alegado por la recurrente para justificar en términos convencionales la negativa del pedido restitutorio (arts. 375, 384, C.P.C.C.; y 13 inc. "b", CH1980).

3. Por otro lado, en vista del pedido de la recurrente sobre la necesidad de "mutar la residencia habitual del niño" en los términos del art. 12 del CH1980, por encontrarse el menor desde hace cuatro años viviendo en la ciudad de La Plata (fs. 406 vta./407 vta.), vale remarcar que la decisión de restituir a N. a su lugar de residencia habitual con anterioridad al desplazamiento es al efecto de

poner fin a una situación irregular y permitir la actuación dirimente de la judicatura respectiva, lo cual no implica -en absoluto- resolver que el niño deberá retornar para convivir con el solicitante.

Lo que se disputa en autos es –lo reitero- "... una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia por ante el órgano competente del lugar de residencia habitual con anterioridad al traslado, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícitos y ello no se extiende al derecho de fondo (conf. art. 16, CH1980)" (C.S.J.N., Fallos: 328:4511; 333:604; entre otras).

En este sentido, la residencia habitual del menor debe determinarse en consideración a su situación personal al tiempo del traslado o retención reputados ilícitos. El CH1980 ha solucionado el denominado conflicto móvil, estableciendo que la residencia habitual a la que debe recurrirse para determinar el derecho aplicable sea aquella inmediatamente anterior al traslado o retención (conf. Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional Privado: en la Estructura Jurídica del Mundo", quinta edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, pág. 170 y ss.), razón por la cual, la consecuente posible integración del niño en su nuevo lugar de residencia no impide su debido retorno (conf. art. 3°, CH 1980).

En efecto, en el régimen convencional, la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aún cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo, pues la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores no es idónea para sustentar una negativa a la restitución (C.S.J.N., Fallos: 333:604; entre otras). Excepción hecha de cuando la solicitud o demanda de restitución haya sido promovida con posterioridad al año desde ocurrido el traslado o retención ilícitos, situación no ocurrida en la especie (fs. 63/4 y sus antecedentes).

Es que despersonalizar al niño por su corta edad, sometiendo la determinación de su residencia habitual exclusivamente a la voluntad materna, importa tanto como negar su subjetividad moral en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 7, 11, 12 y ccdtes.).

4. Por demás, considero que emitir un pronunciamiento judicial en un caso de restitución internacional de menores sin conocer y oír previamente al niño involucrado, importa auspiciar su cosificación y -por tanto- constituye una clara vulneración de sus derechos humanos básicos (conf. arts. 3.1, 9.3. 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño; 13, Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su doctrina; 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y ccdtes., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y ccdtes., Const. provincial; arg. análog. arts. 167, 264 ter, 314, 321 y ccdtes., Cód. Civil; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y ccdtes., ley 26.061; 4 y ccdtes., ley 13.298; 3 y ccdtes., ley 13.634), situación procesal que quita todo sentido y eficacia a cualquier decisión judicial que se adopte a su respecto.

Bien que la opinión que el niño pueda poseer sobre el tópico (art. 13, 4° y 5° párr., CH1980) debe ser pasada por el rasero que implican su edad y grado de madurez, para lo cual es imprescindible al juez conocerlo y ponderar cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, balanceándolas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. Ac. 78.728, sent. del 2-V-2002).

Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 620), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de N. y su situación, lo que me permitió auscultar su realidad actual 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 (conf. arts. 11, 12, 13 y ccddes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional; 1, 2, 5, 12, 13, 18 y ccddes., CH1980).

5. Luego, con las medidas asegurativas dispuestas por la Cámara, condicionantes del efectivo reintegro del niño (fs. 390/1), en tanto requieren que previamente se asegure (i) la permanencia del niño con su madre hasta tanto se resuelva en forma definitiva su guarda o tenencia, (ii) la intervención, seguimiento y protección por parte de las autoridades inglesas para garantizar la integridad física y psíquica de madre e hijo, (iii) la provisión de asistencia médica a ambos, (iv) la defensa jurídica gratuita y (v) la provisión de un subsidio a la madre para solventar los gastos de su manutención, considero que se encuentran debidamente resguardados los derechos de la señora S. B. y su hijo N. mientras permanezcan en el extranjero, por lo que se confirman en todas sus partes, debiéndose encomendar tanto al juzgado de origen como a la Autoridad Central, la garantía de efectivización de tales condicionamientos previos (arg. art. 7 inc. h, CH1980).

6. Finalmente, las pericias psicológicas realizadas a N. , en referencia a su relación con su madre y familia materna, dan cuenta de un "... vínculo de características cerradas y tendencia a la simbolización" (fs. 145/vta.), en donde "... el niño queda subjetivamente ubicado en el lugar de ser el 'motor' y 'sostén' de la madre, lo que genera un gran condicionamiento a su subjetividad e individualidad, toda vez que cualquier expresión que vaya más allá de los deseos maternos es vivida como un daño a ésta..." (fs. 456 vta.), por lo que "... es claro que lo que angustia al niño es el 'posible' daño que la madre sufriría de tener que regresar a Inglaterra..." (fs. 457).

En base a ello, teniendo en mira el interés superior del niño y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, además de las medidas que se ratifican en el acápite precedente, corresponde exhortar a los padres y a la familia materna de N. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación cabe dirigir al juzgado de familia a cargo de la causa, que oportunamente deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos (arg. art. 34, inc. 5, C.P.C.C.; conf. CSJN, H.102.XLVIII 'H.C., A. c/ M.A., J.A.H, sent. del 21-II-2013; entre otros).

IV. Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, corresponde el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.). Lo resuelto se deberá comunicar, con copia, a la Autoridad Central Argentina a los efectos de que preste la colaboración necesaria para el cumplimiento de lo dispuesto a fs. 390/391 por la alzada y en los puntos III.5 y III.6 del presente.

En estos términos, voto por la negativa.

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

Por las consideraciones y argumentos expuestos por el colega doctor Pettigiani en los puntos I, II, III -aps. 1, 2, 3, 5 y 6- y IV, a los cuales adhiero, y que entiendo son suficientes para justificar el rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley, doy mi voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Kogan y de Lázzari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron también por la negativa.

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 rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad; con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.). Lo resuelto se deberá comunicar en la etapa de ejecución, con copia, a la Autoridad Central Argentina a los efectos de que preste la colaboración necesaria para el cumplimiento de lo dispuesto a fs. 390/391 por la alzada y en los puntos III.5 y III.6 de la presente.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS - Secretario