

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE EN LA REALIDAD JUDICIAL

PUBLICADO en REVISTA de DERECHO PROCESAL - Tomo 2003-2 - Pág.175

Se apagó el siglo XX, pero dejó -en la materia que nos convoca- una conquista, el reconocimiento de que los niños y adolescentes son personas, que gozan de los mismos derechos que corresponden a todo ser humano, además de tener derechos específicos que hacen a sus necesidades de desarrollo y formación. O dicho de otra manera, son sujetos activos de los mismos derechos humanos de todas las personas, con la peculiar situación de su vida, de su entorno, de sus necesidades, de su "caso" bajo proceso judicial (1).

En los albores del siglo XXI, se nos impone a los operadores del derecho, el segundo pero no menos importante desafío, cómo darles efectividad a esos derechos de jerarquía constitucional, abriéndose cauces de reflexión y debate, para hacer lo que hay que hacer en el marco de las normas jurídicas, ya que al decir de la Corte Suprema los derechos consagrados en la Constitución y los Tratados requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidos a simples afirmaciones de deseos (2).

La Convención Sobre los Derechos del Niño -en adelante la Convención- (3), tiene jerarquía superior a las leyes, está junto y al lado de la Constitución, en la cabecera del Derecho Argentino (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); es el primer instrumento jurídico internacional que establece derechos humanos para el niño.

A partir de entonces, se los concibe como sujetos de derechos y no como objeto de protección, basándose en lo que no tienen, no saben o no son capaces. Si se los considera como objeto de protección, no serán los derechos los que deben ser protegidos, sino el niño mismo. En cambio, considerándolo como titular de derechos, son éstos los que merecen protección (4).

Al reafirmar la Convención el reconocimiento de los niños como personas humanas, se ha dicho con justa razón que es un

instrumento contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección de los derechos de todas las personas. Rescata el principio de igualdad que consagra con voz fuerte el artículo 16 de la Constitución Nacional, que tantas veces fue violado, al considerar al niño como objeto y no como sujeto de derechos; precepto constitucional -insisto- que no rige únicamente para los adultos sino también para los niños, ya que éstos presentan signos característicos de humanidad al leer del artículo 51 del Código Civil. Se trata de no establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos (5).

No hay que olvidar al momento de resolver conflictos que afecten los derechos de un niño, que los tratados han dejado de ser meras construcciones dogmáticas para convertirse en fuentes jurídicas de indiscutible eficacia, son derecho vigente y no admitirán ser ignorados; cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (6).

Es imprescindible para que el niño y el adolescente puedan ejercer sus derechos brindarles una auténtica tutela judicial, que se asienta en tres pilares fundamentales: el acceso a la justicia, la representación propia y el debido proceso.

Constituye la esencia del debido proceso (due process of law) la oportunidad o posibilidad suficiente de participar (o tomar parte) con utilidad en el proceso (7). La versión histórica de la defensa en juicio -artículo 18 de la Constitución Nacional- se fue vivificando con la normativa de los Tratados y de las doctrinas jurisprudenciales de los Tribunales Transnacionales hasta arribar al concepto de proceso justo. Escribe el Maestro Morello que "lo más destacable es el haber girado el punto de vista u óptica desde la cual se formulan los fundamentos de la garantía y que es la perspectiva del justiciable, del que reclama a la jurisdicción la

tutela efectiva". Entre las características de este proceso justo, destaco -desde la perspectiva del niño- el derecho que le asiste a ser oído por un juez, quien ha de disponer con flexible recepción medidas cautelares y tutela urgente y anticipatoria de acuerdo a la necesidad que debe protegerse, el derecho a la resolución del conflicto en el tiempo apropiado, sin demoras injustificadas, no olvidando que el tiempo de los niños no es el de la justicia, y que sea debidamente representado; en definitiva, que se trate de un proceso justo constitucional en todas las etapas que deban cumplirse (8). El artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reformado en el año 1994(9) es categórico y reafirma los principios modernos en materia del debido proceso constitucional justo, lo cual vale también para el niño.

Incorpora constitucionalmente la Convención en su artículo 12 el derecho del menor a ser oído; en el primer párrafo, establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y en el segundo, haciendo una aplicación particular de lo anterior, organiza el derecho de ser escuchado (prestar atención a lo que se oye, según el Diccionario de la Real Academia Española) en todo procedimiento judicial. La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento, que aparece solamente cuando el pensamiento se exterioriza, o sea, cuando se expresa, y el niño no puede estar ajeno a la protección de este derecho constitucional, que es parte imprescindible del derecho de defensa (10).

De que valdría el derecho de ser oído si no lo puede ejercer de modo útil y eficaz. ¿Cómo podemos defender sus derechos sin oírlo? Y ello para determinar su mejor interés, pauta constitucional insoslayable que constituye, en definitiva, la clave de bóveda de toda la Convención. Ambos principios viscerales van de la mano y así deben ser interpretados para la defensa de los derechos del niño y del adolescente.

Sienta la Convención en su artículo 3.1 un principio rector: que en todas las medidas concernientes a los niños los tribunales deben atender a su superior interés; fórmula que opera en todas las ramas del derecho, sea que intervenga como parte procesal,

como tercero, o que sus derechos resulten alcanzados al resolverse un conflicto.

No resulta fácil establecer su alcance, ya que posee un contenido indeterminado y flexible. Es de contenido indeterminado, porque es una idea en permanente evolución y transformación, que varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales. Es flexible porque es necesario acomodarlo a cada situación a resolver, interpretando las particularidades de cada caso y valorándolas conforme a las reglas de la sana crítica.

Si bien el término es amplio puede definírsele 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. 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"(11). Apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (12).

De la mano del interés superior del niño se pueden modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, interés que ejerce una influencia decisiva en la interpretación de las normas, otorgándoles en algunas circunstancias una nueva y vivificada perspectiva y, en otras, considerándolas inaplicables (13).

Y esto es lo que se procura en estas líneas, analizar como la jurisprudencia fue incorporando estos principios constitucionales -el derecho del niño a ser oído y la defensa de su superior interés- a la hora de decidir un conflicto que afecte sus derechos.

Recientemente se ha expresado en el "XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal", celebrado en la ciudad de Paraná en el mes de junio que, "el derecho a ser oído constituye un componente fundamental del derecho de defensa y se erige en derecho humano

esencial y por lo tanto, elemento visceral de un justo proceso constitucional. Sobremanera, se alza el derecho personal del niño a ser oído y el correlativo deber del juez -en cualquier oportunidad procesal- de escucharlo cuando sea afectado en sus derechos a raíz de un pronunciamiento judicial, siendo aquella opinión coadyuvante de éste y sin perder de vista en relacionarlo con el interés superior del menor al momento de decidir" (14).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en oportunidad de expedirse en la causa "S.R.S. contra J.A.R." en la que se decretó el divorcio de las partes y se dispuso otorgar la tenencia de los dos hijos menores a la madre, con un régimen de visitas al padre, declaró nula de oficio la sentencia exclusivamente en cuanto atañe a la tenencia y régimen de visitas, toda vez que los menores no habían sido oídos por el Tribunal de grado (15).

Pronunciamiento trascendente que ha fijado como doctrina, la obligatoriedad para los jueces de oír al niño, sin importar la edad, en todos los procesos en que se vean afectados por la decisión judicial que recaiga. Así dejó sentado que:

- la Convención es una norma que se encuentra en condiciones de inmediata operatividad, actuando como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño, enervando la aplicación de toda otra disposición que se encuentre en colisión con aquella

- la tenencia y el derecho de visita o derecho de comunicación de los padres con sus hijos no convivientes, son medidas que no sólo conciernen a los padres sino también a los niños, cuyo interés superior debe ser evaluado en todos los casos. La opinión debe ser pasada por el rasero que implican la edad y la madurez del niño

- el derecho a ser oído es de carácter personalísimo, no puede admitirse que se exija su ejercicio a través del Asesor de Menores ni de una figura como el tutor, pues su intervención desvirtuaría la finalidad que se persigue. Invariablemente dicho Tribunal viene declarando que la intervención del Asesor de Menores no suple ni por ende subsana la omisión del contacto personal con el niño (16).

En sentido contrario se ha expedido la Corte Suprema, en el mentado caso "Wilner, Eduardo c/ Osswald, María Gabriela"(17) sosteniendo que, no es imperativo la consulta directa de la voluntad del menor, señalando que según el propio texto del artículo 12 de la Convención, el derecho a ser oído puede satisfacerse en forma directa "o por medio de un representante u órgano apropiado", condición que quedaría cumplida con la intervención del Ministerio Pupilar.

Discrepo con esta interpretación, el niño debe ser escuchado directamente por el juez, sin perjuicio que esté representado (arts. 57 inc. 2º y 58 Cód. Civil), o de que actúe el Ministerio Pupilar ejerciendo la representación promiscua (art. 59 cód. cit.), pues bastaría la intervención de este último o de sus padres o tutores para que el niño no sea oído, y nada más lejos del espíritu de la Convención. Una cosa es el derecho del menor a ser oído y otra el derecho -que también le asiste- de tener un representante.

- oír al niño no implica atender sus deseos, pueden desatenderse, debe valorarse en definitiva su superior interés. No se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (18)

- extiende la aplicación del artículo 50 del Dto-ley 10.067/83 ó de Patronato de Menores (19) a un proceso sobre tenencia, criterio que ya había sido sustentado en la causa caratulada "O.N.L. c/P.D.E. s/ tenencia" (20). El citado artículo consagra la obligatoriedad para la Cámara de Apelación, previo a decidir y bajo pena de nulidad, de tomar contacto personal y directo con el menor, norma que desde siempre fue aplicada a causas referidas al ámbito específico del proceso de menores regidas por el mentado Dto-ley 10.067 (21); ahora extiende su aplicación a todo proceso en que los niños y adolescentes se vean afectados por la decisión judicial que recaiga, toda vez que la identidad del bien jurídico tutelado y la jerarquía constitucional de la normativa de la que emana su derecho a ser oído reclama igual remedio.

"No se trata de que ahora encontremos que tienen derechos y que deben hacerlos valer contra los adultos. Es que hoy en día la estructura social exige una estructura familiar diferente (no amurallada sino más porosa, no autoritaria sino más democrática, no de pertenencia obligatoria sino de pertenencia más optativa) dentro de la cual todos incluidos los niños tienen derechos personales" (22). Sobre la obligatoriedad de oír al niño cuando de decidir la tenencia y el contacto con el progenitor no conviviente se ha expresado autorizada doctrina (23).

En la causa "P.C.S. y P.B.I. s/ art. 10 ley 10.067" se había declarado en situación de abandono y en condiciones de adoptabilidad a B.I.P., en relación a su madre menor C.S.P. y a sus abuelos maternos. Entendió la Corte que la exigencia del art. 50 de la Ley de Patronato es insoslayable, por lo que previo a decidir le impone a la Cámara tomar contacto personal y directo con la pequeña y con su madre entonces también menor. Dijo entonces el Dr. de Lázari "la finalidad del precepto, con sentido eminentemente tuitivo, apunta a que en el momento de resolver nada menos que el destino de un ser humano, se cuente por el juez con una impresión personal y directa de la constelación de circunstancias que le permitan, de consuno con los elementos de juicio obrantes en la causa, arribar a un criterio que preserve el interés superior del mismo" (24).

En otros pronunciamientos que por mayoría anulan la sentencia por no haberse tomado contacto con el niño, la opinión minoritaria antepone a la norma procesal su interés superior, ya que toda regla por más férrea que sea admite excepciones, las que están dadas por las particularidades de la causa. Es que cada paso del proceso, cada foja y cada diligencia consumen días, meses y años, mientras tanto el niño espera con incertidumbre quien se hará cargo de sus más elementales necesidades, lo que es inconciliable con el debido proceso que merece. No se trata de discutir derechos sobre un objeto inanimado, sino de un sujeto que día a día va forjando su identidad y personalidad y donde el correr del tiempo y la consiguiente incertidumbre sobre su destino pueden causarle un daño irreparable.

En uno de esos precedentes "A.S. s/ art. 10 ley 1.0067", se trataba de una niña que a los pocos días de nacer fue entregada judicialmente a un matrimonio, con quienes permaneció durante más de dos años, recibiendo cuidados y atención. Contra la decisión de la Cámara que otorga la guarda de la menor S.A. a un matrimonio, se alza el Asesor de Menores por no haberse cumplimentado la audiencia del art. 50 de la ley de Patronato. El proceso había insumido prácticamente la edad de la niña, ir para atrás con la nulidificación sería desprotegerla, ya que por encima de las normas procedimentales está el superior interés como pauta constitucional y el niño es titular del derecho fundamental y personalísimo de crecer en el seno de una familia, priorizándolo sobre la falta de contacto directo con los jueces. Es que "la Convención inviste jerarquía constitucional y de ella se deslizan ciertos parámetros interpretativos que no son consejos ni recomendaciones sino principios, valores y normas plenamente dotados de juridicidad, obligatoriedad y aplicabilidad por parte de todos los operadores gubernamentales". Esta interpretación se compadece con el "derecho de los Tratados, que incorporados a la legislación interna, deben ser aplicados según las pautas que propician y difunden las Cortes Transnacionales, y en la colisión entre una disposición desfasada y una hermenéutica lesiva de un Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos, ha de predominar el Tratado respecto de una norma de derecho interno" (25).

La excepción a la regla procedimental ya había sido plasmada en la causa "G. J.G. s/ guarda". El niño había sido entregado por su madre a los guardadores cuando sólo contaba con un mes y medio de vida. La Cámara revoca el pronunciamiento de Primera Instancia que había otorgado la guarda del menor J.G.G. a un matrimonio, contra el que se deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Con anterioridad, la sentencia de Cámara había sido anulada -a pedido de la Asesora de Menores- por haberse incumplido el requisito del voto individual de los jueces, ahora por segunda vez, por no haber tomado el tribunal contacto con el niño, lo que ha menester un tercer pronunciamiento, mientras el tiempo

transcurre se mantiene sin dilucidar la guarda, lo que genera inseguridad. El menor tenía entonces tres años de edad y el pleito había insumido casi toda su vida.

El punto de partida es la "remanida pero no superada fórmula del interés superior del menor, verdadera regla de oro, a la que no resulta posible sustraerse, por mandato constitucional y por respeto a los principios más elementales del derecho minoril", dicho superior interés excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares del caso. "Bajo la invocación del amparo del menor se estaría de hecho desprotegiéndolo, si lo que realiza el interés minoril es brindarle adecuado cobijo, es evidente que la declaración de nulidad no lo logra" (26).

Al niño puede oírsele en cualquier oportunidad y tantas veces como sea necesario siempre previo a decidir una cuestión que pueda afectar sus derechos, citación que puede ser efectuada en todas las instancias y aún en las extraordinarias. Es preciso tomar contacto con él para conocer su realidad y desentrañar su superior interés, pauta constitucional que está por encima de las normas que reglan el procedimiento, los nuevos aires de este siglo reaniman el proceso y ven al Derecho Procesal como necesario y útil en su empeño por facilitar y concretar, con justicia y efectividad, los fines del derecho sustancial (27).

Tal como lo hiciera la Corte Federal in re "S.R.P.", que mereció un elogioso comentario del Dr. Augusto Morello al brindarse como una justicia más próxima y directora activa de lo que acontece al proceso en su relevante y decisiva función de intérprete final y fiador del resultado justo en el proceso concreto (28).

Recientemente, en otro pronunciamiento trascendente "A.S. s/ art. 10 ley 10067" la Casación Provincial resolvió que en caso de conflicto de intereses entre el de los adultos y el del niño debe priorizarse éste. Es así como fijó pautas procesales especiales tendientes a que se resuelva con la mayor celeridad posible la situación de la niña en pos de su superior interés, y al mismo tiempo, resguardar las garantías necesarias para que todas las

partes cuenten con un proceso justo. Ordenó evaluar en la instancia de origen la pretensión de ambos matrimonios guardadores y el pedido de restitución de los padres biológicos, todo ello en la forma menos traumática para la niña.

El interés del menor que consagra el art. 3 de la Convención - voto del Dr. Hitters, que hizo mayoría- proporciona un parámetro objetivo para resolver los conflictos del niño con los adultos, definiéndose la solución por la que resulte de mayor beneficio para el menor, esto es, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño. Sostiene que es menester conjugar del modo más adecuado las garantías de todos los interesados a ser oídos en sede jurisdiccional y obtener un pronunciamiento en tiempo razonable y todo ello a la luz del interés superior del menor (arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 15 de la Constitución Provincial; 3, 5, 6, 2, 8, 10.1, 21 inc. a y concordantes C.D.N.; 8.1, 19, 25 y concordantes Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-).

Es así que con el fin de tutelar todos los intereses en juego, subordinados al interés del menor consideró necesario imprimirle un trámite urgentísimo, estableciendo un conjunto de pautas insoslayables que deberán observarse en la instancia de origen a los fines de sustanciar y resolver las pretensiones incorporadas, respetando la intervención de todos los legitimados (así fijó: el plazo para los traslados y notificaciones, que la prueba sea recepcionada en una única audiencia, que sin más trámite el tribunal dicte resolución, el plazo y la forma para la interposición del recurso de apelación, los plazos para la resolución de la causa en las instancias de origen, con pérdida automática de la jurisdicción). De esta manera compatibilizó la razonable duración del proceso, evitando la secuela de posibles perjuicios en la menor por la indefinición de su situación jurídica con el resguardo de las garantías indispensables para que todas las partes cuenten con un proceso justo (29).

En este lineamiento la Corte Nacional en el caso "A.D.E." había sentado que es menester "una participación procesal activa

del tribunal que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de justicia, tarea que deberá llevar a cabo el a quo en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias" (30).

Merece destacarse sobre el tema, el pronunciamiento de la Corte de Justicia de San Juan in re "V.S.A.". El conflicto se suscita entre los derechos que esgrimía la madre biológica de la menor y los sostenidos por el matrimonio guardador, la Cámara ordenó a estos últimos restituir la niña a su madre. El Máximo Tribunal Provincial estableció que sin perjuicio del complejo de derechos-deberes que tienen los padres biológicos, debe siempre prevalecer el interés superior del niño, entendiendo que el mismo resultaba mejor abastecido manteniendo el statu-quo, por lo que rechaza la acción restitutoria, anteponiendo a su interés el superior interés de la niña.

En la actualidad los derechos del niño dejaron de ser mentados, para constituirse en derecho positivo argentino, de rango constitucional y los derechos de los padres de criarlos y alimentarlos pueden ceder en exclusivo beneficio de superiores derechos del niño, conforme a las particularidades del caso (31).

En materia de tenencia, se ha establecido que el interés superior consagrado por los arts. 3.1 y 9.1 de la Convención debe ser preferido por los jueces sobre los derechos de los padres y de la familia, criterio que se impone luego de la reforma constitucional, estableciendo la Corte Nacional "que las cuestiones suscitadas en un incidente de disposición tutelar, han de ser juzgadas de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor, y resueltas sin descuidar lo que mejor resulte a su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico" (32).

En un importante precedente la Cámara Civil y Comercial de Azul, con fundamento en el interés superior del niño, otorga la tenencia compartida o alternada cuando el padre y la madre la habían solicitado para sí. Con esta solución se priorizó el interés superior del niño, desplazando la aplicabilidad de otros principios subordinados. A la hora de decidir valoró -entre otras razones- la opinión del niño quien manifestó desear estar más

tiempo con su padre. Declara que "no se afecta el principio de congruencia si los dos reclamaron para sí la tenencia exclusiva, pues aquella opción se emplaza dentro de los hechos litigiosos y en la facultad del juez de aplicar el derecho, la que se encuentra potenciada por el orden público familiar, que rige la insuperable dificultad de los cónyuges para proveer las soluciones más convenientes a sus hijos" (33).

La Casación Bonaerense ha admitido en situaciones singulares la tenencia alternada mediando justa causa y circunstancias espacialísimas que atiendan a la suprema finalidad de otorgar máximo amparo a los hijos (34).

En materia de adopción también se priorizó el interés superior del niño en varios precedentes, así lo hizo la Corte Nacional en la causa "T.A.D". Se trataba de la adopción de un menor quien mantenía contacto con su madre biológica y desde su infancia había respondido al apellido de su familia biológica. Los padres prestaron expresa conformidad con el pedido de adopción y el juez confirió la adopción plena. Con posterioridad a dicho pronunciamiento, se desestima la pretensión de la adoptante de que el menor conservara su apellido de sangre con fundamento en que la adopción plena confiere una filiación que sustituye a la de origen (arts. 14 y 17 ley 19.134 y 12 ley 18.248), decisión apelada por el peticionante y el Asesor de Menores. El Asesor de Menores de Cámara, solicita la adopción simple atacando de nulidad la sentencia por haberse dictado en violación a las disposiciones de la Ley de Adopción, interpretadas a la luz de la Convención Sobre los Derechos del Niño. La resolución fue confirmada por la Cámara Civil con fundamento en que el pronunciamiento había sido consentido, interponiéndose recurso extraordinario, cuya denegatoria motiva la queja. Sostuvo la Corte que queda totalmente desvirtuada la misión de los tribunales especializados en asuntos de familia si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas prefijadas, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente a valorar - el adoptado contaba con diecinueve años de edad y desde su

infancia había respondido al apellido de su familia biológica, manifestando su deseo de conservarlo-.

El actual artículo 330 del Código Civil sólo establece como recaudo para la adopción simple, el hecho de que ésta sea más conveniente para el menor. No obsta a ello que la sentencia originaria hubiese sido consentida habida cuenta de que se trata de un proceso voluntario en el que las normas procesales deben adecuarse a las sustanciales, a lo que se suma el hecho de que la adoptante y el propio menor prestaron su conformidad. Descalifica el fallo de la Cámara y a fin de evitar más dilaciones que redundarían en desmedro de la necesidad de fijar definitivamente el status del menor, resuelve sobre el fondo del asunto otorgando la adopción simple (voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Solución elogiada no sólo por valorar el interés del menor, sino fundamentalmente, porque resuelve sobre el fondo de la cuestión para no dilatar innecesariamente la decisión con el consiguiente perjuicio para el menor (35).

También donde merece valorarse con suma prudencia el interés superior del niño es a la hora de decidir sobre la guarda de hecho y sobre la guarda judicial delegada.

Cuando por alguna razón los padres no pueden ejercer **la guarda** (arts. 264, 265 y ccdts. del Código Civil), derecho-deber orientado a su protección integral, puede ser atribuida a terceros o a instituciones tutelares, mereciendo destacarse a los fines de estas líneas la **de hecho**, originada en la asunción fáctica de responsabilidades partiendo de un abandono o de entrega por los padres, y la guarda judicial delegada como medida proteccional, que se da cuando el juez actuando en función de Patronato del Estado entrega un niño en guarda a una familia sustituta (36).

La guarda de un niño -conceptualizada magistralmente por el Dr. Laborde, ex Ministro de la Suprema Corte- es un "instituto de protección de menores -a diferencia de otros pertenecientes al derecho civil-, busca, por su carácter genuinamente tuitivo, el interés del menor por sobre toda otra consideración. Dicha guarda no procura dar una solución definitiva al problema del menor ya que se halla afectada por la transitoriedad de su vigencia, aunque

intenta dar satisfacción a las necesidades de amor, sostén y comprensión que tiene el niño, siendo la familia el ámbito específico de cumplimiento normal de tales requerimientos"(37).

Asumen así los guardadores las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del niño, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia que no son sus representantes legales, de ahí que la guarda al no brindar una solución definitiva o integral al problema, sea de vigencia transitoria. De ello también se deriva, que la remoción de los guardadores no está sujeta a los mismos trámites judiciales previstos para la de los representantes legales, basta con que el juez entienda que su idoneidad para el ejercicio de la función ha desaparecido, para que pueda apartarlo de la misma. Pero tal remoción no ha de ser arbitraria, deben existir pruebas de su falta de idoneidad.

La guarda y su mutación han de privilegiar siempre el derecho del niño, deben encontrar en la tutela de sus intereses fundamentales su propio centro de gravedad. Ello así porque el niño no es un objeto que se lo puede mudar de un lugar a otro, el cambio de guarda es una de las decisiones más delicadas por las implicancias actuales y futuras que sobre su personalidad en desarrollo pueden producir.

En la causa "R.H.D.E. s/ Guarda- Adopción" los guardadores de hecho se presentan ante un Tribunal de Familia solicitando la guarda preadoptiva de una niña que les había sido confiada por sus padres. Ante la declaración de incompetencia, las actuaciones se remiten al Juzgado de Menores, pidiendo la Asesora de Menores que se de curso al trámite. El juez dispone el rechazo in-limine del pedido, disponiendo la internación de la menor, la que deja sin efecto ya que la Cámara resuelve que el recurso concedido lo es con efecto suspensivo (arts. 275, 277 C.P.C.C.), por lo que reintegra la niña a los peticionantes.

La Cámara resolvió que "el art. 317 del Código Civil está acorde a la Convención Sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 9, 20 y 21) al garantizar a sus protagonistas la forma adjetiva de más amplio debate. Esto es: citación de los padres biológicos -que es

imperativa-, conocimiento personal del adoptando, evaluación de las condiciones personales y aptitudes de los adoptantes y de la familia biológica (incs. a, b, c y d del artículo citado), con la intervención de los organismos técnicos, sin perjuicio de la del Ministerio Público (arts. 59 y 494 C.C.), elementos relevantes todos para garantizar la defensa en juicio que es inviolable al leer del artículo 18 de la Constitución Nacional". Con fundamento en el superior interés de la niña revoca la resolución apelada, disponiendo conferir a la petición el trámite previsto por el art. 317 del Código Civil, manteniendo mientras tanto la situación de hecho imperante.

En el mismo sentido, sostuvo la Cámara de Azul in re "G.S.P.A. C/ C.E." que "es improcedente restituir la menor a su progenitor - en el caso, se concedió la guarda con fines adoptivos a un matrimonio, con quienes la niña convivía a partir de su nacimiento vía guarda provisoria- pues su interés se ve mejor tutelado en manos de los guardadores, lo cual no importa la renuncia, abdicación o denegación de su realidad biológica estática sino preferencia la realidad afectiva en el marco de una arraigada y consolidada estabilidad familiar en el hogar provisto" (39).

En la causa " G.S.D s/ adopción plena", el Juez de Menores rechazó in-limine el pedido de adopción formulado por la guardadora porque entendía que era preferible para el interés de la niña escoger un matrimonio de la lista de Aspirantes y no una persona soltera por más tiempo que haya vivido con ella. La niña - sin filiación acreditada- vivía con la guardadora -guarda judicial delegada- desde los seis meses de edad, quien le había prodigado toda su atención y cuidados. La Cámara valorando la larga data de la guarda -cuatro años-, el superior interés de la niña, la idoneidad de la guardadora, revoca el rechazo. El estado de familia de soltero, no constituye por si una incapacidad de derecho para la pretensa adoptante, estando la guardadora legitimada activamente para incoar la acción (40).

La doctrina se ha manifestado en contra de los cambios de guarda infundados e incluso proclive en ponderar las guardas de

hecho al momento de conferir las guardas preadoptivas como forma de proteger el superior interés del niño (41).

Muchas veces los tribunales han colocado por encima del interés superior del niño el interés del Registro Único de Aspirantes a la Adopción.

En primera instancia se había rechazado el pedido de guarda preadoptiva, sin considerar aspectos sustanciales, por no encontrarse el peticionante inscripto en el Registro Único de Aspirantes. Sostuvo la Cámara que la ley 24.779 no impone como requisito para la guarda preadoptiva que los postulantes a la adopción se encuentren previamente inscriptos en tal Registro (art. 2 ley citada), ni en ningún otro organismo. Requería el caso la "instrumentación de un trámite abreviado", tendiente a la acreditación de las circunstancias de hecho, máxime en consideración de la emergencia del pedido en aras de una futura adopción (se hace el pedimento antes del nacimiento de la niña, nacida es derivada al régimen de amas externas y al llegar a la Cámara ya llevaba seis meses en ese régimen). Dispone el Tribunal que las medidas necesarias para acreditar la guarda preadoptiva se realicen en corto lapso, reduciendo al mínimo posible la situación de hecho transitoria en que se encuentra la niña (42).

En "A.L.J. s/ situación" la Cámara de Apelación C.C. de Corrientes sostuvo que "el hecho de que los actores no se hallen inscriptos en el Registro de Aspirantes a la Adopción no es un impedimento para que se otorgue la guarda preadoptiva del menor que les ha sido dado en custodia por la madre biológica, pues si ésta tiene facultad para dar a su hijo en adopción, con mayor razón puede elegir a las personas que actuarán, como guardadores preadoptivos, sin perjuicio de que la justicia examine la conveniencia de tal decisión atendiendo a la protección del interés del menor"(43).

También la Cámara C. y C. de Mar del Plata in re "M.M.B.s/ inf. ley 10.067" dijo que nada impide a los padres biológicos entregar la guarda de hecho a quienes en el futuro serán sus padres adoptivos. La menor se encontraba desde los seis días de vida y desde hacia dieciocho meses, con la familia en guarda y

habiendo ratificado reiteradamente la madre biológica su deseo que con ellos permaneciera, se impone, en interés de la menor mantener la guarda conferida (44).

El Dr. Pettigiani al votar en minoría en la causa "G. J.G. s/ Guarda" ha sostenido que el Registro Único de Aspirantes resulta "un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presentan los niños en condiciones de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental como tal ordenado a la consecución de un fin. El niño no es un objeto que a modo de premio se otorga a quien lo va reclamando por el mero hecho de ocupar un lugar preferente en una extensa fila" (45).

No puede desplazarse de la guarda a quien cumpla las condiciones para ello, invocando el orden del Registro Único de Aspirantes, la inscripción no está enumerada entre los requisitos que bajo pena de nulidad edita el art. 317 del Código Civil (46).

El artículo 316, párrafo 3ero. del Código Civil dice con voz fuerte que la guarda con fines adoptivos debe ser judicial, lo que quiere la ley es que un acto que implica una renuncia o abdicación de la patria potestad, o la conformidad expresa con la adopción, sea dada ante el juez, pero en modo alguno podemos interpretar que esa norma prohíba la guarda de hecho. Lo que el artículo 318 del código citado prohíbe, es la posibilidad que los padres consientan la adopción administrativamente o por instrumento público -como lo autorizaba el art. 11 inc. "c" de la ley 19.134-. Lo que el legislador ha querido es que el proceso de adopción sea seguro, que proteja los intereses del niño, por eso la intervención judicial en todas sus etapas; son dos los momentos que atento la importancia han de estar indefectiblemente en manos de quien ostenta poder jurisdiccional: el otorgamiento de la guarda y la decisión final.

No es conveniente desde la perspectiva de los derechos del niño -sin prueba respaldatoria en punto a la forma de la entrega ni a la idoneidad de los guardadores-, retirarlo de esa su familia, desestimando derechamente el pedido de guarda cuando los

padres han entregado voluntariamente su hijo a quienes ellos han elegido en aras a su bienestar, institucionalizándolo a la espera de otra familia (terceros desconocidos para él), vulnerando su superior interés.

Hay múltiples razones lícitas y válidas que determinan, excepcionalmente, tal actitud -una enfermedad terminal, imposibilidad de asistencia, cuestiones económicas graves... , de ahí que corresponda, en primer lugar, investigar los motivos que llevaron a tal decisión, y en segundo lugar, valorar si los peticionantes reúnen las condiciones exigidas por la ley para asumirla.

La elección de los padres biológicos de los futuros padres adoptivos debe ser tenida en cuenta desde el punto de vista del derecho del niño a vivir en una familia a la luz de su superior interés.

Opera así el superior interés como pauta de decisión en la resolución de los conflictos judiciales que puedan afectar a las personas, derechos o intereses del niño. Y ésta es la difícil tarea de los jueces, descubrir o desentrañar, en el caso concreto y en una circunstancia determinada, cuál es el superior interés del niño; lo obligatorio para los operadores del derecho es desentrañar que solución de todas las posibles es la que mejor se compadece con su **interés, que es nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos.**

En la hora de la defensa de los derechos importa disponer de fórmulas que la faciliten, en lugar de impedirla o menoscabarla (47).

(1) Bidart Campos, "Los derechos del niño y la justicia de menores", E.D. 162-970

(2) voto del Dr. Fayt, M.817.XXV

(3) aprobada por ley 23.849, B.O. 22/10/90

(4) Weinberg, "Convención sobre los derechos del niño", Rubinzal-Culzoni, pág. 98

(5) C.S., 14/10/97, "Arce Jorge"; Sabsay, "Colección de análisis jurisprudencial - Derecho Constitucional", pág. 324

- (6) C.S., 5/03/2002, "Portal de Belén c/ M.S. y A.S. s/ Amparo", E.D. 197-13
- (7) Bidart Campos, "Tratado de Derecho Constitucional Argentino", I-465
- 8) Morello, "Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional", L.L.2003-D-1163; Morello de Ramirez y Augusto Morello, "El abogado del niño", E.D. 164-1180
- (9) La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.
- (10) Morello de Ramirez - Morello, ob.cit.; Bidart Campos, "Tratado de Derecho Constitucional", pág.465; Ludueña, "Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor", Revista Derecho Procesal, Procesal de Familia II-157, Rubinzal- Culzoni
- (11) S.C.B.A., Ac. 66.519, 26/10/1999; Ac. 71.303 12/04/2000; Ac. 78.446, 27/06/2001, votos del Dr. Pettigiani
- (12) Grosman, "Significado de la Convención de los Derechos del niño", L.L. 1993-B-1089; S.C.B.A., Ac. 84.818, 19/06/2002
- (13) D'Antonio, "El interés superior del niño como standard jurídico", Minoridad y Familia, pág. 19; Grosman, "Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX", L.L. 1999-F-1052; Kielmanovich, "La Convención sobre los derechos del niño y el juicio de alimentos", Revista de Derecho de Familia, 14-109; Belluscio, "Influencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", L.L. 1995-A-936
- (14) Enderle, "El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal", Libro de Ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, I-155
- (15) Ac. 78.278, L.L. 2003-A, pág.423; comentado por Ferraro, "El derecho del menor a ser oído en el proceso judicial", mismo diario

- (16) Ac. 41.811, 10/10/89, Ac. y Sent. 1989-III-647, Ac. 56.195, 17/10/95; Ac. 71.380, 24/10/2001
- (17) L.L. 1996-A-260, E.D. 164-13
- (18) Bedrossian, "Cuando el deseo del menor va en contra de su propio interés", L.L.Córdoba-2000-507
- (19) t.o. dto-ley 1304, 7/6/95, B.O. 10/07/1995
- (20) Ac. 71.380, 24/10/2001
- (21) Ac. 41.811, "B.C.A. s/ designación de guardadores e internación"; Ac. 56.195, "F.M.M. s/ Internación", entre otras
- (22) del voto del Dr. Hitters en la causa 71.380
- (23) Grosman, "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia", E.D. 107-1019; Cárdenas, "¿niños versus adultos?...", Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, 13-62; Camps-Nolfi, "El ministerio Público y la efectividad del derecho de los menores cuyos padres están separados a mantener contacto con ambos progenitores", J.A. 2000-I-654
- (24) Ac. 84.856, 26/02/2003, Morello de Ramirez, "Capacidad del menor adulto padre para otorgar en guarda con fines de adopción y el derecho natural de la patria potestad", E.D. 1990-II-771
- (25) Ac. 78.446, 27/10/2001; C.S., cs. E 381 XXXII, 3/10/97
- (26) Ac. 73.814, 27/09/2000, D.J.J.B.A. 195-6919
- (27) Morello, "La justicia, de frente a la realidad", Rubinzal-Culzoni, pág. 27
- (28) L.L. 1990-A-86; Morello, "La Corte Suprema, el modelo de justicia de protección y las nulidades relativas en el proceso", J.A. 1989-IV-423; S.C.B.A., Ac. 71.380, 24/10/2001, voto en minoría
- (29) Ac. 84.818, 19/06/2002
- (30) 2/06/98, Fallos 321-t.2-1589
- (31) Sala I, 25/11/1996, L.L. 1997-C-658; con comentario de Bazan, "El interés superior del niño como criterio de atribución de la tenencia de los hijos"
- (32) Fallos 312-2, 1580
- (33) Sala II, "T.C.A c/ M.J.s/ tenencia", 6/04/01, L.L.B.A. 2001-1443, con comentario de Hollweck-Medina, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como un alternativa

frente a determinados conflictos familiares"; de Schneider, "Un fallo sobre tenencia compartida", misma publicación

(34) Ac. 47.117, "C. de S.L.A c/ S.L. s/ divorcio", 16/8/94, D.J.J.B.A. 147-189

(35) 15/02/2000, L.L. 2000-C-423

(36) Pitrau, "Guarda de Menores", Enciclopedia de Derecho de Familia, II-461; mismo autor, "La guarda de menores", Revista de Derecho de Familia, 4-50

(37) S.C.B.A., Ac. 34.861, 17/11/87, Ac. y Sent. 1987-V-68

(38) C.C.C. Morón, Sala I, 25/06/1998; en similar sentido, "E.J. y otros s/ art. 10 ley 10067", 23/09/1999, L.L. 2000-D-351, J.A. 2000-IV-32, E.D. 191-41

(39) C.C.C. Azul, Sala II, 16/03/2000, L.L.B.A. 2002-79

(40) C.C.C. Morón, Sala I, 9/10/1997, L.L.B.A. 1998-774

(41) Waigmaister, "Adopción y mejor interés del niño", Revista de Derecho de Familia, 16-238; Fleitas Ortiz de Rozas, "Condiciones sustanciales y prioridades en el otorgamiento de la guarda preadoptiva", L.L. 2000-D-351; Chechile, "Guarda de hecho y adopción", J.A. 2000-IV-32; Suarez, "La guarda judicial provisoria de menores como medida tutelar y su nociva mutación en colisión con el interés superior del niño", E.D. 191-413; Medina, "La guarda de hecho y la adopción", J.A. 1998-III-959; Biscaro, "Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción", J.A. 1998-III-993; Levy, "Régimen de Adopción", pag.63; Ludueña, "La guarda de hecho en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones", J.A. 2000-II-910

(42) C.N.Civ., Sala A, 12/5/98, L.L. 2000-D-350

(43) Sala 3º E.D. 192-171, con comentario de Molina, "La guarda para adopción. El dolor de los niños sin familia y las deficiencias del Estado. Algunas pautas para mejorar las cosas"

(44) Sala 2º, 23/09/1999, E.D. 186-234; J.A. 2001-I-22, comentado por Mizrahi, "La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño"; Baliero de Burundarena-Carranza Casares-Herrera, "La elección por la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño", L.L. 2001-F-1101

(45) S.C.B.A., Ac. 73.814, ya citado; en el mismo sentido voto del Dr. de Lázzari en Ac. 78446

(46) Lloveras, "La Adopción", pág. 142; Minyersky y Levy, "La autonomía de la voluntad y la adopción", Revista de Derecho de Familia, 15-82; Jaüregui, "El Registro de Aspirantes a adopción", D.J. año XVII, n. 35, pág. 1233

(47) Morello, ob. cit.; Bruñol, "El interés del niño en el marco de la Convención, Infancia, ley y Democracia en América Latina", 1998, pág. 69