

**EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE
SU PROTECCIÓN INTEGRAL**

*“Los adultos se inquietan cuando los chicos
hablan de sus derechos. Hay que saber que no buscan dominar,
sino lograr una concertación que los ayude a crecer”*

Eva Giberti – Diario Clarín -14/07/03

La Convención Sobre los Derechos del Niño - Debido proceso - Proceso justo Constitucional - Derecho del niño a ser oído - Juicio propio - Contacto directo del juez con el niño - Extensión de esta exigencia legal a todos los procesos - Doctrina legal de la S.C.B.A. - Oportunidad - Directamente o por medio de un representante? - Proceso, intermediación, audiencia - Valoración - Interés superior del niño - Alcance - Concepto - Tiempo razonable - Flexibilización de los principios procesales - Recurso extraordinario - Conflicto de intereses entre el de los adultos y el del niño - Guarda de hecho y guarda judicial delegada - El interés superior según la Corte Federal - Doctrina legal -

Pretendo en estas líneas analizar la evolución de la jurisprudencia y de la legislación hacia la protección integral de los derechos constitucionales del niño y del adolescente.

En el siglo XX se produjo el reconocimiento que los niños y adolescentes son personas, esto es, 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 sus angustias, de sus alegrías, de su superior interés, cuya valoración en definitiva dependerá de una decisión judicial.

El siglo XXI marca el desafío de cómo darles operatividad a esos derechos de jerarquía constitucional., ya que “los derechos consagrados en la Constitución y los Tratados requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidos a simples afirmaciones de deseos” (1).

Es que cuando una 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 -C.S. Fallos 319:2411, 3148 y 323:4130; “Portal de Belén Asoc. Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (2) - S.C.B.A. Ac. 78.446 27/10/01-.

LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención Sobre los Derechos del Niño (3), está en la cabecera del derecho argentino, así lo dicta el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional “los tratados tienen jerarquía superior a las leyes”. “No sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango suprallegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación

producida en 1994”- **S.C.B.A. Ac. 72.890 19/02/02 - Ac. 89.299 23/11/05**, voto Dr. Hitters-.

Otorga la Convención que tutela sus derechos al vocablo niño una acepción amplia que comprende al hombre en sus diversas etapas del desarrollo, desde la concepción y hasta los dieciocho años de edad (art. 2, 3er. pár. de la ley 23.849). Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley (4). Expresamente dispone la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (5) que la Convención Sobre los Derechos del Niño “*es de aplicación obligatoria...en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad*” (art.2) y la ley “De la promoción y protección integral de los derechos de los niños” (6) establece que “*quedan comprendidas en esta ley las personas desde su concepción hasta alcanzar los dieciocho años de edad, conforme lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando se menciona a los niños quedan comprendidos, en todos los casos, las niñas, las adolescentes y los adolescentes*” (art. 1).

Si se considera a los niños y adolescentes como objeto de protección, basándose en lo que no tienen, no saben o no son capaces, no serán sus derechos los que deben ser protegidos, sino el niño mismo -doctrina de la situación irregular-.

Si en cambio, se los considera como titulares de derechos, son éstos los que merecen protección -doctrina de la protección integral-. Ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “los Estados se comprometen a abandonar la concepción del niño como “incapaz”, logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección integral”-O.C. 17/02-.

En esta concepción que los niños son sujetos de derechos, se enrolan desde hace tiempo, tanto la Corte Federal cuanto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - **C.S. 29/10/97 Fallos: 310:2214; S.C.B.A. Ac. 55.828 9/2/99 - Ac. 66.519 26/10/99 - Ac. 71.303 12/4/00 - Ac. 71.380 24/10/01** -.

A nivel legislativo, la ley 13.298 al disponer que para “*determinar el interés superior del niño se debe apreciar la condición del niño como sujeto de derechos*” (art. 4.a) y la ley 26.061 al sostener que “*se debe respetar su condición de sujeto de derecho*” (art. 3.a).

La CDN es el primer instrumento jurídico internacional que establece derechos humanos para el niño. El conjunto de derechos fundamentales no aparecían en textos anteriores. Reconoce derechos civiles semejantes a los adultos, plasmados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (7).

Es un instrumento contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección de los derechos de todas las personas.

Sienta el artículo 16 de la Constitución Nacional el principio de igualdad “*todos sus habitantes son iguales ante la ley*”, precisando el artículo 51 del Código Civil que “*todos los habitantes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”, y los niños no están excluidos.

“El principio de igualdad ante la ley consiste en el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Igualdad que consiste en aplicar a los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” (8). “El principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren

un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Ese trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños” (9).

DEBIDO PROCESO

Constituye su esencia la oportunidad o posibilidad suficiente de participar (o tomar parte) con utilidad en el proceso (10). La versión histórica del artículo 18 de la Constitución Nacional: “*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*” se fue vivificando con la normativa de los Tratados y de las doctrinas de los Tribunales Transnacionales hasta arribar al concepto de proceso justo. “Lo más destacable es el haber girado el punto de vista desde el cual se formulan los fundamentos de la garantía y que es la perspectiva del justiciable, del que reclama a la jurisdicción la tutela efectiva” (11).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, revoca lo resuelto por el juez de primera instancia e hizo lugar al cambio de guarda provisoria de la menor R.P.S., impetrado por la querellante en la causa principal. Sostuvo que los elementos incorporados a la causa no permitían dudar que la menor es hija de M.G. de V. y nieta de D.R.M. de G., a quien asiste derecho a la guarda, y de la carencia de derecho de S.S. para retenerla, toda vez que el título legal que pretendía ostentar la madre adoptiva lo había logrado mediante engaño, ya que sería autora del delito de retención y ocultamiento de una menor de diez años. Interpuso S.S., procesada en dicha causa y madre adoptiva de la niña, recurso extraordinario.

Sostuvo la Corte Federal que R.P.S. es hija adoptiva de S.S. en virtud de una sentencia de adopción plena, que de acuerdo con la ley sustituye a la filiación de origen, y extingue el parentesco con los integrantes de su familia de sangre, y tal situación no puede ser modificada en este legajo, sino por la vía civil pertinente. Declara la Corte, por mayoría, la nulidad de algunas actuaciones de dicho incidente (12).

Se califica a este fallo como un “modelo de justicia de protección o acompañamiento” (13), verdadero activismo del Superior Tribunal que aparece como director del proceso para lograr la justicia en el caso concreto, y en tal línea dispuso:

- escuchar al menor y producir informes psicológicos
- la tenencia es susceptible de recurso extraordinario cuando existe un gravamen a la salud y a los intereses del menor, de imposible o insuficiente reparación ulterior
- debe consultarse la opinión del menor en materia de guarda
- consagra el principio de la protección integral del niño.

PROCESO JUSTO CONSTITUCIONAL

Podemos destacar entre las características del proceso justo constitucional para el niño y el adolescente:

- el derecho que le asiste a ser oído por un juez
- que sea debidamente representado
- que se dispongan medidas cautelares, tutela urgente y anticipatoria de acuerdo a las necesidades que deben protegerse
- el derecho a la resolución del conflicto en un tiempo razonable, “*las causas deberán decidirse en tiempo razonable*” al leer del artículo 15 de la Constitución Provincial.

Cuando la ley 26.061 en su artículo 27 consagra las garantías en los procedimientos judiciales, establece que, además de todos los aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, se deberá garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial que lo afecte los siguientes derechos y garantías:

- a) *a ser oído*
- b) *a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte*
- c) *de ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial que lo incluya...*
- d) *a participar activamente en todo el procedimiento*
- e) *a recurrir al superior frente a cualquier decisión que lo afecte.*

Es terminante la ley al establecer que la omisión en la observancia de los deberes que corresponden a los órganos gubernamentales, habilita a interponer las acciones judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos a través de medidas expeditas y eficaces (art. 2).

La Suprema Corte de Buenos Aires al expedirse sobre la constitucionalidad de la ley 12.607, dejó sentado que la ley garantiza el acceso de niños y adolescentes a la jurisdicción (14).

DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Entre todos estos derechos constitucionales emerge el derecho del niño a ser oído, insertándolo entre las disposiciones que constituyen el conjunto de libertades fundamentales del niño y que no aparecían en textos anteriores, incorporándolo la CDN en su artículo 12:

1. *“Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con la normas del procedimiento y de la ley nacional”.*

Establece en el primer párrafo el derecho del niño a ser oído 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 y el adolescente no puede estar ajeno a la efectivización de este derecho constitucional, que es parte inescindible del derecho de defensa:

¿de qué valdría el derecho a ser oído si no lo puede ejercer de modo útil y eficaz?

¿cómo podemos defender sus derechos sin oírlo?

¿cómo podemos determinar su superior interés -art. 3.1 CDN- sin oírlo?

Los derechos constitucionales del niño a ser oído y la valoración de su superior interés van de la mano.

Dispone la Resolución de la Procuración General de la Corte n° 277/ 94 (15) que los Asesores de Menores deberán “*cumplir los actos tendientes a la impulsión el proceso, al resguardo de la defensa de los intereses de sus representados, y al ejercicio del derecho que tienen de expresar su opinión libremente ante el Juez de la causa o de ser oído en todo procedimiento que lo afecte*” (art. 3).

A su turno, la ley 26.601 consagra que “*las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciable*”s (art 2), “*el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta*” (art. 3.a) y en el art. 19, al consagrar los Derechos a la Libertad incluye el de “*c) expresar su opinión en todos los procesos judiciales que puedan afectar sus derechos*”

Reza el art. 4 de la ley 13.298 que “*para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar:*

a) *la condición de los niños como sujetos de derechos*

b) *la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psico-físico.*”.

JUICIO PROPIO

¿Desde que edad un niño está en condiciones de formarse un juicio propio?
Según el Diccionario de la Real Academia Española, juicio: es la facultad del alma, en cuya virtud el hombre puede distinguir entre el bien y el mal y lo verdadero de lo falso y propio: es lo peculiar de cada persona.

Si la legislación sustantiva considera al menor de diez años responsable de sus actos ilícitos, porque son el resultado de la libre determinación, es entonces que a esa edad distingue el bien del mal, lo verdadero de lo falso, esto es, puede formarse un juicio propio -artículos 897- 903 - 1114 - 1076 Código Civil-.

Pero entiendo que, no puede partirse de parámetros cronológicos y generalizar, por debajo de esa edad los niños deben ser oídos. Prueba de ello es que las leyes de protección integral no determinan la edad a partir de la cual el niño debe ser escuchado. El art. 2 de la ley 26.061 es terminante “*cualquiera sea la forma en que se manifieste*” y el art. 4.b de la ley 13.298 usa la expresión “*la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psico-físico*”.

La Convención es imperativa “*se dará la oportunidad*”, pero lo que es fundamental e insoslayable es el contacto directo del juez con el niño. El niño necesita la mirada de su juez, como dijera en su magistral voto el Dr. Mercader (16).

CONTACTO DIRECTO DEL JUEZ CON EL NIÑO

La ley de Patronato de Menores (17), al referirse al procedimiento en general dispone imperativamente que “*el juez tomará contacto directo con cada uno de los menores a su disposición, orientando el diálogo al conocimiento de las particularidades del caso*” -art. 22-, directiva que reitera tanto al tratar el procedimiento asistencial -art. 40- cuanto al tratar el procedimiento civil -art. 47-.

Al tratar los recursos, establece que la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial “*deberá tomar conocimiento personal y directo del menor, bajo pena de nulidad*”. Invariablemente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires anula de

oficio la sentencia si la Cámara no cumple con esta exigencia legal, sosteniendo que la “gravedad de la sanción no es sino la exteriorización del sentido eminentemente tuitivo que caracteriza a la legislación de menores” (arts. 19 Pacto de San José de Costa Rica: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y 12.2 de la Convención)- **Ac. 78.446 27/06/01 - Ac. 71.380 24/10/01 - Ac. 84.856 26/02/00 -.**

Por el sentido eminentemente tuitivo de la legislación de menores también se expidió la Corte Federal in re “**S.R.P.**” (18). Debe primar la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente, cuando el tema ha sido objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (19).

“Atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige -bajo pena de nulidad- que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas, para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez”- **S.C.B.A. Ac. 41.811 10/10/1989, Ac. y Sent. 1989-III-647 - Ac. 56.195, Ac. y Sent. 1995-III-852 - Ac. 73.814 27/9/2000, DJJBA 193-6883 -.**

EXTENSIÓN DE ESTA EXIGENCIA LEGAL A TODOS LOS PROCESOS

Extendió el Superior Tribunal Provincial la aplicación de esta norma a todo proceso, sosteniendo que el art. 50 de la ley 10.067, debe ser aplicado a todos los procesos, independientemente del fuero donde tramiten, ello así, para estar acorde a garantías constitucionales dirigidas al debido proceso de menores comprensivo del derecho del niño a ser oído en función de lo establecido en el art. 12 de la CDN. Restringirlo a dicho ámbito los colocaría en una situación de desigualdad, tanto más que la norma citada no hace distinción alguna.

La Sala 1º de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirmó el fallo de Primera Instancia que otorgó la tenencia del menor a su padre, sin haber escuchado previamente al niño, por lo que la Corte anula la sentencia. Extiende la aplicación del art. 50 de la L.P., por la identidad del bien jurídico tutelado y la jerarquía constitucional de la normativa de la que emana su derecho a ser oído, restringirla al fuero de menores colocaría al niño en una situación de desigualdad cuando la norma constitucional no hace distinción alguna, declarando aplicable la norma a todo procedimiento donde el niño sea destinatario de una resolución judicial. Sostiene el Dr. Hitters que el interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades específicas del niño o joven, necesidades éstas de las cuales se puede tener conocimiento entre otros elementos tomando contacto directo con aquél, o sea escuchándolo (el subrayado me pertenece) -**S.C.B.A. Ac. 71.380 24/10/01 -“O.N.L. v. P.D.E. s/ tenencia”-.**

Se había declarado en situación de abandono y en condiciones de adoptabilidad a B.I.P, con relación a su menor madre C.S.P. y a sus abuelos maternos. Entendió la Corte que la exigencia del art. 50 es insoslayable, por lo que previo a decidir, le impone a la Cámara tomar contacto directo con la pequeña -no obstante su edad- y con su madre biológica. Es necesario que el Juez cuente 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 niño- **Ac. 84.856 16/02/03 -“P.C.S. y P.B.I. s/ art. 10 ley 10.067”-**.

Posición que reitera en **“S. de R., S. vs. R., J.A. s/ divorcio contradictorio”**, anulando de oficio la sentencia del Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro, por no haberse oído a los niños previo a resolver sobre la tenencia y régimen de visitas -**Ac. 78.728 2/5/02-** (20).

DOCTRINA LEGAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La doctrina legal en los términos del art. 279.1 C.P.C.C. nos ubica frente a un supuesto de obligatoriedad de la jurisprudencia, ya que forma parte del mecanismo de control casatario que lleva adelante nuestra Suprema Corte de Justicia respecto de sentencias definitivas dictadas por los tribunales de toda la provincia. Por vía indirecta la ley consagra su obligatoriedad, ya que erige a la violación o errónea aplicación de la doctrina legal en una de las causales de procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal.

Si bien es cierto que los jueces de las Cámaras de Apelación o de los Tribunales Colegiados de Instancia Única, resuelven conforme a la letra de la ley, no lo es menos que, si se apartan de la jurisprudencia de la Corte, este tribunal tiene mandato legislativo para dejar sin efecto la sentencia (21).

Es necesario, por razones de celeridad y economía procesal, adoptar en todas aquellas cuestiones que afecten los derechos constitucionales de los niños, los pronunciamientos del Superior Tribunal Provincial, ya que una de las características del proceso justo constitucional es el de decidir las causas en tiempo razonable.

Del análisis de los fallos precedentes, ha quedado establecida como doctrina legal que:

- la CDN 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 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
- la tenencia y el derecho de comunicación de los padres con sus hijos no convivientes, son medidas que no sólo conciernen a los padres sino a los niños cuyo interés superior debe ser evaluado en todos los casos. La opinión debe pasarse 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 desvirtuará la finalidad que persigue.

No se le confiere intervención al niño como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afecten algún aspecto de su vida. Escuchar al niño es resguardar el derecho que le asiste de expresar libremente su opinión en todo asunto que lo afecte y que la misma sea debidamente tenida en cuenta, valorándola el juez en función a la edad y a la madurez (art. 12 CDN).

OPORTUNIDAD

- Debe oírsele en cualquier oportunidad y tantas veces como sea necesario, previamente a resolver una cuestión que pueda afectarlo

- Debe citárselo en todas las instancias y aún en las extraordinarias

Corte Suprema - “S.R.P.” (22) - S.C.B.A. Ac. 78.728 2/05/02 - “S de R., S. vs. R., J.A. s/ Divorcio Contradictorio” (23) - Ac. 85.958 12/12/03 - “M.J.M. s/ art. 10 ley 10.067, recurso de queja”-.

Sostuvo la minoría que “si por lo dilatado de las actuaciones judiciales, la nulidad del fallo que incumplió la exigencia del art. 50 del dto-ley 10.067/83 perjudica el interés del menor, prolongando inconvenientemente la definición de su situación, y ha mediado un debate previo suficientemente amplio, corresponde a la Corte los convoque a audiencia para escuchar su opinión sobre el tema a decidir y luego de ello resolver el conflicto” -S.C.B.A- Ac, 71.380 24/10/01-.

DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE?

El niño será escuchado “*directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado*”, así dispone el artículo 12.2 CDN. La conjunción “o” denota alternativa y da idea de equivalencia, que es lo mismo. Pero entiendo que su redacción no ha sido feliz.

El niño debe ser escuchado directamente por el juez, sin perjuicio que esté representado -arts. 57 inc. 2 y 58 Código Civil-, o que actúe el Ministerio Pupilar ejerciendo la representación promiscua -art. 59 código citado-, pues bastaría la intervención de estos últimos para que el niño no sea escuchado y nada más lejos del espíritu de la Convención. No debe confundirse el derecho del niño a ser oído con el derecho, que también le asiste, de tener un representante.

Es doctrina reiterada por el Superior Tribunal Provincial que “la representación que el Asesor de Menores ejerce, como parte esencial en el procedimiento, investido de todas las atribuciones necesarias para controlar el efectivo cumplimiento de las normas destinadas a proteger al menor, no suple ni por ende subsana la omisión del contacto personal” - Ac. 41.811 10/10/89, Ac. y Sent. 1989-III-647 - Ac. 56.195 17/10/95 - Ac. 78.446 27/06/01 - Ac. 71.380 24/10/01 -.

Contrariamente, la Corte Suprema in re “**Wilner, Eduardo M. vs. Osswald, María G.**” sentó la doctrina que no es imperativo la consulta directa al niño. “La intervención del asesor de menores en ambas instancias, satisface la obligación que le impone el art. 12 de la CDN a los Estados de garantizarle al niño el derecho a ser oído” (24). Lo reitera en “**Quintana Elsa c/ Caja Nac. de Previsión de la Ind. y Com. y Activ. Civiles**” (25), agregando que “la intervención del Defensor General cubre debidamente la protección de los derechos de la menor interesada en la sustanciación del recurso extraordinario articulado” (26).

PROCESO – INMEDIACION – AUDIENCIA

Debe escuchárselo:

- en todo tipo de procesos, siempre que haya que decidir una cuestión que lo afecte
- debe ser oído personalmente por el juez, garantizándose la inmediación y la celeridad
- en audiencia privada, con la presencia del Asesor de Menores -art. 23.2 ley del Ministerio Público (27)
- dejando de lado el principio de publicidad mediante resolución fundada velando por la intimidad del niño -art. 125 inc. 1° C.P.C.C.-
- sus dichos no se volcarán en acta, sólo constará que fue oído
- sus dichos no se valorarán como medio de prueba sino como información para conocer la realidad que lo afecta.

VALORACION

- Oírlo no significa aceptar incondicionalmente sus deseos
- sus deseos no conforman la decisión misma
- el juez valorará la información recibida como un dato de la realidad
- resolverá con conocimiento de la realidad que lo circunda y la valorará como un dato más junto con las pruebas aportadas (art. 384 C.P.C.C.)
- el interés superior del niño reclama, en definitiva, que las decisiones que lo afectan no se tomen a sus espaldas.

“Oír al menor no necesariamente es equiparable a aceptar sus deseos. Será el juez, teniendo en cuenta el mejor interés del niño, quién tomará la decisión idónea, sopesando la información recogida directamente como un dato más a ser evaluado junto con el restante material probatorio”- **S.C.B.A. Ac. 71.380 24/10/01**, “**O., N.L. c/ P., D.E. s/ tenencia de hijo**”, op. Dr. de Lazzari - **Ac. 78.728 - 2/05/02**, “**S. de R., S. c/ R., J.A. s/ divorcio contradictorio**”-.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Constituye la clave de bóveda de la Convención, disponiendo que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen...los tribunales...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” - art.3.1-.

Concepto reiterado tanto por la Corte Federal in re “**S.C. s/ adopción**” (28), cuanto por la Suprema Corte Provincial - **Ac. 73.814 24/09/00 - Ac. 71.30 24/10/01 - Ac. 78.013 2/04/03**-.

“La CDN traída a nuestro derecho positivo inicialmente por la ley 23.849 y con jerarquía constitucional a través de su incorporación, en el año 1994, al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, impone en procesos como el de adopción, resguardar el interés superior del menor (arts. 9.1 y 9.3) y que sus opiniones sean escuchadas conjuntamente con las de todas las partes interesadas (arts. 9.2 y 12.2)” - **S.C.B.A. Ac. 72.890 19/02/02** (op. Dr. Hitters).

Este principio rector opera:

- en todas las ramas del derecho
- sea que el niño intervenga: como parte procesal, como tercero o que sus derechos resulten alcanzados al resolverse un conflicto (29)
- debe ser apreciado en todas las instancias, aún en las extraordinarias - **S.C.B.A. Ac. 85.958 12/03/03**, “**M.J.M. y otros s/ art. 10 ley 10.067**”-.

Existe una absoluta equivalencia entre el interés superior y los derechos fundamentales del niño. **El interés superior es nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos.**

ALCANCE

- Posee un contenido indeterminado ya que es una idea en permanente evolución y transformación, que varía entre los distintos Estados ratificantes según sus pautas culturales y sociales
- Es de contenido flexible, porque es necesario acomodarlo a cada situación a resolver, interpretando las particularidades de cada caso y valorándolas conforme con las reglas de la sana crítica (art. 384 CPCC).

CONCEPTO

El Superior Tribunal Provincial lo ha conceptualizado 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 en el futuro transformarse en algo pertinente” - **Ac. 66.519 26/10/1999 - Ac. 71.303 12/04/00 - Ac. 78.099 28/03/01 - Ac.78.446 27/06/01, votos del Dr.Pettigiani - Ac. 84.818 19/06/02 - Ac. 78.013 2/04/03-**

Los derechos reconocidos en la ley 26.601 “*están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño*”-art.1-, conceptualizándolo como “*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”-**art.3-**. A su turno, el artículo 4 de la ley 13.298 lo define como “*la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad*”. Para determinar el interés superior del niño, en una situación concreta, se debe apreciar:

- a) la condición de los niños como sujetos de derechos
- b) la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico.”

La expresión “interés superior del niño”, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas de todos los órdenes relativos a la vida del menor” (Opinión Consultiva 17/2002).

De la mano del interés superior 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.

TIEMPO RAZONABLE

He señalado que una de las características del proceso justo constitucional para el niño y el adolescente es la solución del conflicto que lo afecta en tiempo razonable, íntimamente ligado con la satisfacción de su interés superior, o sea, la satisfacción integral de sus derechos.

En tal sentido, nuestro más Alto Tribunal Nacional ha señalado categóricamente la trascendencia que el paso del tiempo reviste para un niño en orden al aseguramiento de sus derechos fundamentales (30).

En algunos pronunciamientos, la Suprema Corte de Justicia por mayoría, anula la sentencia por no haberse tomado en la instancia inferior contacto directo con el niño (art. 50 ley 10.067), la minoría sosteniendo que toda regla admite excepciones, antepone a la norma procesal el interés superior del niño. “Es que cada paso del proceso, cada foja y cada diligencia consumen días, meses y años, mientras tanto el niño espera con incertidumbre quién 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” - **Ac. 73.814 27/09/00 – Ac. 71.380 27/10/01 - Ac. 78.446 27/06/01 -**.

FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Ligado al tiempo del proceso merecen destacarse algunos pronunciamientos donde se han flexibilizado los principios procesales.

Es así que la férrea limitación que proviene del principio de congruencia puede colisionar, con ciertos derechos legalmente irrenunciables estatuidos por reglas imperativas de orden público. Una cierta flexibilización de dicho principio debe ser admitida bajo presión de las circunstancias, entre ellas, la excesiva duración del proceso (31).

En tal línea de pensamiento, en la causa “**G.,F.S. s/ adopción**”, se dedujo recurso extraordinario de nulidad que se declaró procedente por haberse omitido escuchar la opinión del adolescente. La importancia de este precedente reside en que los jueces abordaron la opción de que la Corte se arrogara competencia positiva y resolviera el fondo de lo planteado, en atención a las particularidades del caso, lo que no prosperó por mayoría.

La guardadora comparece al tribunal exponiendo que el adolescente, a quien su madre le había confiado su cuidado, convivía con ella desde el nacimiento acaecido el 3/07/81. Con fecha 10/08/84 se le otorga la guarda, promoviendo el juicio de adopción plena el 10/07/85. La madre biológica luego reclama la restitución. Después de dieciséis años de iniciado el juicio “para ventilar nada menos que la inserción de una persona en el mundo del más benéfico e intenso de los sentimientos, el amor, no se había hecho nada al respecto”. Se le mantiene cuando ya cuenta con diecinueve años sumido en la incertidumbre, cuando él ya había reiteradamente expresado su opinión que deseaba permanecer con la guardadora y no con su madre de sangre. “Entiendo, expresa el Dr. Pettigiani, que corresponde a esta Corte asumir la competencia positiva, para poner fin a esta larga controversia y fijar en forma definitiva los derechos de las partes, brindando en particular estabilidad a la precaria situación que el menor ha debido sobrellevar durante su infancia, consolidando de este modo la identidad y posibilitándole proyectar

su futuro”. Propone al tribunal arrogarse la competencia positiva y otorgar la adopción simple, para que el adolescente no pierda el contacto con su madre biológica, todo ello en aras de su superior interés. El reenvió que impone el art. 298 del Código ritual, “carece de imperatividad frente a un texto constitucional” que como ocurre con el art. 3.1 de la CDN “compele al juzgador a priorizar la solución aún procesal que más convenga al interés superior del niño” - **Ac. 72.890 19/02/02 -**.

Los padres biológicos habían solicitado la restitución de su hija biológica, a la par, los matrimonios S.R.(guardadores hogar de tránsito) y H.B. (guardadores lista de Aspirantes a Adopción) discutían la guarda con fines de adopción, todo lo cual no había sido resuelto.

“El interés superior del menor que consagra el art. 3 de la CDN –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 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 Const. Nac; 15 Const. Prov.; 3, 5, 6-2, 10-1, 21 a C.D.N.; 8.1, 19 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica).

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. Consideró necesario imprimirle a la causa un trámite urgentísimo, estableciendo un conjunto de pautas procesales 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 las notificaciones, que la prueba se recepcione 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.

Este importante fallo, compatibiliza la razonable duración del proceso, evitando mayores perjuicios a la menor por la indefinición de su situación con el resguardo de todas las garantías indispensables para que las partes cuenten con un proceso justo - **S.C.B.A. “A.S. s/ art. 10 ley 10.067” - Ac. 84.418 19/06/02 -**.

La Corte Federal en “**A.D.E.**” había sentado que es menester “una participación 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 de sus propias atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias”- **2/06/98 - Fallos 321:1589 -**.

Corresponde conferir la tenencia compartida o alternada de un menor a ambos progenitores, si el niño manifestó la necesidad de estar más con su padre y entre los padres se han generado varios conflictos, sin que pueda determinarse que uno es mejor que el otro para otorgarle la tenencia, pues el precepto básico que rige la materia y, sin soslayar la preferencia que por la madre confiere la ley a los menores de cinco años, es el interés superior del menor (arts. 3,9 y 10 CDN).

En este precedente se otorga la tenencia compartida cuando el padre y la madre la habían solicitado para sí, priorizando el interés superior del niño. Se valoró la opinión del niño que deseaba estar más tiempo con su padre, declarando 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”- **Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, 6/04/01, “T.C.A. c/ M.J. s/ Tenencia”**- (32).

En la causa **“T.A.D. s/ adopción”**, el adoptado mantenía contacto con su madre biológica y desde su infancia había respondido al apellido de la 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 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 CDN. 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 Federal 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. El adoptado contaba con 19 años de edad y desde su infancia había respondido al apellido de la familia biológica, manifestando su deseo de conservarlo.

El art. 330 del C. C .sólo establece como recaudo para la adopción simple que sea más conveniente para el menor. No obsta a ello que la sentencia hubiera sido consentida habida cuenta 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 y a fin de evitar más dilaciones, resuelve sobre el fondo del asunto otorgando la adopción simple, valorando su superior interés.

Sentencia elogiada por valorar el interés del adolescente y a fin de evitar dilaciones resuelve sobre el fondo del asunto (33).-

“En un proceso de privación de la patria potestad, considerar competente a un juez distinto al del domicilio de la demandante y de la niña, implicaría trabar su desarrollo, siendo el mismo Estado quien debe facilitar y asegurar que el proceso judicial sea el vehículo natural para la resolución de las controversias.

El interés superior del niño debe considerarse no sólo respecto de las soluciones que atañen al fondo de la cuestión -en el caso, privación de la patria potestad-, sino también en lo atinente a la determinación del juez competente” (34).

RECURSO EXTRAORDINARIO

A los fines de resguardar los derechos de los niños y adolescentes y en aras de su superior interés, se admite llevar el debate al máximo nivel jurisdiccional.

Cabe hacer excepción al principio que establece que las decisiones referentes a la tenencia provisoria de menores no configura sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario, en aquellos casos en que podría configurarse un gravamen a la salud y a los intereses de la menor, de imposible o insuficiente reparación ulterior - **C.S. “S.R.P.”**- (35).

Si bien la Corte Federal tiene decidido que las resoluciones adoptadas en un proceso cautelar no revisten el carácter de definitivas a los fines del recurso del art. 14 de la ley 48 (Fallos 267:432; 310:681; 313:116, 279, 1420), corresponde hacer excepción a tal doctrina cuando median circunstancias que podrían causar un perjuicio a las relaciones materno filiales de muy dificultosa reparación ulterior - **“A.D.E. s/ incidente de familia”** - (36).

Aunque la decisión sobre guarda es mutable en el curso de un proceso, la especial incidencia que ella tiene en la vida actual y futura de los niños ha llevado a la Corte Federal a equipararla a sentencia definitiva y habilitar el recurso extraordinario, por la existencia de un riesgo cierto para la salud física y psíquica de los niños - **“S.S.F. y otros s/ art. 8 ley 4664”**- (37).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en consonancia con los precedentes anteriores, ha entendido “que teniendo en cuenta la importancia y trascendencia de las resoluciones recaídas en materia de menores, no obstante que puedan modificarse en beneficio de éstos, pueden motivar un agravio de compleja o imposible reparación ulterior por las graves consecuencias que pueden derivarse para la salud y bienestar de los menores, a quienes se tiende a dar protección, resulta razonable equipararla a la sentencia definitiva de los artículos 278 y 296 del C.P.C.C.” - **Ac. 47.117 16/08/94 (38) - Ac. 63.129 20/08/96 -**.

CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EL DE LOS ADULTOS Y EL DEL NIÑO

En tales supuestos debe priorizarse sobre los intereses de los adultos el interés superior del niño.

El interés superior de los arts.3.1 y 9.1 de CDN 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 (39).

“El niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto”. Frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño” - **C.S. “S.C. s/ adopción”**- (40).

El interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del modo que resulte el mayor beneficio para el menor. De esta manera frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño - **S.C.B.A. Ac. 84.418 19/06/02 - “C. G. c/ M.S. s/ tenencia” - Ac. 87.832 28/07/04 -**.

El conflicto se suscita entre los derechos que esgrime 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.

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 (41).

Al respecto dispone la ley 26.601 que “*cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*” -art. 3 in-fine-. En idéntico sentido la ley 13.298 expresa que “*en aplicación del principio el interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*” -art.4 in-fine-.

ASESOR DE MENORES

El Asesor de Menores es parte legítima y esencial en el proceso, debiendo realizar todos los actos procesales de parte -ofrecer prueba, controlarla, oponer defensas, impulsar el proceso, recurrir, sostener los recursos ordinarios y extraordinarios...-, suplir o complementar, en definitiva, la defectuosa defensa de los intereses de los niños y adolescentes por sus representantes necesarios, sin perjuicio de petionar por propia iniciativa (artículos 57.2, 58, 59, 493 (argumento), 494 del Código Civil).

Es imperativa la ley del Ministerio Público al establecer que *corresponde al Asesor de Incapaces “petionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes, o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa”*-art. 23.3-.

“*Los Asesores de Incapaces deberán “cumplir los actos tendientes a la impulsión el proceso, al resguardo de la defensa de los intereses de sus representados”* -art. 3, Resolución nº 277/94 de la Procuración General de la Corte-.

Los padres, por derecho propio, dan poder para entablar un reclamo por daños sufridos por su hijo a raíz de un accidente ocurrido en el Club demandado. Al no estar legitimados activamente, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores, deniega la actuación de la pretensión respecto de la indemnización por incapacidad sobreviviente y por daño moral. Rechaza el Superior Tribunal Provincial el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

“La representación promiscua de la que habla el art. 59 C.C. importa el ejercicio de un rol preponderante en este tipo de procesos, dirigido a la protección del niño y que en esos casos extremos puede llevarlo aún a contraponerse a la voluntad de los representantes legales.”

Esta participación “que por regla es promiscua o conjunta respecto de la que corresponde a los padres puede y debe transformarse en directa y principal cuando se advierta que los intereses del menor no se encuentran a buen resguardo debido a la conducta que sus progenitores despliegan en el juicio”. “Ello forma parte de la responsabilidad que compete a quien ejerce esta función en pos de la vigencia plena de todos los contenidos normativos de la CDN que se ponen en juego a partir de que un menor de edad se ve involucrado en circunstancias que dan lugar a un proceso judicial, conformándose así a la categórica directiva que surge del art. 3 de la misma”.

Si bien desde la perspectiva gramatical, pudiera inferirse que los actores obraron solamente por su propio derecho, esta afirmación es solo aparente, tomando en cuenta el alcance restringido que prescribe el art. 1078 del C.C. y el art. 46 del C.P.C.C. al referirse a la intervención de los padres aparece consagrada de una manera amplia y desformalizada, ya que ni siquiera pesa sobre ellos la carga de acompañar las partidas correspondientes. Ello conduciría a una actuación disvaliosa para el menor, ya que sería

víctima de absoluta privación de justicia (arts. 5 y 10 Constitución Provincial y 3.1 CDN). Luego de remarcar que no posee explicación la intervención que le cupo al Ministerio Público a lo largo del proceso, propone rechazar la excepción de falta de legitimación para obrar (voto en minoría del Dr. Pettigiani) - **“L. d. C., M.L. y otro c/ Club Ever Ready. Daños y perjuicios” - Ac. 84.102 10/05/06”-**.

GUARDA de HECHO – GUARDA JUDICIAL DELEGADA

Dispone la legislación de fondo en sus artículos 264 y 265 que *“la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos para su protección y formación integral”* y *“los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres”*. Cuando por alguna razón los padres no pueden ejercer la guarda, derecho-deber orientado a la protección integral, puede ser atribuida a terceros o a instituciones tutelares.

La guarda es el derecho-deber de los padres que está caracterizado por el reconocimiento legal de su autoridad y que deriva en el derecho-deber de convivir con los hijos y en la obligación de éstos de habitar con sus padres. Distinguiéndose la legal, que es aquella que la ley reconoce a los titulares de la patria potestad (art. 265 C.C.) y a los tutores (art. 377 C.C.); la judicial conferida por los jueces como órgano jurisdiccional y como medida proteccional (arts. 234 y 235 C.P.C.C.) y la de hecho, asunción fáctica de responsabilidades partiendo de un abandono o de la entrega por los padres a una familia.

La patria potestad es un derecho de raigambre constitucional, habiendo señalado la Corte Suprema que el derecho de los padres de sangre de decidir sobre la crianza y educación de sus hijos puede considerarse garantía implícita en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional -**“T.M.A.”** y **“F.M.J.”**- (42), teniendo ambos padres obligaciones comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo (arts. 18 CDN, 11 de la Constitución Provincial).

La guarda es la primera obligación que surge para los padres en el ejercicio de la patria potestad, ya que la inmediatez con el hijo es fundamental para cumplir el derecho-deber de la educación y formación. Ellos pueden cumplir esta obligación dejando al hijo en su casa, en otra casa, o en un establecimiento, delegación permitida por la ley que se efectúa siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño (arts 275, 276, 1115 y 1114 Código Civil).

La doctrina y la jurisprudencia se han mostrado en contra de cambios de guarda infundados e incluso proclives a admitir la guarda de hecho al momento de conferir la guarda preadoptiva en aras del superior interés.

Dispone el artículo 316 del Código Civil que *“la guarda deberá ser otorgada por el juez”*, 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 dado ante el juez, pero en modo alguno prohíbe la guarda de hecho. Lo que se prohíbe expresamente es *“la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”* - art. 318 código citado-. El proceso de adopción ha de ser seguro; por eso la intervención judicial en el otorgamiento de la guarda y la decisión final.

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 biológicos. Ante la declaración de incompetencia, las actuaciones se remiten al Juzgado de Menores, pidiendo la Asesora de Menores se de curso al trámite. El juez rechaza in

limine el pedido, disponiendo la internación de la menor, la que deja sin efecto la Cámara resolviendo que el recurso debe concederse con efecto suspensivo -arts. 275, 277 del C.P.C.C.-, reintegrando la niña a los peticionantes.

El Tribunal resolvió que “el artículo 317 del C.C. está acorde a la CDN -artículos 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 -incisos a, b, c y d del artículo citado-, con la intervención de los organismos técnicos, sin perjuicio de la del Ministerio Pupilar -arts. 59 y 494 C.C.-, elementos relevantes todos para garantizar la defensa en juicio que es inviolable al leer del art. 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 artículo 317 del Código Civil, manteniendo mientras tanto la situación de hecho - **Cámara Civil y Comercial Morón, Sala I, “R.H.D.E s/ Guarda-adopción” - 5/6/98 - R.S 127/98 -**.

Al no haberse cumplimentado los recaudos del artículo 317 del Código Civil, resolvió la Cámara que la denegatoria de la guarda preadoptiva deviene prematura, correspondiendo mantener la situación tutelar de la niña mientras tanto, sin perjuicio de lograr el acercamiento con sus hermanitos de sangre todos menores institucionalizados. La guarda conferida judicialmente constituye una típica medida tutelar consistente en la entrega de un menor a quien no es su representante legal, a fin de que le brinde la necesaria asistencia material y espiritual -**S.C.B.A. Ac. 26.455 - (43)**.

Estos guardadores asumen las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del menor, 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 del menor, sea de vigencia transitoria (44).

De ello se deriva, que la remoción del guardador no esté sujeta a los mismos trámites judiciales previstos para 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, al menos debe existir algún principio de prueba de su falta de idoneidad.

J. tiene 22 meses, desde los ocho meses vive con los guardadores, sus padres para ella. Ellos la criaron, le brindaron los cuidados especiales que necesitaba, la amaron y le dieron una familia, la única que conoce la niña, y ahora se la pretende separar para internarla junto a sus hermanitos, cuya situación tutelar aún no ha sido resuelta.

No confundamos el verdadero interés de J., con la conducta reprochable o no de los mayores. Castiguemos a los mayores si corresponde y por el cauce adecuado, pero no sancionemos a la niña privándola de una familia por la actitud incorrecta de aquellos, si así se creyera.

Es preferible mantener una medida tutelar que lleva ya catorce meses, tramo importantísimo en el desarrollo psicofísico de una niña a esta edad, ya que un cambio le provocaría irreparables consecuencias: ya sufrió el abandono de su propia madre, de su padre que no la reconoció, no le agreguemos ahora el abandono de los guardadores, para ella su familia” - **Cámara Civil y Comercial Morón - Sala I -“E.J y otros s/ art. 10 ley 10.097”- 23/9/99 - R.S. 173/99 - (45)**.

El niño había sido entregado por su madre a un matrimonio de su cocimiento a los cuarenta días, situación sujeta a control judicial por propia voluntad de los guardadores que instaron la intervención judicial. La Cámara Segunda de La Plata hizo lugar a la pretensión del matrimonio L.R.A. y D.A.C. otorgándole la guarda con fines de adopción

del menor J.V.. La Asesora de Menores deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ya que la guarda deriva de un acuerdo previo de partes y el matrimonio no se encuentra inscripto en el Registro de Postulantes.

La no inscripción en el listado de postulantes de guarda con fines de adopción (Acuerdos 2269/1988 y 2707/1999) “no puede erigirse en impedimento absoluto que motive por esa sola circunstancia rechazar el otorgamiento de la guarda, en tanto no se evidencie que el interés del menor pudiera estar comprometido, que ha mediado una maniobra fraudulenta, ardid o engaño. Se deben tener presentes las particularidades del caso y sobre la base de ellas tutelar los intereses del menor, tratando de reducir las consecuencias negativas del abandono que ha sufrido por parte de sus progenitores biológicos, impidiendo que situaciones de incertidumbre agraven el estado del amparado al someterlo a transferencias de guardas sucesivas”.

El niño no se encontró en la marginalidad, ni de hecho quedó en el abandono o peligro de tráfico legal, plataforma a partir de la cual es de aplicación el Registro Único de Aspirantes a la Adopción conforme los Acuerdos citados. No se puede subordinar el interés del niño al cumplimiento de un recaudo formal.

“No estoy convalidando situaciones preexistentes, ni que quede en manos de particulares el destino del menor. Solamente constato en autos que el tribunal permitió que el niño se integrara al núcleo que lo acogiera y dispuso una serie de medidas en relación a los guardadores y al menor, con la finalidad de apreciar y calificar, con la colaboración del equipo técnico, la aptitud para ser guardadores. Esa realidad del proceso no puede soslayarse” (voto que hizo mayoría del Dr. de Lázzari, con cita del precedente E.J. de la Cám. de Apelac. de Morón, arriba referido) - **S.C.B.A. Ac. 78.013 2/04/03 - “V. J.E. s/ inscripción de nacimiento y guarda con fines de adopción”-**.

Se concedió la guarda con fines adoptivos a un matrimonio, con quienes la niña convivía a partir de su nacimiento vía guarda provisoria. “Es improcedente restituir la menor a su progenitor pues su interés se ve mejor tutelado en manos de los guardadores, lo cual no importa la renuncia, abdicación o denegación de la realidad biológica, sino preferencia a la realidad afectiva en el marco de una arraigada y consolidada estabilidad familiar en el hogar provisto” - **Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul - Sala II - “G.S.P.A. c/ C.E.”-16/03/00 - (46).**

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 vida, 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 sí una incapacidad de derecho para la pretensa adoptante, estando la guardadora legitimada activamente para incoar la acción” **Cámara de Apelación Civil y Comercial Morón-Sala I- “G.S.D. s/ adopción plena” - 9/10/97- (47).**

“El hecho 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 que la justicia examine la conveniencia de tal decisión atendiendo al interés del menor”- **Cámara de Apelación Civil y Comercial de Corrientes - Sala 3º -“A.L.J. s/ situación”- (48).**

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 hacía dieciocho meses con la familia guardadora y habiendo ratificado reiteradamente la madre biológica su deseo de que con ellos permaneciera, se impone, en interés de la menor mantener la guarda conferida - **Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata-Sala II -“M.M.B s/ Inf. Ley 10.067”-23/9/99-** (49).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -Sala M- había declarado la nulidad de las resoluciones por las que el juzgado había decretado en estado de abandono al menor y otorgado su guarda con fines de adopción, rechazando la acción de restitución de la madre biológica; por lo tanto ordena la restitución del niño a su madre. La guarda había sido solicitada por un pedido de protección de persona efectuado por el Ministerio Pupilar del menor A.F. al ser abandonado por su madre en el Hospital Durand un día después del nacimiento, donde había ingresado con identidad falsa. Decretado su estado de abandono, se otorga la guarda al matrimonio que recurre ante la Corte Suprema. El más Alto Tribunal Nacional con fecha 13/03/07 dejó sin efecto el fallo y dispuso mantener la guarda con los recurrentes.

La Dra. Argibay sostuvo que “los profesionales designados avisaron un concreto riesgo, cuyos efectos han comenzado a percibirse, para la integridad psíquica del niño y su desarrollo futuro si se produce el cambio de su situación y que, teniendo en cuenta que el desamparo del niño al momento de su nacimiento fue el hecho que determinó la intervención judicial, la restitución de aquél a su madre biológica necesariamente debe sustentarse en la conveniencia de tal medida para los intereses del menor en el contexto de su realidad. Por ello, el análisis de tal conveniencia debe integrarse, por lo menos con la ponderación de dos factores. Uno de ellos, el grado de riesgo de provocar un daño psíquico y emocional al niño al modificar su emplazamiento actual y, por el otro, la aptitud exigible a la madre biológica para minimizar los posibles o eventuales riesgos. La verificación de tales extremos, que constituyen los presupuestos constitucionales para dar contenido sustantivo a la garantía de protección del interés superior del niño, es absolutamente relevante para justificar la restitución del menor y la apreciación ineludible para los jueces”.

Añade el fallo que partiendo de tales principios, y partiendo de la regla según la cual todo niño tiene el derecho de vivir, de ser posible, con sus progenitores, no es posible soslayar la necesidad de que tales vínculos que hacen a la identidad filiatoria de una persona se sustenten en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación, ya que el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado en aquélla. De acuerdo con ello “la verdad biológica” no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando su derecho a conocer y preservar su identidad, tal como los Estados parte firmantes de la CDN se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (50).

EL INTERÉS SUPERIOR SEGÚN LA CORTE FEDERAL

El Tribunal de Familia de Bahía Blanca rechazó el pedido de adopción plena formulado por los guardadores y ordenó la restitución de la niña a la madre biológica. Se interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue desestimado.

Los guardadores dedujeron recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de la Nación hizo lugar al recurso impetrado, dejó sin efecto la sentencia recurrida, manteniendo la guarda de la niña con sus actuales tenedores. Devolviendo el expediente al Tribunal de origen para que resuelva la situación legal de la misma de acuerdo a los términos expresados en la sentencia y la opinión del Sr. Procurador Fiscal. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (tribunal de origen) otorga, por mayoría de fundamentos, la adopción simple de S.C. a los guardadores - **“S.C. s/ adopción”**- (51).

En la elección entre la madre de sangre y los guardadores, la Corte dejó de lado, con fundamento en el interés superior de la niña, el principio general de la preeminencia de la filiación derivada de la relación genética y le dió preeminencia a la filiación adoptiva (arts. 7,8 y 9 y el Preámbulo de la CDN).

Es precisamente, en este brillante pronunciamiento que la Corte Suprema ha consolidado diversos aspectos doctrinarios sobre el interés superior del niño y del adolescente:

A.- La apreciación del interés superior del niño es responsabilidad de todos los Tribunales del país

“La consideración primordial del interés del niño, que la CDN -art.3.1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a la Corte Suprema (Fallos 318:1269 - J.A. 1995-III-434), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga -art. 75 inc. 22 C.N.-”

Sienta la doctrina que en todos los casos en que se controvierta cuál es el interés superior del niño -noción de naturaleza constitucional-, son pasibles de revisión por el Tribunal Federal, que tiene el deber de valorar si en las instancias inferiores se lo ha meritado adecuadamente.

B.- No es una noción abstracta, sino que responde a las particularidades de cada caso sometido a decisión

“Apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor”

C.- El interés del niño se identifica con el respeto de sus derechos fundamentales

“El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo, resulta útil asociar dicho interés del niño con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos” (del voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti)

D.- Ante un conflicto de intereses, se prioriza el del niño

“El niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancias que pueda presentarse en cada caso concreto. Frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”

La Corte aclaró debidamente que el interés del menor debía prevalecer por sobre el de los adultos, e inclusive sobre la “verdad biológica”. Que la adoptiva es tan familia como la biológica, si bien por regla general debe darse preeminencia a esta última por sobre aquélla, pero siempre que no vaya en contra del interés superior del niño (52).

Fueron devueltos los autos a la Suprema Corte de Justicia, como tribunal de origen, para resolver la situación jurídica de la niña. Es así que con base en lo resuelto por la Corte Federal que el interés superior de S.C. radica en no modificar su actual situación fáctica porque el cambio le originaría un perjuicio que debe evitarse y debiéndosela -con acompañamiento profesional- acercar a su familia de origen, confiere la adopción simple.

La ley 24.779 estatuye un doble régimen de adopción: la plena y la simple, cuya principal nota distintiva es la extinción o no del vínculo de parentesco biológico - artículos 323 y 331 del C.C.-. La procedencia de una u otra depende de las circunstancias de hecho y siendo aconsejable mantener los vínculos familiares otorga la adopción simple que “*confiere al adoptado la posición de hijo biológico*” -art. 329-, dejando subsistentes “*los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado*” -art. 331- **Ac. 69.426 - 16/08/06 -**.

DOCTRINA LEGAL

El Superior Tribunal Provincial tenía declarado que “la doctrina de la Corte de Justicia de la Nación no constituye doctrina legal a la que alude el art. 278 C.P.C.C., máxime cuando se trata de la interpretación de normas “no federales”-**Ac. 67.882 14/03/01-**.

Esa pauta se ha ido flexibilizando teniendo en cuenta la jerarquía del órgano y el hecho que la Corte Federal sea la intérprete última de la Constitución Nacional y además se ha privilegiado la debida prestación del servicio de justicia. Aparecen entonces las razones de “celeridad” y “economía procesal” que deben guiar el accionar de todos los jueces al amparo de lo prescripto por el art. 34 inc.5 del código ritual y por el art. 15 de la Constitución Provincial.

En tal línea ha sostenido que “la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquéllos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental; en el segundo, vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal”- **Ac. 85.566 24/07/02- Ac. 85.060 1/04/04-**.

Pienso, en definitiva, que decidir conforme la doctrina de la Corte Nacional y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, es cumplir con el proceso justo constitucional y una forma expedita para que los derechos fundamentales de los niños y adolescentes no se diluyan en el tiempo.

1. C.S. voto del Dr. Fayt, M.817.XXV
2. 5/03/02 - E.D. 197-13
3. adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 20/11/89; incorporada a nuestro derecho positivo por la ley 23.849, B.O. 22/09/90, y con jerarquía constitucional a través de su incorporación en el año 1994
4. Opinión Consultiva OC 17/2002
5. ley 26.061, B.O. 26/10/05
6. ley 13.298, B.O.P. 27/01/05
7. ley 23.313, B.O. 13/5/86
8. C.S. “Arce, Jorge”, 14/10/97, Fallos 320:2145
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos - O.C. 17/02
10. Bidart Campos Germán, “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”, I-465
11. Morello Augusto, “Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional” L.L. 2003-D-1163
12. “S.R.P. s/ adopción”, L.L. 1990-A-86, D.J. 1989-II-97
13. Morello, “La Corte Suprema, el modelo de justicia de protección y las nulidades relativas en el proceso”, J.A. 1989.IV-923
14. B.O.P. 22 al 26/01/01; “Procurador General de la SCJ vs. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 2003-III-125
15. 7/09/94
16. S.C.B.A. Ac 41.811, 10/10/89, Ac. y Sent. 1989-III-643
17. Dto-ley 10.067/83, t.o. Dto. 1304/95, derogado art. 67 ley 13.298
18. ver cita 12
19. “Quintana Elsa c/ Caja Nac. de Previsión de la Ind. Com. y Activ. Civ.”, 1/07/97, D.J. 1997-3-943
20. L.L. 2003-A-42
21. Hitters Juan Carlos, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, pág. 301; Camps Carlos, “Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal de la Corte Bonaerense”, J.A. 2004-II-fasc.13
22. ver cita 12
23. ver cita 20
24. J.A. 1995-III-430, L.L. 1996-A-260, E.D. 164-13
25. ver cita 19
26. “Sanchez Griselda vs. Solá Federico”, 16/05/00, Fallos 323:1144
27. ley 12.061, B.O.P. 8/01/98
28. Fallos 328:2870
29. Kielmanovich Jorge, “La Convención Sobre los Derechos del Niño y el juicio de alimentos”, Revista de Derecho de Familia, n° 14-109
30. “O.,S.A. c/ O., C.H.”, 1/11/99, J.A. Suplemento Especial n° 6204, 26/07/00
31. Berizonce Roberto, “Derecho Procesal Civil Actual” – El activismo de los jueces, pág. 361
32. L.L. Bs.As. 2001-1443
33. 5/2/00 - L.L. 2000-C-423 - E.D. 189-42
34. Cám. Apelac. Noroeste-Chubut, 17/08/99, D.J. 2000-1-809
35. ver cita 12

36. 1/06/98, Fallos 321:1589
37. 8/06/89, E.D. 134-306
38. “C. de S. c/ S.L.A. s/ divorcio”, D.J.B.A. 147-189
39. C.S., Fallos 312:1580
40. Fallos 328:2870
41. Corte de Justicia de San Juan in re “V.S.A.”, 25/11/96, L.L. 1997-C-658
42. E.D. 48-582 y 157-233
43. DJJBA 18/9/78-pág.46
44. S.C.B.A. Ac. y Sent. 1987-V-69
45. L.L. 2000-D-351, J.A. 2000-IV-32, E.D. 191-41
46. L.L. Bs. As. 2002-79
47. L.L. Bs. As. 1998 -774
48. E.D. 192-171
49. E.D. 186-234 - J.A. 2001-I-22
50. Bacigalupo de Girard María, “Actualidad en Derecho de Familia” 2-2007, J.A. 2007-II, fascículo 10, pág. 38
51. Fallo C.S. - J.A. 2005-IV-22 - L.L. 2005-D-872- Fallos 328:2870 S.C.B.A. Ac. 69.426 del 12/9/01 y del 16/8/06
52. L.L. 2005-D-87; J.A. 2005-IV-22, comentado Grosman Cecilia y Herrera Marisa, “¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal”; Sambrizzi Eduardo, “Preeminencia de la filiación adoptiva por sobre la filiación genética con fundamento en el interés superior del menor”, J.A. 2006-II, fasc. N° 10.