

## FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA EN MIRAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Por LILIANA GRACIELA LUDUEÑA

Publicado en Revista del Colegio de Abogados de la Matanza - Año XX – nº 18 - abril 2008- pags. 32/37

**Doctrina de la protección integral - Proceso justo constitucional - Interés superior del niño - Tiempo razonable - Flexibilización de los principios procesales - El Asesor de Incapaces como parte - Representación necesaria - Recurso extraordinario - El interés superior según la Corte Federal - Doctrina legal - Conclusión**

### DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

La Convención Sobre los Derechos del Niño, está en la cabecera del derecho argentino, ya que “los *tratados tienen jerarquía superior a las leyes*” conforme dispone el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. “No sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango supralegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994” (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 (Opinión Consultiva nº 17/02). La “ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (26.061, B.O. 26/10/05) establece 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*”, y, la ley “de la promoción y protección integral de los derechos de los niños” (13.298, B.O.P. 27/01/05) 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, tal la **doctrina de**

**la situación irregular.** Si en cambio, se los considera como **titulares de derechos**, son éstos los que merecen protección, según la **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 (ley 23.313, B.O. 13/5/86). Y 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.

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”. “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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 17/02).

## **PROCESO JUSTO CONSTITUCIONAL**

Constituye la esencia del debido proceso la oportunidad o posibilidad suficiente de participar (o tomar parte) con utilidad en el proceso (Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”, I-465). 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” (Morello, Augusto, “Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional”, L.L. 2003-D-1163).

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 deberán 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 in-fine).

### **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**” (Fallos 328:2870), cuanto por la Suprema Corte Provincial (Ac. 73.814 24/09/00 - Ac. 71.380 24/10/01 - Ac. 78.013 2/04/03).

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 (Kielmanovich, Jorge, “La Convención sobre los derechos del niño y el juicio de alimentos”, Rev. de Derecho de Familia”, nº 14-109) y **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").

El interés superior del niño 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, y, 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).

La Suprema Corte 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 17/02).

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, apunta a la solución del conflicto que lo afecta, en tiempo razonable; lo que se encuentra íntimamente ligado con la satisfacción de su superior interés, 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 (“**O., S.A. c/ O., C.H.**”- 1/11/99, J.A. Suplemento Especial nº 6204, 26/07/00).

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 (Berizonce, Roberto, “Derecho Procesal Civil Actual”- El activismo de los jueces, pág. 361)).

- 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 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 el niño”** (Ac. 72.890 19/02/02, el resaltado me pertenece).

- Los padres biológicos habían solicitado **la restitución de su hija biológica**, a la par, los matrimonios S.R. (guardadores del hogar de tránsito) y H.B. (guardadores según la 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 reciba 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”** - L.L. Bs. As. 2001-1443).

- 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** (5/02/00, E.D. 189-42).

## **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. En esta línea se ha sostenido que:

- 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.”- L.L. 1990-A-86; D.J. 1989-II-97).

- 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”; 1/06/98, Fallos 321:1589).

- 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”- 8/06/89, E.D. 134-306).

- 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, “C. de S. c/ S. L.A. s/ divorcio”, D.J.B.A. 147-189; Ac. 63.129 20/08/96).

### **ASESOR DE INCAPACES COMO PARTE**

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 petitionar por propia iniciativa (artículos 57 inc.2, 58, 59, 493 (argumento), 494 del Código Civil).



Es imperativa la ley del Ministerio Público al establecer que *corresponde al Asesor de Incapaces “peticionar 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-*

Y es en virtud del juego armónico de tales disposiciones, que el Ministerio Pupilar debe cumplir un rol activo en defensa del interés superior del menor, que hace a su responsabilidad, evitando la efectiva privación de justicia cuando sus representantes necesarios no lo hacen adecuadamente o lo hacen defectuosamente.

- Los padres, por derecho propio, dan poder al letrado para entablar un reclamo por los 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”).

### **REPRESENTACION NECESARIA**

Relacionado con este tema, merece destacarse un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, donde la madre reclamaba la indemnización por fallecimiento de su esposo y padre de los niños por una mala práctica médica. Sostuvo que el desconocer que los **actos interruptivos de la prescripción** cumplidos por la madre no alcanzan a los niños, importa un excesivo rigor ritual formal, desde que tal decisorio sólo se traduce en un grave perjuicio sobre la persona e intereses de los niños y lo hace valorando el interés superior del niño.

- “El decisorio no pondera que el derecho de los hijos menores está sujeto a un régimen especial vertebrado en la titularidad y ejercicio de la patria potestad, por parte de sus progenitores derivado de los arts. 57, 59 y 274 CCiv.; estos derechos tienen una protección especial tal como surge de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sobre la base del interés superior de los niños y del familiar, como lo es en este caso el derecho a poder ejercer un reclamo indemnizatorio como consecuencia de la muerte de su padre en virtud de una mala práctica médica, los actos interruptivos cumplidos por la Sra. L. deben presumirse, aunque no lo diga expresamente”, ejercidos también por sus hijos, dada su condición de responsable de la patria potestad (Sala 1º - “**L., M. por sí y sus hijas menores vs. Hospital Central y otros**” – 15/09/06 – J.A. 2007-I, fascículo nº 2, pág. 84)

### **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**”, J.A. 2005-IV-22; L.L. 2005-D-872; Fallos 328:2870; S.C.B.A. Ac. 69.426 del 12/09/01 y el 16/08/06).

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 meritudo 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.

Luego de esta decisión, los autos fueron devueltos a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, como tribunal de origen, para resolver la situación jurídica de la niña.

Conforme lo decidido por la Corte Federal sostuvo el Máximo Tribunal Provincial 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.**

Ello así, toda vez que 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 cód. cit.-, dejando subsistentes *“los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado”* -art. 331 cód. cit.- (Ac. 69.426 - 16/08/06).

## **DOCTRINA LEGAL**

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 casatorio 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 (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).

Resulta interesante analizar como fue evolucionando la jurisprudencia de dicho Tribunal en punto a la doctrina legal. Tenía declarado, desde antiguo, 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 los artículos 34 inc.5º del código ritual y 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.**

### **CONCLUSION**

Constituye **el interés superior del niño y del adolescente** la clave de bóveda de la Convención Sobre los Derechos del Niño, tal lo prescripto por el artículo 3.1.

Se trata de un criterio rector para la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño y del adolescente, ejerciendo una influencia decisiva en la interpretación de las mismas, otorgándoles en algunas circunstancias una nueva perspectiva y en otras considerándolas inaplicables.

Una de las características del proceso justo constitucional para el niño, es la resolución del conflicto que lo afecta en tiempo razonable, tal como dispone el artículo 15 de la Constitución Provincial, lo que conlleva a la flexibilización de la congruencia bajo la presión de determinadas circunstancias, íntimamente ligada a la satisfacción integral de sus derechos fundamentales.

---