

#### **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 11 de noviembre de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázzari, Kogan, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 118.781 "A. , O.E. . Incidente".

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

La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes confirmó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había rechazado la intervención pretendida en el carácter de parte de la niña O. E. A. en los autos caratulados "S. ,S. . Medida de abrigo", así como la solicitud incoada por la citada niña dirigida a que el menor S. S. conviva junto a ella y sus guardadores, M. R. D. B. y F. M.B. , haciendo lugar al pedido de vinculación entre los citados menores también efectuado expresamente por O. Asimismo, rechazó las medidas cautelares solicitadas ante la alzada (fs. 72/76 vta.).

Se interpuso, por la niña O.A. , recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 80/95).

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

#### **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

#### **V O T A C I Ó N**

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

1. O. E. A. -por entonces próxima a cumplir los trece años de edad- se presentó con el patrocinio letrado del doctor Pedro Kaufmann en los autos caratulados "S. ,S. . Medida de Abrigo", en trámite ante el Juzgado de Familia n° 1 de Mercedes.

En dicha presentación el aludido letrado realizó una aclaración previa en torno a su participación en el proceso, manifestando que se desempeña como parte de un equipo interdisciplinario que trabaja en el marco del programa denominado Abogados por los Pibes de la Asociación Civil Amanecer Grupo Casa Taller, sita en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, especialmente dedicada a abordar desde distintas dimensiones la promoción y protección de los derechos del niño (fs. 13).

Expuso los antecedentes referidos a la

historia de vida de O. , relatando que fue institucionalizada a la edad de cuatro años por el ex Tribunal de Menores n° 2 de Morón en el Hogar Siand, bajo el expediente tutelar 28.990, lugar en el que conoció a otro niño allí alojado, S. S. , y con el que trabó un fuerte vínculo afectivo, al punto de considerarlo su hermano (fs. 14 y ss.).

Argumentó en torno al derecho a ser oído aseverando que para O. , el proceso donde se debate y decide sobre la vida de S. S. es precisamente el lugar donde ella necesita ser escuchada.

Planteó asimismo la inconstitucionalidad del por entonces vigente art. 54 inc. 2 del Código Civil, propiciando la aplicación del principio de autonomía progresiva postulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 y en el -hasta ese momento- proyecto de reforma al Código Civil (fs. 18 vta. y ss.).

Adujo que O. le ha conferido la inmensa responsabilidad de transmitir al juzgado su necesidad de ser escuchada por quien "decida qué le va a pasar a S. " y su legítimo interés para presentarse en la causa citada y peticionar (fs. 21).

Destacó que la laxitud de los tiempos procesales posteriores a la medida excepcional adoptada por

el Servicio Local de Moreno respecto de S. y su gravitación en la situación jurídica del niño generan un estado de angustia en O. , conspirando contra el normal desarrollo de la integridad psicofísica de la niña (fs. 22/vta.).

Sostuvo que la opinión de O. debe ser tenida en cuenta como la palabra de la única persona que ha convivido con S. desde su nacimiento por lo que, en su condición de abogado del niño (arts. 12, CDN; 24 y 27 inc. 1, ley 26.061 y ley 13.298), se ve en la obligación por expreso mandato de la niña de solicitar que antes de definir la situación jurídica de S. el juzgado convoque a una audiencia para escuchar la opinión de O. , quien desea dejar expresamente sentado que "quiere convivir con su hermano".

En síntesis, señaló que O. posee la madurez y competencia necesaria para presentarse ante el juzgado a fin de ser escuchada, ofrecer prueba y, en definitiva, participar de la decisión que se tome respecto de S.S. , a quien ella considera su hermano, siendo esa la única posibilidad que la habilitaría a defender su derecho de y a la convivencia con S. (fs. 25 vta.).

Frente a ello el juzgado convocó a una audiencia para que comparezca la niña junto a su letrado en presencia de las integrantes del Equipo Técnico Auxiliar y el Asesor de Incapaces (fs. 27).

En la misma, O. expuso detalles de la forma en la que conoció y se relacionaba con S. en el hogar y también respecto de su propia situación. Asimismo, el doctor Kaufmann puso de resalto su preocupación por las vinculaciones que se entablan entre los niños en los hogares en virtud de las prolongadas institucionalizaciones, solicitando dar forma a la vinculación afectiva en tanto los niños se sienten "familia" en razón del tiempo compartido en el hogar (fs. 30/vta.).

2. Más adelante -y luego de recibir la contestación de la vista conferida al Asesor de Incapaces así como del informe elaborado por las licenciadas psicóloga y trabajadora social del equipo técnico del juzgado (v. fs. 34 a 37)- la magistrada interviniente dictó resolución rechazando la intervención pretendida en carácter de parte de O. E. A. en los autos caratulados "S., S.. Medida de abrigo" así como la solicitud incoada por la niña en cuanto a que S. conviva junto a ella y sus guardadores. Asimismo, hizo lugar a la solicitud de vinculación impetrada por la misma O. a cuyo efecto dispuso el pase de las actuaciones al Equipo Técnico Auxiliar del juzgado, de conformidad con lo dictaminado por las citadas licenciadas a fs. 35 en el apartado "apreciación profesional" (fs. 44/49).

Dicha decisión fue apelada por O. -a través de su abogado- (fs. 49 vta.).

En el memorial adujo que no reclamó que la vinculen con S., planteando que la magistrada ha equivocado el camino desde el inicio, dado que O. no es la contraparte de S., sino que ella defiende los mismos intereses que él ya que los dos son "víctimas de la precariedad del sistema". Que la forma de resolver el planteo evidencia un dogmatismo implacable que no reconoce el interés superior de ambos niños.

Calificó de pésima praxis el proceder del juzgado de arrancar a S. de su centro de vida de un día para el otro, una semana después de escuchar a O. en audiencia y ponerlo en una institución a más de 100 km de Mercedes, sin siquiera avisarle a O. , quien se enteró de esa circunstancia ese mismo día en ocasión de ir a compartir la tarde con S. en el hogar Siand.

Denunció además que el pequeño de tan solo un año fue nuevamente trasladado a otro lugar y luego a otro distinto, perdiéndosele el rastro.

Manifestó que los profesionales que elaboraron el informe confundieron el objetivo de su misión al tomarse la atribución de calificar el vínculo entre ambos niños y asociarlo indebida y gravemente al maternaje.

En el mismo escrito solicitó medidas

cautelares vinculadas con la averiguación de paradero de S. y la suspensión de la causa principal hasta tanto se resuelva lo atinente a su participación procesal (fs. 51/61)

3. La Sala III de la Cámara de Apelación departamental confirmó el fallo de primera instancia y rechazó las medidas cautelares solicitadas.

En sustento de su decisión afirmó que, al margen de las razones sentimentales que llevaron a la menor a realizar el presente reclamo, no es menos cierto que ello conlleva a la petición de guarda en cabeza de sus propios guardadores, lo que ya ha sido desestimado por sentencia firme (fs. 72/76 vta.).

4. Contra dicho fallo, O. E.A. , con el patrocinio del doctor Kaufmann, deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley mediante el que denuncia la violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución nacional; 15 y 25 de la Constitución provincial; 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 4, 5, 8, 9, 12 y 20 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 1, 2, 3, 4, 27, 29 y 34 de la ley 26.061 y 4, 6 y 7 de la ley 13.298 (fs. 80/95).

Sostiene que se le ha denegado la participación procesal, impidiéndosele hacer efectivo el reclamo judicial de su derecho a mantener la convivencia

familiar con S. S. (fs. 80 vta.).

Considera que es su propia historia de vida, luego de haber permanecido institucionalizada durante ocho años en un hogar, lo que la legitima para presentarse en la justicia y peticionar a favor de ese niño (fs. 81/82).

Señala que ambos pronunciamientos desconocieron la condición de persona y, como tal, de sujeto de derechos de O. , vulnerándose un principio esencial del sistema protectorio de la niñez.

Controvierte los argumentos esgrimidos por la alzada en torno a la precaria situación jurídica de la adolescente; la falta de presentación con la representación legal de sus padres; el resguardo del interés de S. por sobre el de O. y la incorporación del análisis efectuado por el equipo técnico del juzgado.

Al respecto expone que resulta dogmático el argumento vinculado con la falta de representación legal de O. por parte de sus padres dado que omite considerar que quienes ejercen actualmente su guarda por disposición del ex Tribunal de Menores n° 2 de Morón se presentaron peticionando la guarda de S. en el expediente, lo que les fue rechazado **in limine**.

Cuestiona tanto la forma en la que se llevó a cabo la audiencia en el juzgado como la validez del

informe elaborado por el equipo técnico por considerar que el mismo desvía su objetivo al ingresar en el análisis de la calificación del vínculo de O. con S. , asociándolo indebidamente con el maternaje (fs. 85/86).

Expresa que la Cámara, al abstenerse de dar tratamiento al agravio vinculado con la denegación del acceso a la justicia, declarando abstracto el planteo, afecta definitivamente los intereses de O. , constituyendo una expresa violación al derecho de acceder a la defensa en juicio y al interés superior del niño en su dimensión procesal (fs. 90/vta.).

Arguye que la sentencia es incongruente en tanto omite el tratamiento de cuestiones relevantes para la solución del litigio que fueron planteadas en el recurso de apelación (fs. 92).

Expresa que ambos niños están siendo víctimas de una privación de la relación parental como resultado de una mala práctica judicial violatoria de los derechos fundamentales (fs. 86 vta.) y que "la pretensión del juzgado de someter a O. a un proceso de supervisión tutelada por el mismo equipo técnico que carece de las condiciones mínimas para comprender los deseos y sentimientos de un niño, no es otra cosa que una grave intromisión en la intimidad de su persona" (fs. 93).

Solicita que se revoque la condena en

costas a su parte por considerar tanto que no se encuentra trabada la litis como que existen razones suficientes para realizar la presentación efectuada (fs. 95).

5. A fin de abordar los agravios recién explicitados, voy a tratar por separado dos órdenes de consideraciones que aportan una mayor claridad expositiva para dar respuesta sobre el resultado negativo a la proposición esgrimida por O. (Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, párr. 45 y 134 última parte).

a) Con respecto a la solución que se brindó en las instancias de grado al reclamo que dio origen a este incidente, es decir, a la pretensión de O. de mantener la convivencia con S. y sus guardadores, comparto y hago propios los fundamentos y conclusiones del dictamen el Ministerio Público de fs. 140/144 vta.

En efecto, el procedimiento seguido en la instancia de origen con la finalidad de garantizar el derecho de S. a vivir en el seno de una familia ha transitado por cada uno de los estadios de rigor de acuerdo con la política pública prevista por el Estado de seguirse el esquema de selección de los pretensos adoptantes de la nómina del Registro Central de Aspirantes con fines de Adopción (ley nacional 25.854; Ac. S.C.B.A. 3607). El niño se encuentra actualmente conviviendo con el matrimonio

conformado por K. V. B. y G. D. G. quienes, luego de haber cumplido los recaudos previstos por la normativa vigente - Ac. 3607- y de ser convocados por el juzgador, fueron considerados aptos para desempeñar su rol (ver copias de las causas acollaradas a las presentes, causa 11.867 "S. ,S. . Medida de abrigo" y 16.796 "S. ,S. . Materia a categorizar").

Es por ello que el interés de S. , resguardado con la integración familiar del matrimonio referido a través de los mecanismos previstos por las normas en vigor (arts. 5, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22 de la Const. nac.) se vería desconocido de accederse a la pretensión en los términos de separación de ese entorno en que ha sido planteada en estas actuaciones.

Por otra parte, como señala el Ministerio Público, la alzada no ha omitido el tratamiento del requerimiento articulado por la adolescente, sino que lo ha considerado inadmisibile, por resultar una petición idéntica a la articulada por los guardadores de O. en el expediente "B. , F. M. y otro s/ Guarda con fines de adopción", cuya resolución se encuentra firme (v. fs. 75/vta. de las presentes y 54/56 y ss. de la causa 14.131, "B. , F. M. y otro s/ Guarda con fines de adopción").

Y, a diferencia de lo que se argumenta

en el recurso, no se aprecia de las constancias de estos obrados, iniciados a partir de la petición articulada por O. con asistencia letrada, que se hayan vulnerado los derechos de la adolescente. Veamos.

En primer lugar, porque no obstante que puede asimilarse al concepto de familia a otros referentes afectivos surgidos de la comunidad como ha sido S. para O. en su historia personal, ello no significa que por esa razón se convierta en hermana para exigir la aplicación del principio de inseparabilidad de los hermanos y de reinserción en la propia familia (arts. 3 de la CDN y 595 inc. d del nuevo Código Civil y Comercial; ver Lloveras, Nora, "El interés superior del Niño", en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios", directora Graciela Tagle de Ferreyra, coordinadoras Julia Rossi y Denisse Theaux, 2009, Nuevo enfoque, Córdoba, República Argentina, p. 217).

En segundo lugar, dentro de los sujetos del procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad de S.S. , la intervención de O. no es admitida en el carácter de parte de conformidad con las reglas propias que demarcan concretamente quiénes son los sujetos que intervienen en este proceso. En este aspecto, es dable advertir que no estamos en presencia de un asunto en que aquella pueda tener injerencia directa en

la elección de los postulantes adoptivos para tener virtualidad un reagrupamiento familiar en torno a sus guardadores que posibilite la convivencia con quien, en su parecer, siente como hermano (v. Ac. 3607; arts. 608, 613 y 617 del Código Civil y Comercial y 12 de la Convención de los Derechos del Niño).

En tal contexto, no puedo dejar de destacar otra gama de cuestiones que sí lo afectan y tiene derecho a su tratamiento. En efecto, la vinculación afectiva que O. y S. forjaron en el transcurso de la convivencia común constituye para aquella una importante referencia biográfica que merece ser destacada pues forma parte de la construcción de su identidad ampliada en el derecho a conocer su origen que no se limita a la realidad biológica (arts. 3, 4, 5, 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Const. nac.; v. mi voto Ac. 104.589, sent. del 16-XII-2009; arts. 595 y 596 inc. e, C.C. y C.).

La "identidad" del niño se forma con un conjunto de elementos que incluye sus vínculos de sangre y también su historia, sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales, el camino de su crecimiento, en definitiva, su "circunstancia".

La Convención sobre los Derechos del Niño protege el derecho del niño a conocer su realidad

biológica, pero también el de preservar su intimidad de injerencias arbitrarias, los lazos afectivos que pudiere haber consolidado, su personalidad y convicciones, su nacionalidad, su cultura, etc. No se puede dar alcance absoluto o dogmático a un aspecto por separado, porque es su conjunción la que concurre a integrar el "interés superior del niño", quien no es un objeto, sino el protagonista único de su propio drama vital (Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "Derecho a la identidad", publicado en La ley del 15-XI-2005, 1 - LL 2005-F, 963).

En este reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones del niño y adolescente es donde se destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva. En este sentido, refiriéndose a este concepto se precisa que "(...) Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)" (art. 7 del decreto 415/2006 reglamentario del art. 7 de la ley 26.061; ver Burgués, Marisol B., "La integración de los principios y derechos del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA 2015-II, p. 18).

Sobre dicha base, estimo que se justifica un interés afectivo legítimo para que sustente O. **el derecho de comunicación** con S. y que es un deber de los progenitores respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con personas con las cuales tenga un vínculo afectivo (arts. 3 y 5 de la CDN; 556 y 646 inc. e del C.C. y C.; 14 bis de la Constitución nacional; v. Ac. 96.451, sent. del 4-VI-2008; Ac. 99.748; Ac. 97.295, sent. del 21-III-2012).

En este marco convencional y legal referenciado, cabe concluir que O. ha tenido la oportunidad de ser escuchada y de emitir su opinión (arts. 12, Convención Sobre los Derechos del Niño, 27 inc. c), ley 26.061 y 33, ley 13.634), habiendo obtenido una respuesta jurisdiccional a sus requerimientos en la que se explica por qué no tiene andamiaje su planteo para reclamar por la aplicación del principio de inseparabilidad de los hermanos y de reagrupamiento familiar con sus guardadores, y en la que se le ha reconocido su innegable derecho a mantener un régimen comunicacional con S. .

b) Resta abordar la segunda consideración explicativa del resultado negativo a la proposición de O. .

A fin de precisar los sucesivos actos procesales recaídos en torno a la modalidad de vinculación

dispuesta por el juzgado de familia, liminarmente estimo pertinente recorrer sus aspectos más relevantes.

i. A fs. 49 y su remisión a lo dictaminado a fs. 35 y 37, la jueza de familia hace lugar a la solicitud de vinculación impetrada por O. E.A. , y a efectos de su instrumentación da intervención al Equipo Técnico Auxiliar de ese juzgado, quien estima pertinente hacer lugar a dicha petición luego de que el mismo lograra la adaptación en el contexto familiar en el cual se ha incluido (tercer punto resolutivo de la sentencia de fs. 49).

ii. A fs. 75 vta., la alzada sostuvo en cuanto al pedido de medidas cautelares efectuados en escrito de memorial, por un lado, en lo que hace a la averiguación de paradero o domicilio actual del niño, que se debía acceder por ante la instancia de origen, pues el reclamo hace sin dudas a "la efectivización o cumplimiento del 3° punto de la sentencia, lo que no ha sido materia de tratamiento en esta sede" (vinculación entre los menores).

iii. A fs. 93, la recurrente reprocha el sistema intervenido de comunicación supervisado por el equipo técnico del juzgado, ya que con esta modalidad afirma que se violenta la intimidad y los derechos personalísimos que sustenta.

Ahora bien, en respuesta a esta

crítica, cabe clarificar por qué en este caso la concreción de los encuentros requiere de medidas adicionales.

El derecho de comunicación reconocido en un interés legítimo de O. , a su vez, está condicionado a que esta revinculación también esté justificada en un interés legítimo de S. .

Se trata de la vinculación entre dos personas menores de edad donde ese derecho, en el caso de O. , puede verse satisfecho sin necesidad de ninguna supervisión en vista a la capacidad progresiva que ostenta (arts. 5, CDN; 639 inc. b, C.C. y C.). En consecuencia, en lo que hace a este aspecto, cabe informar que su derecho no requiere de la intervención del equipo técnico del juzgado. Sin embargo, en el caso de S. , en atención a que merece una protección especial, la factibilidad de la comunicación se rige por otros criterios (art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 53, 54 y 60). Así, es indispensable que se asegure que esa medida sea beneficiosa para el desarrollo de este último. En este sentido, cabe observar que S. enfrenta obstáculos particulares para manifestar su opinión en orden a su corta edad, tres años, en la que requiere del ejercicio de sus derechos a través de sus representantes legales (Comité de los Derechos del Niño, Observación

General N° 12, "El derecho del niño a ser escuchado", párr. 28; art. 26, C.C. y C.). Es posible que las consecuencias en su paso por la institucionalización en los meses cercanos a su nacimiento amerite realizar comprobaciones con estudios especializados que garanticen primero la pertenencia en su nuevo entorno familiar para luego avanzar en transitar en otra etapa abierta a un pasado que lo reencuentre en su propia historia común con O. (art. 706 inc. 2 del C.C. y C.). E incluso no puede dejar de considerarse -en primer lugar- que para la concreción de los encuentros se precisa tanto de la colaboración de los guardadores de O. como de la de los guardadores adoptivos de S. -y en segundo lugar- que los primeros han tenido una actitud combativa al cuestionar el proceder judicial en torno al tratamiento otorgado en el proceso de guarda para la adopción del niño (v. fs. 89). De ahí que por la vía que resulte pertinente, sobre el derecho de comunicación de O. y en función de las necesidades de S. de restablecer ese vínculo conforme los condicionamientos recién explicitados, se justifica un espacio terapéutico en que sean los profesionales intervinientes los que propongan el camino a seguir (arts. 3 y 5 de la CDN; 18, 75 incs. 19, 22 y 23, Const. nac. y 15 de la provincial).

Como resultado de lo expuesto, es necesario que se informe a O. en la instancia de origen las

razones por la que son indispensables las medidas adicionales dispuestas que condicionan el derecho que ostenta de comunicación con S. .

6. En base a estas consideraciones comparto también la recomendación propiciada por la señora Procuradora General, sugerida después de haber oído a la adolescente a fs. 154, en cuanto a la necesidad de disponer que en la instancia de origen se le brinde a O. la posibilidad de contar con acompañamiento psicológico que le permita procesar el tránsito desde su vida institucional hacia su nueva realidad, los vínculos forjados en las relaciones afectivas allí generados y en la familia con la que actualmente convive (art. 3 inc. 3 de la CDN).

7. En relación al agravio relativo a la imposición de las costas, estimo que le asiste razón a la recurrente toda vez que, dada la índole de las cuestiones planteadas, en tanto involucran los intereses de menores de edad los gastos causídicos de todas las instancias deben imponerse en el orden causado (art. 68, 2º párrafo, C.P.C.C.).

Así lo voto.

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

El señor Juez doctor **Soria**, por los

mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó en el mismo sentido.

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

I. Comparto la solución propuesta por los colegas que me preceden en el orden de votación, pues la misma es la que mejor concilia con los concretos intereses de los menores involucrados (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño -"CDN"-; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298; 384 y 850, C.P.C.C.).

1. En efecto, el art. 3, párr. 1 de la CDN, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

Establecido como uno de los valores fundamentales de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el citado artículo enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para

resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

Subraya asimismo que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, (iii) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 cit., párr. 6).

El objetivo del concepto "interés superior del niño" es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño, abarcativo de su aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General N° 12 [2009] sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 4).

Ahora bien, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998;

Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

Así, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras (conf. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14/2013, párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño (conf. ONU, Comité..., cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.

Se ha dicho que deben tenerse en cuenta, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) la opinión del menor, (ii) su identidad, (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, (iv) su cuidado, protección y seguridad, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 52).

Por demás, la consideración del interés superior del niño como algo "primordial" requiere tomar

conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 40.).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de otro niño, o un grupo de niños, o de los niños en general, tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 39).

Es que en este aspecto el principio **favor minoris** (con expresa recepción en los arts. 3 y 5 de

la ley 26.061 conforme al cual ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores y otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros), adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños.

Así, la jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución de cada caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; entre otras).

2. En este marco, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". Así, la exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el "conjunto de bienes necesarios" para el menor se integre con los más convenientes en "una circunstancia histórica determinada", responden al lugar e

incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.

De estos actuados -tal como bien lo ha descripto el colega que abre este acuerdo- se puede apreciar que el niño S. ingresó al hogar en el que se hallaba alojada O. en el mes de julio de 2012, a pocos días de nacido (conf. fs. 4 y ss., copia causa 11.867, "S. , S. s/ Abrigo" acollarada). Ocasión en la que la niña se hizo especialmente cargo del bebé porque así eran las reglas del lugar (llamándose a sí misma como "experta en cambiar pañales"). Es que O. ya se había ocupado de cuidar otros bebés con anterioridad, como V. (fs. 30). Ahora bien, para febrero de 2013, seis meses después, O. ya se hallaba viviendo en la casa de sus guardadores. Con éstos continuó visitando el hogar, y también a S. , pero ya no se encargaba de su estrecho cuidado (fs. 5 y 30).

Del abordaje interdisciplinario efectuado surge que la solicitud inicial de O. de mantener contacto y convivencia con S. , canalizada en junio de 2013, respondía más bien al relato y búsqueda de sus guardadores (fs. 34 vta.), quienes pretendían en esa época también acceder a la guarda con fines adoptivos del niño (conf. fs. 35 y ss. copia causa 14.134, "S. S. s/ Guarda con Fines de Adopción" acollarada), no pudiendo -la niña- expresar las características del vínculo que ella misma

había entablado con el menor, el que fue descrito por los profesionales intervinientes como semejante a un vínculo materno, más que fraterno o amistoso (fs. 35). En su fantasía, la niña pretendía que S. fuera a vivir con ella "para que no pasara 8 años en el hogar", como había sido su propia historia (fs. 34 vta.).

Sin embargo, no existe en autos informe vincular alguno que refleje la interacción de la relación afectiva entre los menores, con lo cual no es posible aceptar como verdadero que el sentimiento sobre S. que O. dejara traslucir en sus sucesivas presentaciones sea de alguna forma y en buena medida correspondido.

A ello debe sumarse que el niño fue entregado por la magistrada actuante en agosto de 2013 en guarda con fines adoptivos al matrimonio B. -G. , quien ya poseía una hija adoptiva, M. (conf. fs. 1, 11 y ss. copia causa 16.796, "S. S. s/ Materia a Categorizar" acollarada).

De los primeros informes obrantes surge que el grupo logró rápidamente integrar a S. a su dinámica familiar, habiendo sido este incluido a las rutinas de la familia, siendo el vínculo generado entre el niño y su guardadora uno de características facilitadoras del desarrollo integral del menor, tal como la espontaneidad de intercambios, atención a sus demandas y cuidados sin llegar

a la sobreprotección. Naturalidad que también fue posible observar en el vínculo de S. con M. , quien lo incorporó como su hermano menor, desplegándose en la niña los aspectos ambivalentes inherentes a la llegada de un hermano (fs. 15/6 copia causa 16.796, "S. S. s/ Materia a Categorizar" acollarada).

Consecuentemente, tal como concluye el doctor de Lázzari en su voto, no es posible aceptar sin cortapisas la demanda de O. de convivir con S. , sin afectar ciertamente la incipiente estabilidad que el niño ha logrado forjar con su actual familia guardadora (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, CDN; 1º, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Constitución nacional).

Y dado que en estos casos es preciso armonizar con un criterio de actualidad los intereses de los menores, hoy cabe observar que la auspiciosa consolidación de los lazos que se aprecian como más trascendentes en miras a tutelar los derechos fundamentales del niño de acceder, en forma seria, estable y tempestiva a un ámbito que genuinamente resulte apto para brindarle protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral, debe llevar al compromiso de intentar -como propone la solución brindada por la magistrada de origen- satisfacer el posible vínculo afectivo forjado entre los menores durante su

estancia en el Hogar Siand solamente a través del eventual establecimiento de un régimen de comunicación que se aprecie como positivo para ambos y en la medida en que no resulte contraproducente para la adaptación de S. en el contexto familiar en el cual ha sido incluido (fs. 49, conf. fs. 34/5 y 36/7), para lo cual será preciso -primeramente- contar con la oportuna opinión en este sentido del equipo técnico auxiliar interviniente (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, CDN; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013], cit., párr. 39; 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 594, 595 incs. a y d, 706 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; 2, 3, 5, 8, 9 y ccdtes., ley 26.061; 1°, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298; arts. 384, 850 y ccdtes., C.P.C.C.).

**3.** Por demás, habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de O. , con asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y

una perito psicóloga (fs. 152), lo que me permitió conocerla en su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22, Constitución nacional).

4. Finalmente, comparto y por sus fundamentos, la respuesta que el voto que abre el acuerdo otorga al agravio relativo a la imposición de costas (**punto 7** de dicho sufragio).

II. Por todo ello y adhesión formulada, así también lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el Ministerio Público, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocándose la sentencia impugnada solamente en cuanto a la imposición de las costas de las instancias de grado, las que se distribuyen en el orden causado (arts. 68, 2º párrafo, C.P.C.C.). Asimismo, se exhorta al juzgado de origen a que proceda a informarle a O. E. A. las razones por las que son indispensables las

medidas adicionales señaladas en el punto 5 ap. b) iii del voto que abre el acuerdo y para que le brinde a la adolescente la posibilidad de contar con el acompañamiento psicológico señalado en el punto 6 del voto citado. Las costas de esta instancia también se imponen en el orden causado (arts. 68, 2º párrafo cit. y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

CARLOS E. CAMPS

Secretario