

Derecho De Familia Interes Superior Del Nino Contenido Guarda De Menor

JURISPRUDENCIA

Derecho de familia. Interés superior del niño. Contenido. Guarda de

menor Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por el asesor letrado (representante promiscuo del menor) y se revoca la resolución impugnada, pues la misma no se encuentra debidamente motivada, y se acreditó el transcurso de mucho tiempo sin que el juez interviniente dicte una resolución definitiva sobre el otorgamiento definitivo de la guarda judicial del menor.

En la Ciudad de Río Tercero, a los días del mes de marzo de dos mil quince. VISTOS: Estos autos caracterizados: ?F., E. - PREVENCIÓN- (Exp., Nro.: 426526)? venidos del Juzgado de Control, Menores y Faltas de esta Ciudad, con motivo del recurso de apelación deducido por el Sr. Asesor Letrado de Primer Turno, en calidad de representante promiscuo del menor, E. F. (v. fs. 256) en contra del proveído de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce (29/2/2012 -v. fs. 255-) que en su parte pertinente dispone: ?... Por presentado el pronto despacho deducido por el Sr. Asesor Letrado de Primer Turno de esta Circunscripción Judicial en carácter de representante promiscuo del menor de autos. Téngase presente. Atento encontrarse el menor E. F. contenido material y afectivamente con sus actuales guardadores y en virtud del interés superior del niño a lo solicitado por el Sr. Asesor de Niñez a fs. 252/253 no ha lugar...? Fdo.: Pedro Héctor Salazar - juez-; Mario M. López -secretario-. Radicados los autos por ante esta Sede, expresa agravio el apelante (v. fs. 269/278) los que han sido contestados por guardadores, Sres. A.J.D.C. y A.G.V., a través de su apoderado, abogado, Sr. Javier Rubén Genesio (v. fs. 281/283). Dictado el proveído de autos, firme y consentido queda la cuestión en estado de estudio y de resolución (v. fs. 304).- Y CONSIDERANDO: PRIMERO: a) agravios del apelante: el Señor Asesor tras realizar un recorrido por los antecedentes de este proceso, y explicar la manera en que ha llegado a su conocimiento la intimidación de la que habría sido objeto la madre del menor, F., considera que el decreto impugnado aparece huérfano de argumentos, al haber sido ensayado dos pseudo razones para no hacer lugar a lo que peticionara con relación a la situación que le fuera relatada: que el menor esta contenido material y afectivamente por sus actuales ?guardadores? y el interés superior del niño, frases abstractas que no pueden ser el fundamento que nuestra Constitución Provincial requiere para una resolución (fundamentación lógica y legal, art. 155). Considera que la omisión de dictar la resolución que correspondía en tiempo propio ha tenido un único fin y que se desprende claramente de la omisión y de lo resuelto a fs. 255: que transcurriera el tiempo a los fines de que se hiciera inviable la aplicación de la ley a este caso. Que la invocación en el decreto cuestionado, a un año y medio de la obligación de dictar una resolución, de que el menor se encuentra contenido denota una intención que va en contra de la ley, y en contra de los principios de un hombre de derecho. Pone de relieve que independientemente de la falta de fundamentación lógica y legal, la que podría simplemente argumentarse sosteniendo que el a-quo utilizó una frase dogmática, una abstracción que no esta unida a los hechos de la causa ni al derecho a aplicar, los hechos denotan una gravedad que va mas allá de una simple falta de fundamentación en la resolución, pues aparece evidente que la falta de dictado de la resolución que el propio a- quo había expresado que realizaría luego de la vista al defensor de menores (que por otra parte era la resolución que legalmente debía avocarse a dictar) no fue un acto de olvido o de descuido, sino dirigido a producir -por una vía de hecho y no de derecho- que el paso del tiempo afianzara una relación entre el menor y el matrimonio que sólo cuenta con una autorización para que el menor permanezca con ellos, para que, luego de un cierto tiempo, cualquier planteo, cualquier irregularidad o ilegalidad, se transformara en abstracta por haberse generado un vínculo entre estos. Que no fue producto de un olvido lo evidencia la actitud omisa del a-quo ante el escrito presentado en 2011, donde no sólo se insta a que dicte una resolución, sino que se pone de manifiesto que el consentimiento de la progenitora se encontraba viciado al momento de expresarlo ante el a-quo. Que es claro que hubo una omisión deliberada y que se termina haciendo patente en la frase elegida como argumentación: que el menor esta bien donde esta, que esta contenido, y que debe respetarse el interés superior del menor, queriendo dar a entender que este interés se limita a que ?este bien"; sin importar con quien, sin importar si se respetaron sus derechos, si se cumplieron con los requisitos legales, etc.; y sin importar siquiera si las personas que hoy están autorizadas para tenerlos han intimidado a la progenitora para obligarla a comparecer ante el Juez y decir que entregaba a su hijo en adopción cuando en realidad no quería hacer eso, sino solo quería una ayuda económica para criarlo. Que lo actuado por el a-quo demuestra que el interés superior del menor nunca fue lo que realmente importó, y lo que guió sus acciones; su falta de acción estuvo guiada por otros fines. Que si esta circunstancia (¡¡el menor esta bien!!) tuviera alguna relevancia para no cumplir con todo el sistema legal y vulnerar sus derechos, ¿como sabe el a-quo que esta bien?, pues parece una pregunta bastante tonta, ya que el Juez lo sabe por ¡las constancias privadas remitidas por los tenedores! Que el a-quo no ordenó ningún estudio oficial, ningún seguimiento, pericia, encuesta ambiental, etc.; nada (pasó un año y medio), contrariamente a ello se contenta con que las fotocopias simples acompañadas por los tenedores así lo señalarían, y en base a ello, como si esto pudiera abandonar el sistema legal de adopciones, ordena que no se

haga lugar al pedido de reencauzar esta causa en el camino de la ley. Que no es un dato menor, que a fs. 228, el letrado del matrimonio tenedor, solicita que se otorgue la guarda con fines de adopción en virtud de "que están dadas las condiciones y por el vínculo familiar creado por el transcurso del tiempo", quedando expresada con evidente claridad la finalidad de no dictar resolución sobre la guarda preadoptiva en tiempo y forma. Que al saber que en esta causa se había procedido irregularmente al entregar este menor al matrimonio D.C. -V., y que nunca prosperaría una resolución otorgándoles la guarda preadoptiva, se recurre a la vía de hecho, al paso del tiempo. Que esta es el embeleco al cual hace referencia, el apartamiento de las reglas del sistema legal, el no dictar la resolución en tiempo y forma, especulando con que el paso del tiempo logre la finalidad que la ley no quiere, que prohíbe. Que tal es la intención que se evidencia en este expediente que en el decreto cuestionado se lee que el menor "esta contenido material y afectivamente con sus actuales guardadores" cuando estos no son los guardadores, sino que sólo tienen una autorización para que el menor permanezca con ellos, y que a todas luces debió ser revocada. Que el paso del tiempo es el "quid" de la cuestión en esta causa, y más precisamente la utilización ilegítima de este "recurso de hecho", lo cual viola el derecho al debido proceso legal que su representado tiene (art. 39 y 40 de la Const. Pcial y 18 CN, y CADH, y los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, 2.1, 3.1, 3.2, 4, 6, 8.1, 9, 12, 16, 18.1, 18.2, 21 a), 27.3, 27.4 y especialmente el art. 35). Que pareciera darse a entender que el tiempo transcurrido con este matrimonio, y el hecho de que el menor se encuentre contenido por estos se puede relacionar -¿¡vaya a saber como!?, (porque en la resolución no se explica)- con el interés superior del menor. Que este pseudo argumento es utilizado equivocadamente por el a-quo, y por consiguiente invalida el decisorio al tornarlo nulo por falta de fundamentación. Que el "interés superior del niño" en forma abstracta no constituye argumento válido alguno sino se relaciona con los hechos y el derecho aplicable al caso de autos, puesto que de lo contrario, su sola invocación bastaría para tomar cualquier tipo de resolución eludiendo la debida justificación que merece. Que así procede el a-quo: "el interés superior del niño" justifica, el no ha lugar. Dice que para comprender este instituto regulado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, debe tenerse presente siempre que las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar este principio que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores. Que en los primeros momentos de la sanción de la Convención, -y parece ser el caso- se creía que el interés superior del niño era una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituía una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Empero, la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. Que de este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el "interés superior del niño" deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención. Que no es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. Que la Convención contiene "principios" - que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes"- entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Que estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc.; cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Sostiene que si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener una consideración primordial a la que se atender, el interés superior del niño. Que es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra

concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Que en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos. Que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista. Que con el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior". Que antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Que es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño. Que en las legislaciones pre-Convención, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. Que debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia. En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. Que el ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el "interés superior" tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños. Que la función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. Que la Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente. Afirma que el ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, afirma que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados. Sostiene que esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado-. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general como se aprecia en el presente caso. Esgrime que un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos

consagrados a la Convención. Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan. Que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños. Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. Que los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención. Que en segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño. Que el principio permite "arbitrar" conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al "interés superior del niño". El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño", en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Que es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Recapitulando, manifiesta que el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta; lo que en el caso de autos ignoramos por completo puesto que ni siquiera el a-quo ha mencionado los derechos que se estaría protegiendo o valorando. El concepto de interés superior del niño alude a la protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. Así las cosas, entiende que en el presente caso, lo resuelto carece de fundamentación puesto que estamos ante un vicio de esta consistente en la fundamentación aparente, ya que se recurre a aserciones dogmáticas -interés superior del niño- sin relacionarlo con las constancias de autos (expresión de la progenitora de intimidación en el consentimiento, etc.) ni con los derechos en juego. Que no hay motivo alguno para no resolver lo solicitado que no sea el de que el tiempo continúe transcurriendo y que se vaya consolidando -de hecho- aún más una situación de vínculos afectivos que luego sea inconveniente para el menor E. F. terminar. Mientras tanto, al menor se le vulnera su derecho a estar con su familia -que según su madre fue retirado en forma ilegal, intimidando para lograr el consentimiento-, se vulnera su derecho a crecer y desarrollarse en su comunidad de origen, con el resto de su familia, tales como la hermana, etc. etc., en honor a la brevedad y como fundamentación legal del presente me permito simplemente señalar los derechos contenidos en la convención violados en esta resolución (2.1, 3.1, 3.2, 4, 6, 8.1, 9, 12, 16, 18.1, 18.2, 21 a), 27.3, 27.4 y especialmente el art. 35). Conforme todo lo expuesto, solicita se haga lugar al recurso de apelación intentado, revocándose el proveído recurrido.- b) Contestación de los agravios por el apelado: a través de su apoderado, abogado, Sr. Genesio, los guardadores se han opuesto a la pretensión impugnativa del apelante, esgrimiendo tras relatar los antecedentes de la causa que no es cierto que la madre se haya mostrado dubitativa, nerviosa y con temor al matrimonio que solicitaba la guarda (no consta en el acta). Tampoco es cierto de que haya pedido que sus representados se retiraran de la sala de audiencia, cuando no han participado en ninguna de ellas, ni la madre ni el padre, ambos declararon unilateralmente con la presencia del juez y del apelante que fue quien hostigó a la madre hasta hacerla dudar. Que el padre, con su letrado ad hoc, el apelante, manifiesta su voluntad de otorgar al menor en guarda con fines de adopción. Lo propio sucede con la madre, igualmente representada por el apelante. Que no es cierto que el expediente haya incurrido en un largo letargo, sino que se acompaña un profuso informe de la Oficina de Adopción de la Dirección de la Niñez, la adolescencia y Flia del Ministerio de Familia y Promoción Social, organismo oficio por lo que no se

trata de un informe privado. Que los padres del menor han manifestado su voluntad libre y sin condicionamientos de entregar al menor con fines de adopción. Que no existe la más mínima prueba de que la madre haya sido objeto de presiones, quien no ha concurrido ni una vez a tribunales a reclamar nada en el transcurso de la causa donde se le han otorgado las garantías de defensa. Que el interés superior del niño no está mal invocado por el juez a quo, pues aparece reflejado a fs. 229/251, donde se desprende el excelente estado de adaptación del menor a la nueva familia, su contención afectiva, su rendimiento escolar, etc.. Que ha sido el propio apelante, presente en todas las audiencias en que la madre prestó declaraciones en sede judicial, quien ha dicho expresar su voluntad libremente. Que no existe ninguna situación irregular y le asiste razón al juez a quo cuando no hace lugar a lo solicitado, ya que la voluntad de la madre ha sido plasmada con todas las garantías legales. Que el decreto no es infundado, pues todo surge y consta en el expediente. Que el juez a quo sabe que el menor está bien contenido, por las constancias que surgen del informe agregado a la causa, que no es una simple copia de una institución privada, sino de un organismo público, con copias certificadas. Que todos los derechos constitucionales y convencionales están bien resguardado. Que la madre tiene representante legal por lo que no corresponde quien actúa como representante promiscuo del menor, quien pretende dar vuelta una resolución con palabras de una progenitora abandonada y que colocó en situación de riesgo al menor. Por todo ello, solicita que se declare desierto el recurso pues no se ha expresado verdaderos agravios, debiendo confirmarse el proveído atacado.- SEGUNDO: - Análisis de los agravios (examen de admisibilidad formal del recurso): por aquello que la jurisdicción apelada es de orden público, este Tribunal de Alzada, una vez que la apelación ha sido concedida por el A quo, debe pronunciarse (incluso ex officio) sobre la procedencia formal del recurso, sin estar obligado por la voluntad de las partes, ni por la concesión efectuada por el juez de primera grado. Para llevar adelante tal cometido, y en un todo conforme con la doctrina judicial del Tribunal de Casación local, la expresión de agravios a la que alude la norma del art. 271, CPC., implica una verdadera descalificación crítica del decisorio emanado del iudex, que no se satisface con sólo poner de manifiesto algo, o resaltar que no se está de acuerdo con lo decidido, sino que exige necesariamente una actividad tendiente a censurar los argumentos y fundamentos que justifican lo resuelto por el inferior; una demostración racional de los defectos formales o de la misma injusticia del pronunciamiento, que requiere siempre de una actividad desplegada y nunca presumida, dirigida a señalar razonablemente cuáles errores de los que adolece un pronunciamiento y la manera en que ellos inciden en la decisión para tornarla injusta. Contrariamente a ello, la mera expresión de disconformidad o dissentimiento no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia que dictó el juez de la causa (cfr.: TSJ -Sala Civil- Cba., Sent. 109, 20/9/2004, in re: ?Meraviglia Horacio c/ Capillita SA -Sucursal Mediterránea Sutom- Acción Subrogatoria. Recurso Directo- ?; AI, 12, 29/5/2000, in re: ?Martínez J. c/ Bustamante M. -Ejecutivo. Cpo. de apelación. Recurso Directo-?; en doctrina: AZPELICUETA Juan J. - TESSONE Alberto -La Alzada. Poderes y Deberes- Edit. La Platense, Bs. As., año 1993, págs. 24 y 27; FERNÁNDEZ Raúl E. -Impugnaciones Ordinarias y Extraordinarias en el CPCC de Córdoba- Edit. Alveroni, Cba., año 2006, págs. 180/181). Pues bien, los argumentos que ha vertidos el apelante se alzan como una censura razonada (más no sea mínima) del decreto apelado, puntualmente, en lo que respecta al achaque con basamento en la falta de fundamentación lógica y legal que le ha enrostrado el decreto impugnado. Por consiguiente, y por aquello que la consideración de la suficiencia de la expresión de agravios debe realizarse en forma laxa, debiendo echarse mano a la deserción del recurso excepcionalmente para no cercenar el recurso ordinario por antonomasia por pruritos formales, siendo factible avizorarse mínimamente en este caso dónde radica el tópicus del gravamen, cabe expedirse por la admisibilidad de la apelación.- TERCERO: - a) Thema decidendum: Superado exitosamente el filtro de jaez formal, cabe ingresar al juicio de fundabilidad del recurso, para lo cual deviene esencial precisar el thema decidendum que delimita la acotada competencia funcional de esta Alzada en su doble limitación (arts. 356 y 332, CPC.). Pues bien, de conformidad a la manera en que ha quedado trabada la litis impugnativa, la cuestión debatida gira en torno a elucidar si en el caso particular, el proveído dictado por el Sr. Juez a quo ha satisfecho el postulado de fundamentación lógica y legal previsto en la norma del art. 155, CP..- b) Análisis de los agravios (análisis sustancial): Sopesando las quejas del impugnante, con los argumentos volcados por el Sr. Juez a quo para proveer su petición, y la repulsa de los apelados, no puedo sino por comenzar con un racconto de los actos procesales que estimamos esenciales para dirimir este recurso; y en este derrotero, tengo que: 1) con fecha 8/2/2010, la Sra. Alicia Susana Aguirre ha denunciado que el día 29/12/2009, la Sra. N. S., le dejó a su hijo menor, E. F. de dos años de edad a su cuidado por el término de un mes por lo que le pagaría la suma de pesos ... por el servicio. Que hasta la fecha de la denuncia no regresó más a su domicilio (v. fs. 2); 2) que por acta de fecha 8/2/2010 se hace entrega del menor en guarda provisoria al Sr. A.E.S., tío del menor (v. fs. 11); 3) por decreto de fecha 6/4/2010, el Sr. Juez de Control, Menores y Faltas, se avocó al conocimiento de la causa. Se citó al guardador provisoria para una audiencia el día 13/4/2010 y se dio intervención al Sr. Asesor Letrado, quien lo hace con fecha 17/4/2010 y se notifica de todo lo actuado (v. fs. 17); 4) por decreto de fecha 20/4/2010 se fijó audiencia para el día 5/5/2010 (v. fs. 17, vta.) la que tampoco ha tenido lugar (v. fs. 20). Por decreto del 6/5/2010 se fijó una nueva audiencia para el día 11/5/2010 con auxilio de la fuerza pública (v. fs. 21); 5) con fecha 12/5/2010 se certificó que el menor estaba residiendo con el abuelo materno (v. fs. 25). Con fecha 12/5/2010 se

certificó la comunicación con la Sra. M., quien dijo ser la abuela materna del menor, quien se encontraba con E., como su tío y abuelo se encontraban en la Ciudad de Dos Arroyos, provincia de Misiones, y que el Defensor Oficial, Luis Norberto Acosta le había otorgado la guarda provisoria (v. fs. 26); 6) que con fecha 25/6/2010 se ha formulado el pedido de guarda judicial por los Sres. A.J.D.C. y A.G.V. con el patrocinio del Dr. Javier Rubén Genesisio (v. fs. 84/85). Esto ha motivado que con fecha 25/6/2010, por Resolución Medida Tutelar Provisoria, se dispusiera autorizar la permanencia del menor en el domicilio del matrimonio C. - V., a su cargo hasta que se resuelva su situación. En ese mismo acto se fijó audiencia con los progenitores, con noticia al Asesor Letrado interviniente (v. fs. 90/91); 7) con fecha 26/7/2010 comparece el Sr. C.O.F., quien informado de la medida, presta conformidad con que el menor sea dado en adopción. Que no puede hacerse cargo del niño (v. fs. 95). Con fecha 12/8/2010 ratifica esta expresión de voluntad (v. fs. 101); 8) con fecha 28/7/2010 comparece el representante promiscuo del menor y la Sra. N.R.S., quien lo hace con el patrocinio del Sr. Asesor Letrado del Segundo Turno, Dr. Borghi. La deponente afirma que el progenitor es el Sr. F., C. Toma conocimiento de la guarda judicial con fines de adopción de su hijo E., y presta consentimiento para que sea otorgado en guarda incluso para que en su oportunidad se otorgue la adopción. En dicho acto, el Asesor Letrado Brouwer de Koning le pregunta a la Sra. S. (entre otras cosas) si el Dr. Salazar dispondría que no lo tenga esa familia solicitante de la guarda, sino otra familia, si mantenía su consentimiento, la dicente manifestó que no, ¿solo da autorización para que lo tenga esa familia y no otra? puesto que ella haría todo lo posible para tenerlo al nene, ¿que ella quiere tener al niño, solo tiene una casa para llevarlo a su hijo...?. Reiterándole la pregunta de si está segura de querer entregar en adopción a su hijo, manifestó que ?... lo va a pensar, que no está en condiciones de tomar una decisión al respecto...? (v. fs. 96/96, vta.) -el resaltado me pertenece- Con fecha 19/8/2010, es citada nuevamente y ha ratificado su voluntad de dar en guarda con fines de adopción plena a su hijo E., ?... que lo ha pensado bien. Que da el asentimiento libre y voluntario para el otorgamiento de la Guarda Judicial con fines de adopción solicitada en autos...? -el resaltado me pertenece-; 9) con fecha 20/8/2010, se ordenó correr vista al Asesor Letrado atento estar cumplimentado los requisitos exigidos por la ley para el otorgamiento de la guarda judicial (v. fs. 104) la que ha sido evacuada con fecha 24/9/2010, donde se ha opuesto a la guarda judicial solicitado por el matrimonio D.C. - V., con basamento en que debe resolverse la situación del menor recurriendo al padrón del Registro Único de Adoptante vigente en la Sede. El motivo, es que ambos padres explícitamente han manifestado no conocer al matrimonio solicitante, y no han expresado razón alguna por la cual deban ser ellos y no otros los adoptantes (v. fs. 111/111, vta.); 10) con fecha 27/10/2011, el Representante Promiscuo del niño, F., tras relatar la manera en que ha tenido conocimiento de la situación (supuesta) intimidatoria que ha sufrido la madre del niño, y poner de resalto que aún queda pendiente de resolución su pedido de no otorgar la guarda judicial por las razones invocadas, solicitó: se cumplimente con lo solicitado en setiembre de 2010; que en forma urgente se cita a la progenitora y su progenitor a los fines que se exprese el verdadero motivo de la entrega de su hijo y si han existido o no presiones que invalidaran su voluntad; y una vez contactado y seleccionado el matrimonio que corresponde al registro de esta sede, se proceda a citar en forma urgente a los actuales guardadores a los fines que realicen la entrega (v. fs. 252/253). Con fecha 29/2/2012, ha solicitado pronto despacho, al haber transcurrido más de tres meses sin que el escrito referenciado haya sido proveído (v. fs. 254). Esta solicitud ha sido proveída por el Sr. Juez a quo en igual fecha, a través del proveído, que reza: ?... Atento encontrarse el menor E.F. contenido material y afectivamente con sus actuales guardadores y en virtud del interés superior del niño a lo solicitado no el Sr. Asesor de Niñez a fs. 252/253 no ha lugar...?, que es precisamente el que ha sido objeto de apelación (v. fs. 255). En resumidas cuentas, la presente causa tiene su origen en la situación de un menor de edad (E.F.) que había sido dejado por su madre al cuidado de una persona por el tiempo de un mes (pagándole por tal servicio) y que luego de transcurrido ese plazo no se presentó a buscar a su hijo, lo que generó que la cuidadora (Sra. A. A.) se hiciera presente por ante la autoridad policial a exponer la situación ante la necesidad de entregar el menor a su madre. Esta situación de riesgo del menor, generó la intervención del Juzgado de Menores con competencia en el lugar del presunto abandono, quien dispuso la entrega en guarda provisoria al tío del menor (A.S.). Al ser citado el guardador este no concurrió al Tribunal, y luego se certificó que el menor estaría residiendo con su abuelo materno Sr. R. S., en la ciudad de Dos Arroyos de la provincia de Misiones. Tras ello, comparecieron ante el Sr. Juez de Menores, la abuela del menor junto con el matrimonio D.C. - V., celebrándose una audiencia, donde la abuela expresó que daba su conformidad para que ese matrimonio tuviera la guarda judicial de E. y que lo otorgaba en adopción. Que en igual fecha y en la misma audiencia se autorizó la permanencia del menor en el domicilio del matrimonio D. C.- V., quedando el menor E.I.F. a su exclusivo cargo y responsabilidad, hasta que se resuelva en definitiva la situación. Ambos progenitores expresaron su voluntad a favor del otorgamiento de la guarda de menor y posterior adopción, pero la madre no se ha mostrado completamente segura para entregar a su hijo atento las idas y vueltas que ha tenido en su discurso, incluso el que fuera vertido al impugnante. Desde aquella data (25/6/2010) hasta el presente no ha mediado pronunciamiento definitivo alguno sobre el otorgamiento de la guarda judicial. Sopesando las constancias del expediente (sobre todo los antecedentes aludidos) y los derechos humanos fundamentales involucrados en el debate (interés superior del niño y solidaridad familiar) considero que la apelación debe

ser admitida, porque el vicio que se le ha enrostrado al proveído aparece configurado. Doy razones (art. 155, CP.). Por imperativo constitucional, los jueces deben resolver las causas sometidas a su conocimiento con fundamentación lógica y legal, conminándose con nulidad los actos decisorios que trasgreden dicho mandato. Para cumplir esta exigencia legal de motivar las resoluciones judiciales, es imprescindible que la fundamentación que se vierta en el fallo refleje con la mayor fidelidad posible las operaciones racionales que han conducido al juez al dispositivo por él adoptado. Pues bien, de la lectura del proveído impugnado se desprende que el Juez a quo se ha limitado al repeler la petición del impugnante, sobre la base de que el menor se encontraba contenido material y afectivamente con sus actuales guardadores y en virtud del "interés superior del niño", fundamentación aparente cuando se advierte que lo ha hecho sin brindar las explicaciones del por qué lo decidido respeta de manera efectiva los derechos fundamentales del niño F. Esto, porque su labor como intérprete estaba dirigida a determinarlo en el caso concreto, relacionando su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica, en consideración de todos los datos que conforman la situación del niño (cfr.: DOMÍNGUEZ GIL Andrés - FAMÁ María V. - HERRERA Marisa -Ley de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes- Edit. EDIAR, Bs. As., año 2012, págs. 89/90). Desde el plano constitucional, nuestra Carta Magna, en la norma de su art. 75, inc. 23, ha dispuesto que el Estado debe tomar medidas de acción positivas, justamente en su rol de garante de los derechos humanos, de lo que se sigue que el Estado no limitará su papel frente a los derechos en el reconocimiento, el respeto y la tutela, sino que deberá promoverlos, es decir, moverlos hacia adelante para hacer posible su disponibilidad y su acceso a favor de todas las personas, especialmente de las menos favorecidas. En palabras de la buena doctrina: "... se habla en particular de medidas de acción positiva y se recalca la necesidad de hacerlo en particular, respecto de ciertos grupos. La enumeración está encabezada por los niños..." (cfr.: SABSAY Daniel -La dimensión constitucional de la Ley 26.061-; trab., pub. en: -Protección Integral de Derechos de Niñas, niños y adolescentes- Edit. Del Puerto, Bs. As., año 2006, págs. 15 y ss). Lo propio sucede desde la perspectiva convencional, a partir de la cual es dable colegir que en todos los casos judiciales como el presente, dónde aparecen involucrados cuestiones de familia, adquieren ribetes particulares a la hora de abordarlos y dirimirlos, el derecho a las garantías procesales (art. 8.1 CADH); derecho a la protección judicial (art. 19 y 25.1 CADH); derecho a la protección de la familia (art. 17 CADH) y derechos del niño (art. 19 CADH). Esto, porque la protección de la familia, su integración, el acceso a la justicia, se vincula con la dignidad humana, con el derecho a la identidad, siendo responsabilidad del Estado su garantía, promoción y realización (art. 75, inc. 23, CN.). Antes de proseguir sobre el tema, no está de más aclarar que a partir del resonado precedente de la Corte Federal, "Mazzeo" (13/07/2007): "... la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)..."; y que ello importa: "... una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos..." (considerando 20). Fácil es colegir, entonces, que los avances operados en la jurisprudencia del máximo tribunal regional de Derechos Humanos tienen un impacto directo en la legislación infraconstitucional- convencional y por lo tanto, que un nuevo Código Civil y Comercial no podía quedar afuera de todos los debates, aportes y conclusiones allí arribados. Partiendo de esta mirada dual del asunto (constitucional - convencional) se colige que el "interés superior del niño" abrevia en la dignidad misma del ser humano, que se satisface cuando se lo reconoce en todos los ámbitos como sujeto de derecho pleno; por ejemplo: si es oído y su opinión se tiene en cuenta; si se respeta su vida privada y su intimidad, sino se le impide ejercer sus derechos personalísimos, si está habilitado a participar activamente en el proceso judicial que lo involucra; cuando se le brindan condiciones para desarrollar una vida digna; si se atiende su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de su propia familia en tanto y en cuanto se preserve su centro de vida, entre otras cuestiones (cfr.: MIZRAHI Mauricio -Interés Superior del Niño. El rol protagónico de la Corte-; trab., pub., en: LL, 13/09/2011, 1.). Representa una fórmula amplia y general mediante la cual se ha delegado en el juzgador la labor intelectual de darle contenido en el caso concreto. Sólo el juzgador decidirá si una determinada situación encuadra (o no) en dicha pauta legal, pero esta discrecionalidad (acótese: indeterminación propia de un juicio de predicción con certeza relativa) no libera al intérprete de relacionar su contenido con las circunstancias concretas de los protagonistas que rodean al niño, para determinar si ha sido reconocido en todos los ámbitos como sujeto de derecho pleno (v. gr.: a expresar su opinión) pues lo mejor para el niño se define siempre en relación con otros (Estado, padres, el niño mismo, etc.) y no como un término totalmente vago y abstracto. Conteste con ello, la propia Corte Federal, ha sostenido que el principio del interés superior del niño obliga a los jueces a "dar buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales..." (cfr.: CSJN, 29-4-2008, Fallos: 331:941) completando su doctrina judicial, poniéndose énfasis en que a ese fin, devendrá necesaria la intervención de los especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad. Se destacó, asimismo, que "el perito es un intermediario en el conocimiento judicial, y si en los saberes no jurídicos dicha mediación resulta fundamental, es indudable que la opinión profesional coadyuva eminentemente en la configuración regular de las

decisiones judiciales"; y de ahí que se concluya que "el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la concurrencia de personas calificadas en las disciplinas de la salud..." (cfr.: CSJN, 14-9-2010, in re: "V., M.N. c. S., W.F. s/ Autorización" (V. 777.XLII), dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal cuyos fundamentos el Tribunal hace suyos). Por ello, acierta la buena doctrina cuando sostiene que: "... a pesar de esta insuperable indeterminación, debemos procurar que la libertad de apreciación que posee el destinatario de la norma en su labor de búsqueda esté, por un lado, necesariamente ligada a la realización de los derechos fundamentales de los niños y, por el otro, alejada -en la medida de lo posible- de las preferencias y valoraciones personales que nada tienen que ver con la satisfacción de tales derechos, y mediante las que se tiende a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce (cfr.: DOMÍNGUEZ GIL Andrés - FAMÁ María V. - HERRERA Marisa -Derecho Constitucional de Familia. Tomo I- Edit. EDIAR, Bs. As., año 2012, pág. 49). Precisamente, en el proveído impugnado, más allá de la forma, la pauta aparece vacua de contenido, y todo trasunta en las meras apreciaciones subjetivas del sentenciante, convirtiendo a su fundamentación en aparente. En esta misma línea de pensamiento, tengo que cuando hay niños en juego, su interés superior y el interés familiar no tendrán connotaciones diferenciadas. Por ello, la presunta satisfacción plena de los derechos del niño no puede adquirir ribetes abusivos ni transgredir la regla básica de la solidaridad familiar. Efectivamente, el interés superior del niño y la protección de la familia confluyen a la hora de brindar una respuesta eficaz a los requerimientos de un caso particular en un punto que es, precisamente, el que permite construir y sostener la familia. Y esto, porque las cuestiones de familia deben ser planteadas y juzgadas en concreto, conforme a las circunstancias del caso, terreno donde no es conveniente dejarse llevar por conceptos apriorísticos (rectius: antes de examinar el asunto de que se trata). En este contexto, frente al hecho denunciado que tenía como principal protagonista a la madre del niño cuya representación promiscua ejercía, del cual se ha venido a poner nuevamente en crisis su expresión de voluntad primera de otorgar en guarda y adopción a su hijo, debieron tomarse medidas de acción positivas para garantizar los derechos humanos involucrados; debieron arbitrarse las medidas conducentes a desbaratar cualquier incertidumbre al respecto (v. gr.: escuchar a los padres biológicos, a los guardadores y al propio menor; entrevista sistémica entre ellos, con la presencia del menor; las encuestas vecinales y socio económicas de todos ellos, etc.) sopesándose que toda separación de su familia es excepcional y con los elementos obtenidos en la instrucción, rechazar (o no) lo peticionado. Obsérvese el énfasis que le ha impreso la CIDH a esta directriz, al establecerse que: "... la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia..." (cfr.: párr. 50). Sobre el punto, en la causa "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", se sostuvo que: "... una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño..." (cfr.: párr., 99). Por otro lado, no se puede ignorar que en cuestiones como la presente se entrelazan, no sólo los baluartes resguardados por el orden público familiar, sino también las claves vitales de las personas que requieren de un análisis interdisciplinario para zanjar y dar contenido a valores esenciales del sistema. Es por ello que deviene necesaria la intervención de los especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad, que suministrarán elementos para el convencimiento del juzgador con relación a cuestiones que van más allá de la ciencia jurídica, máxime donde la complejidad de los nexos humanos reclama del apoyo técnico (cfr.: MIZRAHI Mauricio -Interés Superior...-; ob., cit., pág. 1). Y estos conceptos han sido recogidos por la doctrina judicial de la Corte Federal (cfr.: "M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos" -26/9/2006-) en el sentido que en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar (cfr.: CSJN, Fallos 323:91, 328:2870; 331:147 y 2047). No se reniega de la inconsistencia en el discurso de la progenitora que ha quedado plasmado en el decurso de este proceso a través de sus sucesivas intervenciones, pero la circunstancia de haberse puesto en duda la voluntad primera de autorizar la entrega en guarda y luego en adopción, tiene mérito suficiente para abordar el tema nuevamente a partir de un tratamiento pormenorizado y profuso, al estar en juego la identidad de su propio hijo; y por aquello que para la protección a la familia -por regla-debe hacerse hincapié en el derecho del niño a crecer dentro de su familia de origen (a no ser separado de ésta) pues la familia que todo niño o niña tiene derecho es a su familia biológica. Tampoco se desconoce que en un todo conforme con lo previsto en la norma del art. 9, Convención de los Derechos del Niño, los Estados partes si bien tienen la obligación convencional de velar por que los niños no sean separados de sus padres, queda a salvo el caso en que las autoridades judiciales así lo hayan determinado por ser necesaria en miras al interés superior del niño. Lo que sucede es que por tratarse de un supuesto de jaez excepcional, no era

suficiente abroquelarse en la contención del niño por los guardadores con base en dicho interés; contrariamente a ello, devenía esencial (porque el tópico lo amerita) relacionar su contenido con las circunstancias concreta de las personas que intervienen en la relación jurídica de que se trata, en consideración con todos los datos que conformaban la situación del niño F., y la premisa liminar de que la separación de su familia de origen es excepcional. Doctrina de fuste ha sostenido al respecto que los derechos de la persona humana siempre cobran un perfil y una fisonomía que, sin cerrarse herméticamente en el núcleo doméstico, irradian ambivalentemente numerosas consecuencias desde él y más allá de él, hacia el Estado y hacia terceros (cfr.: BIDART CAMPOS Germán -Familia y Derechos Humanos-; trab., pub. en: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída -coordinadora- "El Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas. Tomo I- Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 1999, pág. 39). Y en pos de lograrlo, la propia CIDH recuerda que el derecho a la protección de la familia conlleva a favorecer el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar; una de las interferencias más graves, es su división. En tal sentido, la Opinión Consultiva 17 (año 2002) luego de dedicarse al concepto de familia, se refiere a la separación excepcional del niño de ésta, proclamándose que el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte del derecho a la protección de la familia y del niño (cfr.: párr., 71). La familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, en mérito de lo cual los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la identidad de la familia, incluida la familia extensa (cfr.: párr., 67). Por consiguiente, si el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados de la norma de los arts. 17 y 19, CADH, así como la de los arts. 8, 9, 18 y 21, Convención de los Derechos del Niño, el rechazo de lo petitionado por el impugnante en torno a su recomposición, merecía un tratamiento, abordaje y dimisión más profuso y fundado en los hechos concretos de la causa y las circunstancias que rodeaban a los sujetos protagonistas. Y ello así, cuando la cuestión traía a juzgamiento, tiene (valga insistir con esto) connotaciones referidas al derecho a la identidad del niño (art. 8, Convención de los Derechos del Niño) y, específicamente en lo relativo a la adopción, en el art. 21 *ibid.*. La CIDH en el precedente *Fornerón*? (cfr.: Sent. 27/4/2012 -Fondo, Reparaciones y Costas-; fallo pub. en: <http://www.corteidh.or.cr>) se ha inclinado a privilegiar el derecho a la identidad estática y no a la dinámica (al respecto, cfr.: FERNANDEZ SESSAREGO Carlos -Derecho a la Identidad Personal- Edit. Astrea, Bs. As., año 1992, pág. 113). Efectivamente, no se ha quedado con la defensa de la posesión de estado de la que gozaba la niña respecto de sus padres adoptivos sino que, frente a las irregularidades cometidas en el trámite de dicha causa, se ha entendido que es primordial el derecho del niño de vivir con su familia de origen (cfr.: al respecto, cfr.: LORENZETTI Ricardo L. - Constitucionalización del Derecho Civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema"; trab., pub. en: LL 1993-D, 673). Es que, parafraseando al cimero Tribunal, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, debiendo el niño permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal (cfr.: Opinión Consultiva 17, nota 51, párr. 77; y Caso *Gelman vs. Uruguay*, supra nota 49, párr. 125; sentencia *Fornerón*, CIDH). Esto, porque la afectación del derecho a la protección familiar incluye también la vulneración del derecho a la identidad del niño, cuando se ha prohibido u obstaculizado su integración a la familia de origen, influyendo -de esta manera- en su desarrollo durante la primera infancia, período esencial para la realización de los derechos del niño (cfr.: YUBA Gabriela -La responsabilidad del Estado en la realización de los derechos del niño y las garantías judiciales- nota a fallo pub. en: DFyP 2012 -agosto-, 99). Recapitulando, la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño (como aparece reflejado en el decreto impugnado). No son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias económicas o culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre el tópico debatido como Juez de Familia (cfr.: *BAZZANELLA JULIO HÉCTOR Y OTRO -GUARDA NO CONTENCIOSA CON FINES DE ADOPCIÓN-* (Exp. Nro. 1356088)? y si bien lo hice para dirimir un pedido de guarda pre-adoptiva, la argumentación empleada deviene *mutatis mutandi*, aplicable al caso atendiendo a que los intereses en juego son los mismos. En dicha oportunidad sostuve que cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al art. 317, inc. a, del Cód. Civ., no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y otorgar neta precedencia al primero, debiendo examinar -de acuerdo con las circunstancias particulares del caso- cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño. Empero, el análisis de tales circunstancias no puede reducirse a la comparación entre la situación económica-social de la familia preadoptante, con la situación, más modesta de los padres biológicos, pues el apartamiento de un niño de su familia biológica solo puede fundarse en circunstancias excepcionales en

las que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, más no en la carencia de recursos materiales de aquella. Es que el reclamo de que un niño sea criado por su madre biológica no puede desecharse como interés superior de aquel sobre la única circunstancia de que en otro ambiente pueda tener mejores medios o posibilidades (cfr.: CSJN ?Antinao Celia c/ D. C., M. A. -D., G. N.?, del 17/4/2007 -voto de la Dra. Argibay-; fallo pub., en: LL 2007-D, 537/538). Sostuve, además, que la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, además del consentimiento de la madre biológica de entregar en guarda adoptiva a su hijo, existen otros parámetros que constituye el centro de análisis de la cuestión analizada. Ese eje no es otro que el mecanismo que debe implementar el Estado para fundamentar la separación del niño de sus padres y de su familia biológica; esto es, la revinculación familiar. Pues, más allá del acto jurídico de entrega voluntaria de la madre de su hijo, las razones que llevan a tal separación no están dadas por la entrega inicial -elemento importante, por cierto- sino en la imposibilidad de que esos padres quieran hacerse cargo del niño. Adviértase que el verbo utilizado es ?quieran? y no ?puedan?. Esto, pues si los padres biológicos no pueden criar a sus hijos, entonces, el Estado asume un rol fundamental en el mantenimiento del vínculo materno-filial, cual es la implementación de medidas, programas y planes para que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. El recurso no es sacarle al hijo para que otra familia que está en mejores condiciones económicas, sociales, culturales, etc. obtenga la adopción de dicho menor. No puede ser ese el sentido de la ley (cfr.: SOLARI Néstor E. -Las causas de separación del niño de su familia biológica-; fallo pub. en: LL Córdoba, octubre de 2007, n.º IV, pág. 910/911). Por último, atendiendo a la importancia de los intereses en cuestión, es importante remarcar que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. Es que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto. La CIDH ha sido sumamente clara en cuanto a que el derecho de acceso a la justicia, debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, y esa falta de razonabilidad en el plazo, constituye por sí misma una violación de las garantías judiciales. Así es como, según su doctrina judicial ha establecido que: "... la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad y no en la actividad del padre...", agregándose que no puede alegarse la existencia de obstáculos internos (como falta de infraestructura, o personal para la atención de procesos judiciales), para eximirse de una obligación internacional (cfr.: Fornerón e Hija vs. Argentina, Sent. 27/4/2012). Aunque de Perogrullo, valga señalar que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. No puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales. Por consiguiente, si la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado, la duda de alguno de los padres sobre el otorgamiento de su hijo en guarda (y posterior adopción) obliga a la autoridad judiciales a adoptar las medidas conducentes para despejarla efectivamente (verdad real) incluso insistir con permanencia del niño en el seno de su familia biológica, porque (a fuer de ser reiterativos) la separación debe ser considerada excepcional y, preferentemente, temporal. Solución: en fin, y en un todo de acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, de donde surge que el déficit que el impugnante le ha enrostrado al proveído del Tribunal (falta de fundamentación lógica y legal) aparece configurado en la especie, corresponde hacer lugar a la apelación y revocar el decreto de fecha 29/2/2012. En su mérito: a) proveer por Secretaría del Tribunal A quo, la citación de los progenitores a una audiencia para aclarar su posición jurídica con relación a la entrega en guarda de su hijo, E. F., atento lo requerido por el impugnante en el escrito de fs. 252/253. b) Citar al niño, E. F. a una audiencia para ser oído (arts. 3, 24 y 27, Ley 26.061). c) Proceder a la designación de un abogado del niño (art. 27, Ley 26.061). d) Ordenar de oficio la intervención de la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Tribunal Superior de Justicia, para que tome conocimiento del expediente a sus efectos. Para concluir, resta formular la siguiente aclaración. El principio de congruencia es aquella regla entendida como: "... el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...?" (cfr.: DEVIS ECHANDÍA Hernando -Teoría General del Proceso. Tomo I- Ed. Universidad, Bs. As., año 1984, pág. 49) e importa la imposibilidad del Tribunal de mérito de soslayar la base fáctica de la cuestión litigiosa emergente de los términos de la demanda y de la contestación de ella. Ahora bien, en causas donde está en juego los intereses de los niños, parece obvio que el

proceso judicial revista características particulares que, en gran medida, lo diferenciarán de otros tipos de procesos pues las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables. Por consiguiente, no se verificará en estos casos el deber del juez de someter su pronunciamiento al contenido de las concretas peticiones, pretensiones y defensas esgrimidas por los litigantes (cfr.: KIELMANOVICH Jorge L. -Procesos de Familia- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1998, págs. 16/17) porque en los procesos donde se discute la guarda de los hijos, la litis no solo se integra con las pretensiones que esgrimen los progenitores, sino que también comprenderá los intereses de otros, los niños afectados, que el magistrado tiene la obligación constitucional y legal de amparar aunque formalmente se deje de lado el principio dispositivo propio de los juicios civiles. De ahí que, tratándose de niños, no tendrán lugar los vicios de extra petita ni de ultra petita, porque que estos consisten en derivaciones del principio procesal de congruencia que en el caso no rige (acótese: principio que -a su vez- es emanación directa del sistema dispositivo) al estar en escena intereses conectados con el orden público que permite liberarse de la rigidez de la causa petendi. Es que tratándose de procesos que se motorizan en base al impulso y decisión oficiosa, o donde se debate acerca de derechos cobijados por el orden público, de manera que la voluntad de las partes decae en influencia y, paralelamente, se incrementa el imperio del juez, que puede llegar allende las peticiones de aquéllas, justamente en aras de salvaguardar el orden público o proteger o tutelar derechos indisponibles. Conteste con ello, la Corte Federal, ha sostenido que la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que asisten a los niños; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una "efectividad directa como mandato de la Constitución". De ahí que se requiere disponer de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. En suma, el ordenamiento le impone a la magistratura el deber de "supervisión"; lo cual conlleva a una "permanente y puntual actividad de oficio" (cfr.: CSJN, 2/12/2008, "Fallos", 331:2691; 29/4/2008, "Fallos", 331:941; entre tantos otro). CUARTO: A modo de exhortación: de conformidad a las disposiciones de Derecho Interno y para que no se vea comprometido lo previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño que constituye junto con la Convención Americana, el corpus juris en materia de niñez, se EXHORTA al Sr. Juez a quo para que en un tiempo razonable (que no puede superar los tres meses) proceda dentro su competencia funcional a dirimir DEFINITIVAMENTE la situación jurídica del niño E.F. involucrado en esta lid judicial. QUINTO: Costas: Sopesando el desenlace de la apelación en los términos expuestos supra (acogimiento de la impugnación) existen elementos de juicio para apartarme del principio general que campea en la materia (art. 130, CPC.) que trasuntan en la existencia de vencimientos recíprocos al haberse decidido disminuir su grado de participación causal en el accidente, no en la proporción requerida por los apelantes pero tampoco como lo ha solicitado la accionante. Además, y tal como lo he dejado expresado supra, no se puede dejar de sopesar que existen elementos en la causa para generar en el ánimo de los apelados la fuerte convicción de que existían razones para litigar. Por ello, y porque la razón fundada para litigar es una fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida ha actuado sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito, entendimiento que no luce desajustado a las particulares circunstancias del presente ponderadas restrictivamente, pues apartarse del principio de campea en la materia (art. 130, CPC.) es de carácter excepcional, estimo apropiado imponer las costas por el orden causado (arts. 130, in fine, y 132, CPC.). SEXTO: Honorarios: Atento la manera en que han sido impuestas las costas, no corresponde regular honorarios a los profesionales intervinientes en este oportunidad (art. 26, a contrario sensu, Ley 9459) sin perjuicio del derecho que les asiste para ello. Diferir la regulación de honorarios del Sr. Asesor Letrado para cuando exista base económica para ello (art. 24 y 25 a contrario sensu, Ley 9459).- Por todo ello; SE RESUELVE: 1.- Hacer lugar a la apelación deducida por el Sr. Asesor Letrado (representante promiscuo del niño E. F.) y revocar el proveído impugnado. En su mérito: a) proveer por Secretaría del Tribunal A quo, la citación de los progenitores a una audiencia para aclarar su posición jurídica con relación a la entrega en guarda de su hijo, E. F., atento lo requerido por el impugnante en el escrito de fs. 252/253. b) Citar al niño, E. F. a una audiencia para ser oído (arts. 3, 24 y 27, Ley 26.061). c) Proceder a la designación de un abogado del niño (art. 27, Ley 26.061). d) Ordenar de oficio la intervención de la Secretaría de Derechos Humanos dependiente del Tribunal Superior de Justicia, para que tome conocimiento del expediente a sus efectos. 2.- Imponer las costas por el orden causado (art. 130, in fine, CPC.). 3.- No regular honorarios a los profesionales intervinientes en esta oportunidad (art. 26, a contrario sensu, Ley 9459). 4.- Diferir la regulación de honorarios del Sr. Asesor Letrado para cuando exista base económica para ello (art. 24 y 25 a contrario sensu, Ley 9459). 5.- EXHÓRTESE al Sr. Juez a quo para que en un tiempo razonable (que no puede superar lo tres meses) proceda a adoptar las medidas conducentes dentro su competencia funcional para dirimir DEFINITIVAMENTE la situación jurídica del niño E.F. PROTOCOLÍCESE, HÁGASE SABER Y BAJEN. Nota: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación.

001760E