

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 29 de noviembre de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázzari, Negri, Soria, Pettigiani, Genoud, Kogan**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 121.036, "M., B. D. y otros. Abrigo".

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó la sentencia de la jueza de grado quien, a su turno, decretó la privación de la patria potestad de la madre N. M. respecto de sus hijas G. A. y L. S. M. y declaró el estado de adoptabilidad de las niñas (v. fs. 753/762 vta.).

Se interpuso, por el progenitor de las niñas, M. A. M., recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 807/812 vta.).

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

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

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

I. La Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro confirmó el pronunciamiento de primera instancia que declaró la privación de la patria potestad (hoy responsabilidad parental) de la señora N. M. respecto de sus hijas G. A. y L. S. M. y declaró el estado de adoptabilidad de las niñas (v. fs. 578/583).

II. Contra dicho fallo, el señor M. A. M. -progenitor de las niñas-, con el patrocinio letrado del señor defensor oficial, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el cual denuncia errónea aplicación del art. 595 inc. "c" del Código Civil y Comercial e infracción de los arts. 18 de la Constitución nacional; 10, 11, 15 y concordantes de la Constitución provincial; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 16, 18, 27 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño; 1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37 y 39 de la ley 26.601; 3, 9 y concordantes de la ley 13.298 y 34, 36 y 384 del Código Procesal Civil y Comercial. Asimismo, alega absurdo (v. fs. 807/812 vta.).

Sostiene que el fallo además de ser arbitrario es prematuro, porque no solo no se desplegó estrategia alguna para lograr armar un proyecto sólido y viable de vinculación con sus hijas sino que jamás fue citado, al igual que su hermano y su cuñada (familia ampliada), a los fines de ser oídos, no se ha producido informe socioambiental alguno en la propiedad descripta en la propuesta, como así tampoco se le ha efectuado pericial alguna a los fines de saber si se encuentra en condiciones de ejercer la responsabilidad parental.

Resalta que es de observar lo prematuro de la resolución a partir de que como consecuencia del resultado positivo del examen de ADN el juzgado de primera instancia ordena la suspensión de la búsqueda de postulantes para una futura adopción de las niñas (v. fs. 810).

Considera que la decisión impugnada vulnera el derecho a preservar a la familia y los lazos paterno-filiales (v. fs. cit.).

Denuncia que nunca ha sido evaluado por el equipo técnico del juzgado y por ende no existe conclusión alguna sobre si se encuentra en condiciones de ejercer la responsabilidad parental (v. fs. 812).

Argumenta en torno del nuevo paradigma en materia de salud mental y la necesidad de partir del principio de la capacidad de las personas y la realización de diagnósticos a partir de evaluaciones interdisciplinarias (v. fs. cit.).

En función de lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia en crisis que confirma la declaración de adoptabilidad de sus hijas G. A. y L. S. (v. fs. 812 vta.).

III. Comparto y hago propios los fundamentos vertidos por el señor Subprocurador General, por considerar que los mismos abastecen adecuadamente la respuesta que cabe dar al recurrente (causas C. 113.234, "Mitidieri", sent. de 9-V-2012; C. 113.235, "Mitidieri", sent. de 9-V-2012; C. 115.708, "N.N.", sent. de 12-VI-2013; C. 117.084, "W., G." sent. de 4-VI-2014), en cuanto señala que resultan de aplicación los lineamientos sentados en el precedente C. 104.149, "V., M.J.", sentencia de 15-VII-2009 en el que sostuve que "El denominado derecho a la jurisdicción no se agota con la posibilidad irrestricta de comparecer ante el tribunal judicial para hacer valer sus derechos. La garantía del debido proceso implica indudablemente oportunidad razonable de alegar y probar. Por tanto, esa posibilidad se

frustra -con la consiguiente violación a la garantía del debido proceso- no tan sólo cuando se priva a los interesados de toda oportunidad para acceder a una instancia judicial sino también cuando por irrazonables consideraciones rituales el ejercicio del derecho de audiencia, o del derecho de prueba, es despojado de toda eficacia" (fs. 840 vta.).

Sin embargo, hay otros aspectos que en el ámbito de la tutela judicial efectiva se concretan con la necesidad del tribunal de adaptar fases sobre la marcha del trámite y de asegurar proveimientos adecuados (arts. 706 y 709, Cód. Civ. y Com.), ante los avatares que puedan surgir durante el proceso, para que el instituto regulado por el Código de fondo -la prioridad en la permanencia en la familia de origen o ampliada y, de no alcanzarse esa premisa, se avance en la adopción, siempre en un tiempo razonable de resolución- no pierda virtualidad. Con otras palabras, si no fuera oportuna la tutela no tendría efectividad el derecho sustancial que impulsa a que la justicia tenga en cuenta proteger a los niños ante el paso del tiempo vital que los involucra en esta indefinición familiar -ver arts. 607 inc. "c" del Código Civil y Comercial; 12 de la ley 14.528- (v. Morello, Augusto M. Y Arazi, Roland, "Procesos urgentes", JA 2005-I, págs. 13118-1352. De los Santos Mabel, "Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia" (que responde al nuevo Código Civil y Comercial, Suplemento especial Código Civil y Comercial de la Nación, Familia [diciembre], 12-IV-2014, 125).

Sobre estas bases, se advierte que la intervención del señor M., en la primera etapa, cuando estaba pendiente la determinación de la filiación respecto de las niñas así como en la segunda, con el reconocimiento en su calidad de parte posterior a la sentencia de primera instancia -ver fs. 578 y 681 vta.-, ameritaba reconducir el trámite. Ahora bien, el juez y, luego el Tribunal de Alzada, resolvieron sin dar oportunidades concretas para que no solo se ejerciera el derecho de prueba sino también se diera posibilidad de rebatir la prueba existente, como por ejemplo frente a los antecedentes de violencia denunciados por el Ministerio Público (v. fs. 564/vta.). Aunado a ello la petición del escrito de fs. 700 que plantea de parte del nuevo interviniente hacerse cargo de los niños, con ofrecimiento de prueba, justificaba una respuesta oportuna. Veamos, en contraposición, cómo se llegó a resolver en estas actuaciones de forma contraria a la aplicación de las normas de procedimiento tendientes a favorecer el acceso a la justicia (art. 706 inc. "a", Cód. Civ. y Com.).

Por ello, comparto la observación efectuada en el referido dictamen en cuanto a que "...el proceso se ha desarrollado a espaldas del Sr M. durante el prolongado tiempo que ha consumido la realización de la prueba genética -un año y tres meses-, conduciendo al absurdo de declarar a las niñas en situación de adoptabilidad encontrándose pendiente de producción el resultado de la prueba genética ordenada por el a quo a los fines de la comprobación del vínculo biológico con el Sr. M...." (fs. 840 vta.).

Y en lo que respecta a las intervenciones del señor M. en calidad de parte, cabe observar lo siguiente: a fs. 702, la jueza de primera instancia, sobre el escrito antes citado provee de esta forma: "...Proveyendo la presentación de fs. 700/701: Devueltas que sean las presentes del superior se proveerá..."; en otras palabras, el sentenciante pospone el tratamiento a un tiempo posterior de la sentencia de Cámara cuando la oportunidad probatoria y de oposición a la prueba existentes estaban cerradas. Y en lo que respecta al Tribunal de Alzada, se resolvió con la pérdida de la responsabilidad parental sin considerar el contenido de la presentación de fs. 700 y poniendo en juego las garantía de prueba y oposición que integran el debido proceso.

A ello agrego esta otra motivación: en el respeto por la bilateralidad y paridad del trato, en el marco de oficiosidad y ordenación probatoria presente en este tipo de proceso (art. 709, Cód. Civ. y Com.) y el interés superior del niño, la mentada reconducción debió ser guiada por criterios finalistas y pragmáticos que resguardarán no solo las referidas garantías del señor M. sino también prever la debida participación del Ministerio Público respecto de la entidad de los antecedentes de violencia familiar y de abuso hacia otros familiares. Vale decir, a los fines de utilidad del proceso, el activismo judicial está encaminado a que el desarrollo sea funcional al alcanzar no solo garantizar su defensa sino también a que ese objetivo se integre con proveimientos que atuvieran a la consideración de esa circunstancia descalificatoria.

Por último, considero que la propuesta del Subprocurador de mantener el *statu quo* de las niñas también es acertada (v. fs. 841). Al respecto, en ejercicio del principio de oficiosidad que consagra el art. 709 del Código Civil y Comercial y de las obligaciones que habilitan esta actuación oficiosa para conocer y determinar medidas de protección a favor de las niñas (art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 99), procedo a obtener información del Registro de Violencia Familiar, incorporando la constancia pertinente en este acto, del que resulta que existen doce denuncias que involucran al señor M. en causas sobre protección contra la violencia familiar. De ahí que obligan al Juez, frente a estos antecedentes -en el marco de esta instancia que es preliminar- a seguir las exigencias reforzadas de debida diligencia de no poder dejar de observar este elemento cuando define medidas de protección (arts. 2, 3, 19, 22, 27 y 39, Convención de los Derechos del Niño y 7 inc. "b", Convención de Belén do Pará).

Asimismo, en pos de garantizar la protección de la identidad de L. S. y G. A. es necesario que en la instancia de origen se arbitren los medios para que el Registro de Estado y Capacidad de las Personas tome nota del vínculo filiatorio (v. fs. 765/775; art. 8, Convención de los Derechos del Niño).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, exhortar a la instancia para que en el plazo más breve posible y de acuerdo a las pautas

señaladas en los párrafos que anteceden, se confiera al recurrente el derecho de alegar y probar los extremos que estime indispensables a sus pretensiones, sin que ello implique suspender el trámite de las actuaciones en relación con la vinculación de las niñas que surge de lo informado a fs. 851.

En atención a la forma en que se resuelve, las costas se impondrán por su orden (arts. 68, segundo párrafo y 289, CPCC).

El presente se notificará con copia del dictamen obrante a fs. 836/841 vta.

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

I. El 10 de noviembre de 2011 la titular de la Asesoría de Incapaces n° 3 del Departamento Judicial de San Isidro inició las presentes actuaciones requiriendo la legalización del abrigo institucional adoptado en favor de G. A. M., L. S. M., B. D. M. y J. A. M. (v. fs. 46/48).

La medida de protección se dispuso por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos del Niño tras observar que, pese a la asistencia integral brindada a la madre de los menores de edad desde el año 2004, ella no había logrado superar las dificultades que se le presentaban en la asunción y ejercicio del rol materno, situación que vulneraba los derechos de sus hijos (v. fs. 3).

II. De la documentación obrante a fs. 410 vta. y 443 vta. surge que se identificó al señor M. A. M. (progenitor de J. A. M.) como padre de las niñas L. S. y G. A. M. y que, recién en el mes de abril de 2014, se acompañó en autos audiencia labrada con el referido (v. fs. 457).

En esa acta el señor M. manifestó ser el padre de las niñas y que le habrían impedido reconocerlas. Además, refirió que era su deseo que sus hijas vivieran con la hermana del dicente (quien tiene a su cargo a otro hijo J. A. M., v. fs. 789/788 y 789/793).

Acto seguido, y a instancias de lo peticionado por la Asesora de Incapaces a fs. 458 punto III, se ordenó la realización de exámenes comparativos de ADN para determinar la filiación paterna de las referidas menores de edad (v. fs. 460).

III. Sin embargo, con carácter previo a obtener el resultado de dicha pericia, la jueza de primera instancia declaró en estado de abandono y adoptabilidad a L. S. y G. A.; disponiendo la búsqueda de postulantes en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción (v. fs. 578/583).

IV. Luego de que se dictara esa sentencia, a fs. 612/615 se adjuntaron las pericias de análisis comparativo de ADN confeccionadas por la Dirección General de Asesorías Periciales que determinaron una probabilidad de paternidad estimada en el 99,99% del señor M. A. M. respecto de las niñas G. A. y L. S. M..

En consecuencia, se suspendió la búsqueda de aspirantes para la adopción hasta tanto se dilucidara la situación respecto del padre de las niñas (v. fs. 625 vta. y 635).

V. A fs. 648, 657 y 659 se dispuso citar al señor M. A. M. para que se presentara en autos "...a fin de realizar las peticiones correspondientes en relación a las filiación paterna, ejercicio de la patria potestad y su situación actual bajo apercibimiento de disponer de las menores..." (fs. 648).

En tal sentido, con fecha 11 de agosto de 2015, se labró acta de audiencia con el señor M. A. M., quien manifestó querer reconocer y hacerse cargo de sus hijas, asimismo declaró contar con la ayuda de familiares (v. fs. 657).

En ese acto se le hizo saber al compareciente que debía presentarse en autos con patrocinio letrado (v. fs. 661).

V.1. Es así que el señor M. con la asistencia letrada de la defensoría oficial se presentó a fs. 689 y dedujo recurso de apelación contra la sentencia que declaró en estado de abandono a sus hijas invocando la vulneración del debido proceso, su derecho de defensa y el de las niñas (v. fs. 731/736).

V.2. Por otro lado, a fs. 700/701 reiteró su pretensión de hacerse cargo de sus hijas y formuló una propuesta en la que dio cuenta de sus ingresos, situación laboral y habitacional, como así también expuso que sus hermanos colaborarían con él. Por otra parte, se comprometió a realizar junto a sus hijas el tratamiento terapéutico que le indicaran. Ofreció prueba testimonial y la realización de un informe socio-ambiental en su domicilio.

Sin embargo, dicha prueba no fue producida.

VI. La Cámara de Apelación confirmó la declaración de estado de adoptabilidad decidida en la sentencia apelada (v. fs. 753/762).

Contra ese pronunciamiento el señor M. A. M. dedujo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley obrante a fs. 807/812 vta.

VII. La impugnación prospera.

VII.1. En el caso han sido vulneradas las garantías del debido proceso y de defensa en juicio al declarar la adoptabilidad de las niñas G. A. y L. S. M. sin haberle otorgado a su padre una razonable participación en la *litis*, impidiéndole la posibilidad de alegar y probar su idoneidad para ejercer su responsabilidad parental, como así también la contención que le pudiera brindar a las menores de edad la familia ampliada (arts. 16, 18, 75 incs. 22 y 23, Constitución nacional; 15, Constitución provincial, 1, 2.2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9, Convención sobre los Derechos del Niño).

Tal como destaca el señor Subprocurador General a fs. 840, surge de autos que la participación en el proceso del aquí recurrente, con las debidas garantías constitucionales, recién fue llevada a cabo a fs. 689 cuando se le notificó -con la pertinente asistencia letrada- el decreto de adoptabilidad de sus hijas.

Se concedió al señor M. una participación tardía en las actuaciones, y a pesar de ello ni siquiera se le dio la posibilidad de producir las pruebas de las que intentó valerse a fs. 700/701.

VII.2. Recuerdo que la naturaleza de las cuestiones familiares -como la que nos ocupa- exige un especial cuidado en la evaluación del caso, debiéndose resguardar el interés superior de las niñas, al que hace referencia el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, sin soslayar las garantías en el ejercicio de derechos constitucionales que corresponden a sus progenitores (causa C. 110.887, "N.N. o S., V.", sent. de 7-X-2013).

Las niñas tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y, en este sentido, las niñas deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquellas para optar por separarlas de su familia (conf. mi voto en causa C. 115.102, "B. O., S. N.", sent. de 12-III-2014).

La separación debe ser excepcional.

VII.3. En autos se declaró a G. A. y L. S. M. en situación de abandono y estado de adoptabilidad estando pendiente el resultado de la prueba genética ordenada por la propia jueza de grado, imposibilitando al señor M. efectuar -a tiempo- las peticiones que considerara pertinentes en salvaguarda de los derechos de sus hijas (y las que propuso en la oportunidad que tuvo -a fs. 700/701- ni siquiera fueron proveídas en primera instancia, sino directamente desestimadas por la Cámara).

En consecuencia, la situación planteada demuestra el absurdo en que ha incurrido el Tribunal de Alzada al confirmar la decisión de primera instancia sin analizar los agravios que le fueran planteados: la violación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio; de esa manera ha colocado nuevamente al señor M. A. M. en estado indefensión.

Permitir que el padre biológico tenga adecuada intervención en este proceso, no implica que se vulneren los derechos de sus hijas (conf. arts. 8 y 9, Convención sobre los Derechos del Niño y 7, ley 14.528).

En conclusión, corresponde hacer lugar a la impugnación deducida y conferirle al señor M. A. M. la oportunidad de ejercer debida y efectivamente sus derechos (conf. arts. 18, Const. nac.).

VII.4. Por otra parte, en consideración a lo expuesto precedentemente, dada la naturaleza de los intereses afectados, corresponde exhortar a la instancia de grado a que arbitre todos los recaudos que resulten pertinentes en el plazo más breve posible (art. 15, Const. prov.).

VII.5. Las costas se imponen por su orden, dada la índole de las cuestiones planteadas (art. 68, segundo párrafo, Cód. cit.).

Voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

Por las razones expuestas por el señor Subprocurador General en su dictamen de fs. 836/841 y en el voto del doctor Negri, al que adhiero, doy el mío por la **afirmativa**.

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, en tanto ella concilia con el actual interés de G. y L. (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño -"CDN"-; 1, 18, 31, 33,

75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 595 inc. "a", 607 inc. "c", 706 inc. "c" y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 384, 850, CPCC).

I.1. El art. 3, párrafo 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 art. 3, párrafo 1, 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 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 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 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General 12 [2009] sobre el derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General 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 (causas Ac. 63.120, "Garrido", sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814, "G., J. G.", sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 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, "C., M. A.", sent. de 26-X-1999; Ac. 71.303, "S., C. E.; S., A. S.; S., M. L.; S., M. E.; N. N. o J. M. S.", sent. de 12-IV-2000; Ac. 78.726, "M., R. R.", sent. de 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 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) el cuidado, protección y seguridad del niño, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 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 14 [2013], cit., párr. 40).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los 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 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, en oposición a 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, "E., M. E.", sent. de 16-III-1999; Ac. 84.418, "A., S.", sent. de 19-VI-2002; entre otras).

I.2. Pues bien, en estos actuados, tal como bien lo han descripto los colegas que han votado precedentemente, el progenitor de las niñas, nacidas el 27 de agosto de 2008, si bien conoció desde siempre su calidad de tal (a pesar de que nunca compareció ante el Registro de Estado y Capacidad de las Personas a reconocer su paternidad extramatrimonial mientras sus hijas convivían con la madre), se presentó tempranamente denunciando su parentesco (v. fs. 443 y vta., 445, 452 y 453, 457 y 458), ocasión en la que petitionó que se realice la prueba biológica a los fines de acreditar dicho vínculo y con el objeto de que las menores también pasaran a vivir con su hermana R. (con quien ya convivía J., hermano mayor de las mellizas, v. fs. 457).

A su turno, el abordaje de dicha propuesta integrativa familiar fue supeditado por el tribunal de origen a la previa constatación de la alegada paternidad del presentante, mediante la realización de la consabida pericia genética, la cual demoró un año y cinco meses en llevarse a cabo y confirmar dicho nexo biológico (agosto de 2015, v. fs. 548).

Y si bien en el ínterin la susodicha hermana del recurrente manifestó finalmente que no contaba con los recursos suficientes para responsabilizarse por las niñas, ni con la capacidad para criar a tres pequeños (v. fs. 560, diciembre de 2014), no es menos cierto -tal como ha sido puesto en evidencia en el dictamen del señor Subprocurador General (v. fs. 836/841)- que el estado de adoptabilidad de las menores declarado en marzo de 2015 prescindió de la previa y suficiente intervención del señor M. en el proceso.

Una vez reconocido su carácter de progenitor de las mellizas, éste volvió a presentarse en octubre de 2015 y -además de recurrir la sentencia que lo privaba de su responsabilidad parental- efectuó una nueva propuesta de vinculación con sus hijas, solicitando hacerse personalmente cargo de ellas, brindando razones y ofreciendo pruebas para acreditar los recursos afectivos y materiales a tal fin (v. fs. 700/701).

Dicha segunda petición tampoco fue considerada (v. fs. 753/763), lo que ocasionó que al tiempo de la confirmación de la declaración del estado de adoptabilidad de las niñas por parte del Tribunal de Alzada, en marzo de 2016, el señor M. hubiera carecido de la efectiva oportunidad para demostrar su aptitud para responsabilizarse por ellas (conf. arts. 1, 18, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 1.1, 8.1 y 25.1, Convención Americana de Derechos Humanos ["CADH"]; 607, 609 inc. "b", 641 inc. "e", 646 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 11, 15 y concs., Const. prov.).

Cierto es que 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.

Por lo que la paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida. Quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. Aquí, el necesario punto de inflexión debe encontrarse en el superior interés del menor, y en este aspecto aparece la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no como consecuencia de una sanción impuesta a los padres, sino como un remedio para los hijos, resultando en definitiva irrelevante, en principio, el motivo por el cual se produjo el abandono o desamparo que los coloca objetivamente en grave peligro material o moral (conf. mi voto en Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003).

Pues al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, el mismo texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean objeto de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19, CDN).

Y ello así en tanto los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de aquéllos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14 [2013], cit., párr. 93), por lo que las estrategias de revinculación o vinculación con la familia de origen del menor poseen un momento de realización.

Pero en este caso, la nueva propuesta vincular presentada por el progenitor de las niñas una vez acreditado el nexo filial debió reputarse todavía tempestiva en atención a la particular situación procesal en la que aquél había sido colocado y en tanto las pequeñas aún continuaban alojadas en el Hogar San Cayetano (conf. CIDH, "Forneron en Hija vs. Argentina", sent. de 27-IV-2012; arts. 17 y 19, CADH; 1, 18, 31, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 1, 3, 8, 9, 18 y concs., CDN; 1, 11, 15 y concs., Const. prov.; 163 inc. 6, 164 y concs., CPCC).

De tal forma, el tribunal *a quo* incumplió su obligación de debida diligencia en torno de la tutela del derecho de las niñas a vivir, crecer y desarrollarse con su familia de origen (conf. arts. 1, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 1, 3, 8, 9, 18 y concs., CDN; 595 inc. "a", 607 inc. "c", 706 inc. "c" y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 11, 15 y concs., Const. prov.).

I.3. Habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de G. y L., con asistencia de la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (v. fs. 859), lo que me permitió conocerlas 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 concs., CDN; 75 inc. 22, Const. nac.).

En efecto, si bien recientemente, en abril de 2017, las hermanas fueron entregadas en guarda con fines adoptivos al matrimonio C.-R. (v. fs. 833 y 851), no es posible apreciar que dicha incipiente vinculación haya alcanzado un grado de consolidación tal que lo que aquí se resuelve, incluso valorando en forma precautoria los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, pueda ocasionarles algún perjuicio irreparable en su persona (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, CDN; 1, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17 y 19, CADH; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 384, 850, CPCC).

II. Habida cuenta de lo expuesto, en atención a las especificidades propias del régimen familiar, las particularidades del presente caso y asimismo en el superior interés de G. A. y L. S. M., corresponde acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído bien que manteniendo el actual *statu quo* de las menores bajo la guarda con fines adoptivos dispuesta en favor del matrimonio C.-R., en tanto ello continúe resultándoles beneficioso a tenor del seguimiento de la misma que lleva a cabo el tribunal de origen. Consecuentemente, la situación de adoptabilidad de las niñas debe reputarse sujeta a la condición resolutoria de que su progenitor -a pesar de su prolongada ausencia en la vida de éstas- pueda acreditar su idoneidad para hacerse cargo de ellas, en cuyo caso operaría el cumplimiento de dicha condición, debiéndose -recién allí- suprimir respecto de las menores los efectos de la adoptabilidad y guarda dispuestas (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 1, 18, 31, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 343, 595 inc. "a", 607 inc. "c", 613, 614, 706 inc. "c" y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 11, 15, 36.2 y concs. Const. prov.; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 19, 20, 21, 27 y concs., ley 14.528).

Por demás, al igual que mis colegas, propicio que en la instancia de grado se dispongan las medidas que se estimen pertinentes a los fines de garantizar el derecho de defensa del señor M., debiéndose resolver la situación de las niñas en el plazo más breve posible (arg. arts. 3, 9 y 12, CDN; 1, 18, 31, 75 inc. 22 y concs., Const. nac.; 595 inc. "a", 607 inc. "c", 613, 614, 706 inc. "c" y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Const. prov.).

De esta forma, también doy mi voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la **afirmativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votó también por la **afirmativa**.

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, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar -por mayoría- al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y, en consecuencia, se

exhorta a la magistrada de la instancia de origen para que en el plazo más breve posible y de acuerdo a las pautas señaladas en los párrafos del punto III del voto del doctor de Lázzari, se confiera al recurrente el derecho de alegar y probar los extremos que estime indispensables a sus pretensiones, sin que ello implique suspender el trámite de las actuaciones en relación con la vinculación de las niñas que surge de lo informado a fs. 851.

Las costas se imponen por su orden, en atención a la entidad de los intereses en juego (conf. art. 68 segundo párrafo y 289, CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI HECTOR NEGRI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

CARLOS E. CAMPS

Secretario