

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 16 de marzo de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Pettigiani, Genoud, de Lázari**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.647, "M. , S.A. . Guarda".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca confirmó la sentencia de primera instancia que, a su turno, había declarado la situación de desamparo y estado de preadoptabilidad de la niña S. A. M. M. (fs. 750/760).

Frente a esa decisión, el padre de la niña interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 763/773).

Oída la señora Procuradora 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 Negri dijo:

1. La Sala I de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Bahía Blanca confirmó el pronunciamiento de primera instancia que declaró la situación de desamparo de la niña S. A. M. M. y su estado de preadoptabilidad (fs. 750/760).

2. Contra dicho fallo el señor J. M. d.P. , padre de la niña, deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia la violación y errónea aplicación de lo dispuesto por los arts. 19 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; 36 incs. 1, 2, 7 y 8 de la Constitución provincial; V, XI y concordantes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, 8 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1, 11, 17 párrafo 1, 19 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3.1, 9.1, 9.2, 9.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 10, 29 y concs. de la ley 26.061 y 9, 14, 19 inc. "c", 34, 35, 35 bis inc. 3 y concs. de la ley 13.298. Denuncia, además, infracción de doctrina legal y arbitraria aplicación del art. 317 del Código Civil (fs. 763/773; 778/779; 783; 784).

Sostiene que yerra la Cámara al fundamentar, recién en dicha instancia, la declaración de desamparo y abandono en constancias de la causa que resultan obsoletas para definir esa cuestión (fs. 766 vta.).

Aduce que la decisión recurrida vulnera el derecho de protección del núcleo familiar, demostrando falta de diligencia en el proceso legal que culminó con la mentada declaración de abandono (fs. cit.).

Considera que se ha aplicado erróneamente lo establecido en el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al alegar circunstancias pasadas de la vida del recurrente -tal como su adicción a las drogas- sin advertir que ha comenzado un tratamiento en relación a esa enfermedad, en aras de resguardar su salud y afianzar lazos con su hija (fs. 767/vta.).

Expone que el Estado no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas adecuado y oportuno, por lo que la niña ha sido privada de su derecho a acceder a diversos aspectos de su identidad y a establecer vínculos con su familia biológica (fs. 768).

Señala que de los informes elaborados por el equipo técnico de la Unidad de Prevención de Adicciones y de la Unidad de Toxicología del Hospital municipal surge la evolución favorable en los tratamientos iniciados por el impugnante y que ello se debe a que su principal motivación radica en la posibilidad de reencontrarse con S. A. (fs. 768 vta.).

Destaca que resulta beneficiario del Programa de Desarrollo y Empleo Local desde el 1 de mayo de 2011, prestando servicios en un Centro Cultural (fs. 768 vta./769).

Afirma que se ha omitido la aplicación del criterio esbozado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (sent. del 26-X-2006) en cuanto al deber de actuar con una diligencia excepcional en relación a los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de las personas menores de 18 años (fs. 769).

Asevera que en el caso existe un evidente descuido del "interés superior del niño", por cuanto se ha decidido la preadopción de la niña pese a los reiterados pedidos de audiencia formulados por su parte con la finalidad de demostrar su capacidad de afianzar su figura paterna (fs. 770/vta.).

3. De las constancias obrantes en autos surge:

a) Las actuaciones se inician a raíz de una medida de protección especial de derechos adoptada el 28 de diciembre de 2007 por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de Bahía Blanca respecto de S. A. M.M. , de -por entonces- 4 meses de edad (fs. 1/6 de la causa 31.060 "M. , S.A. . Su abrigo", acollorada a las presentes).

Ese organismo intervino a requerimiento del Titular del Juzgado de Familia n° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, en el marco de lo actuado en "M. , A. y D.P. , A. c/ M. D.P. , J. s/ Violencia Familiar". En esas actuaciones el abuelo paterno de S.A. , señor A.M. , denunció a su hijo J. M. D. P. por hechos de violencia y asimismo refirió que ambos padres de la niña padecían serios problemas de adicción (v. fs. 12/14 de la causa 31.060, acollorada a las presentes).

b) Esa medida de protección fue dispuesta al observar vulnerados los derechos a la integridad física, psicológica y social de la pequeña S.A. .

Consistió en el alojamiento de la beba en el domicilio de la señora N. C. (prima de la progenitora de S.) y su pareja, en razón de que sus abuelos manifestaron no poder continuar cuidando a su nieta (fs. 4/6, causa cit.).

El 7 de enero de 2008 se declaró la legalidad del abrigo, el que más adelante fue prorrogado (fs. 33/vta. y 51/52, causa cit.).

c) Unos meses después, la Asesora de Incapaces requirió que se otorgara la guarda cautelar de S. A. a la señora N. C. y, por otro, la realización de una pericia psicológica y psiquiátrica a los padres de S. , solicitando -además- que los mismos sean oídos.

Acompañó numerosos informes que daban cuenta de las dificultades observadas por el Servicio Local para procurar la restitución de la beba a sus padres. De los mismos surgen las desfavorables condiciones en las que se encontraban estos últimos, su adicción a las drogas, la existencia de una relación de violencia y dominación entre ambos, como así también la ausencia de residencia fija (fs. 1/84).

d) De manera simultánea a la petición de la Asesora de Incapaces, la señora N. C. promovió demanda solicitando la guarda definitiva de S. A. M. M. (v. fs. 97/101 y 104).

e) La jueza interviniente designó audiencia para el día 26 de noviembre de 2008 a fin de tomar contacto con el matrimonio guardador, la niña y sus progenitores (fs. 85/vta.).

A ese acto, junto con la menor S.A. , comparecieron la señora N. B. C. y su pareja, el señor R. A.M. , quienes reiteraron su intención de ser los guardadores judiciales de la pequeña.

f) Ante la incomparecencia de los padres de S. A. a esa audiencia se les fijó una nueva, llevada a cabo el 25 de febrero de 2009, en la que los mismos se opusieron a que su hija permaneciera con la señora N.C. .

Señalaron que, si bien eran conscientes de las faltas que habían cometido en el cuidado y protección de S. , estaban dispuestos a revertir la situación y a probar su voluntad de hacerlo.

Manifestaron que las circunstancias que habían dado origen a la medida de abrigo habían cambiado, pues ellos ya no vivían en la calle, tenían trabajo y ya no consumían más sustancias adictivas.

Solicitaron el reintegro de la niña y, asimismo, peticionaron que se efectivizara un régimen de visitas amplio (fs. 232/233 vta.).

g) El juzgado ordenó la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas. En esta última, el licenciado Tapia concluyó que los padres de S.A. , pese al esfuerzo de voluntad que estarían haciendo para modificar su situación, no reunían criterios psicológicos suficientes para el ejercicio de las funciones parentales con sus hijos (v. fs. 244 y 263/268).

Por otro lado, el servicio Local de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes -Secretaría de Desarrollo Humano y Social de la Municipalidad de Bahía Blanca- informó que desde el inicio de su intervención en la conflictiva familiar y hasta esa fecha -10 de marzo de 2010- la situación interna y externa de los padres de S. A. no había variado "... no implicándose ambos en la problemática como para generar los cambios necesarios para recuperar a su hija...", y señaló que -en todo ese tiempo- no se había podido crear una mínima vinculación entre ellos y la niña (v. fs. 249).

h) Con posterioridad, y en consonancia con lo dictaminado por la Asesora de Incapaces a fs. 270, la jueza de primera instancia resolvió otorgar la guarda judicial de S. A. a la señora N. C. y a su pareja R. A. M. (fs. 286 y 297).

i) Luego, los señores J. M. D. P. y K. A. M. C. requirieron -nuevamente- un régimen de contacto con su hija S.A.

Por tal motivo, se ordenó la realización de un informe socioambiental en el domicilio de los nombrados, como así también una entrevista psicológica.

Del relevamiento socioambiental de fecha 6 de septiembre de 2010 surge que la señora K. A. M. C. denunció por violencia al señor J. M. D. P. y que, como consecuencia de ello, habrían dejado de vivir juntos (v. fs. 323 a 331 se informan nuevos hechos de violencia).

El 23 de febrero de 2011 se autorizó a J. M. D. P. a tomar contacto con su hija; sin embargo, esas visitas, que debían ser supervisadas por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, no fueron llevadas a cabo (v. fs. 346 y 364/368).

En el marco de las presentes actuaciones se dispuso un régimen de visitas en favor de la abuela paterna de la niña, señora A. M. D.P. .

Los guardadores -a través de su letrada patrocinante- hicieron saber que en oportunidad de realizarse la visita se hizo presente el señor J. M. D. P. insultándolos y "poniendo en peligro la seguridad, tanto física como psicológica de la niña" (v. fs. 432/433). Esta situación se repitió en otras oportunidades (v. fs. 456 y 548/549).

j) A fs. 440 obra acta de audiencia celebrada con la señora K. A. M. C. (respecto de quien se habría requerido su averiguación de paradero, v. fs. 372). En ese acto la madre de la niña refirió vivir en Mar del Plata, trabajar como empleada doméstica, vivir sola y estar alquilando una vivienda. Y sin perjuicio de manifestar querer recuperar a su hija, no tuvo más presentaciones en autos (v. fs. 531 y 620).

k) A fs. 444/445 y su ampliación de fs. 453, obra pericia psiquiátrica en la que se concluye que el señor J. M. D. P. no se encuentra en condiciones de ejercer el rol paterno.

l) Del informe elaborado por el Servicio Local surge que "... durante un tiempo prolongado y tal como consta el plan de estrategias diseñado al momento de adoptarse la medida de abrigo ... se abordó principalmente la vinculación de S. con sus progenitores..." y que todas ellas fueron infructuosas (v. fs. 527/529).

En esa oportunidad, señalaron que los obstáculos por los cuales se dispusiera la medida de abrigo -que diera inicio a las presentes actuaciones- no fueron removidos y que si bien el señor J. M. D. P. "... ha realizado continuos reclamos por su hija no ha podido lograr modificaciones en estos cuatro años que puedan pensar en hacerse cargo de sus funciones paternas..." (v. fs. 530/532).

m) En consideración a todo lo expuesto, el 28 de noviembre de 2013, la jueza de primera instancia tuvo por verificada la situación de desamparo de la niña y declaró su estado de preadoptabilidad (fs. 695/697 vta.).

n) Esa decisión fue apelada por el progenitor de la niña, J. M. (fs. 707 y 724/732) y, a su turno, confirmada por la Cámara (fs. 750/760).

La alzada realizó un detallado examen de los antecedentes destacando el esfuerzo llevado a cabo por el Servicio Zonal de Protección de Derechos para lograr la reinstalación del vínculo de los padres con su hija.

Indicó que, sin perjuicio de que las pericias psiquiátricas no indicaban la existencia de patologías, en las obrantes a fs. 263/268 se había dictaminado que los padres de S. no reunían (para la época en que fueron realizadas: mayo de 2009), criterios psicológicos suficientes para el ejercicio de las funciones parentales (fs. 756).

Respecto del señor J. M. D.P. , refirió que le fue realizada otra evaluación en el año 2012, en la que se concluyó que al momento de la entrevista se observaban elementos constitutivos de una personalidad con rasgos de inmadurez emocional y que no se encontraba en condiciones de ejercer el rol paterno (fs. 757 vta.).

Expuso que luego de siete años de actuaciones, intentándose por distintos medios lograr una vinculación adecuada entre la niña y sus padres, la derivación natural y lógica era la declaración judicial adoptada por la jueza de origen (fs. 758).

Concluyó que todo el tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones en virtud de la medida de abrigo (diciembre de 2007), era demostrativo de lo imperioso que resultaba el dictado de una sentencia como la recurrida para darle una estabilidad emocional a la menor, que, conforme a su edad, iba conociendo su realidad biológica. Además, aclaró que esa decisión no impedía la realización de un eventual régimen de visitas en favor del padre de la niña (fs. 759 vta.).

4. Coincido con la señora Procuradora General en que el recurso extraordinario deducido no puede prosperar.

La naturaleza de las cuestiones familiares como la que nos ocupa exige, a mi criterio, un especial cuidado en la evaluación de todo lo actuado en el proceso y, desde esta perspectiva, luego de un pormenorizado análisis del caso, estimo acertado el juicio de mérito realizado por la Cámara.

S. A. M. M. nació el 15 de agosto de 2007 y desde sus cuatro meses vive con la señora N. C. y su pareja, el señor R. A. M. (v. cert. de nacimiento a fs. 95).

En autos, el 27 de diciembre de 2007, fue adoptada una medida especial de protección de S.A. : su alojamiento en el hogar de los años C. y M. .

Desde ese momento, los distintos operadores que intervinieron en el caso abordaron la problemática procurando reunir a la niña con sus padres; sin embargo, el resultado no fue el esperado.

5. Recuerdo que el objeto de este tipo de procesos tiene en miras salvaguardar los intereses de los niños, situación que se ha contemplado debidamente en la especie (v. fs. 533/535, 583).

La atención primordial al "interés superior del menor" al que hace referencia el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a su protección.

El principio proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que lo tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquéllos.

De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; Ac. 87.832, sent. del 28-VII-2004; C. 100.587, sent. del 4-II-2009).

Al respecto, he señalado que la infancia es concebida con una dimensión autónoma, que refiere sus propios derechos e intereses y, sobre esa base, dentro del sistema familiar y social: corresponde sustituir las preferencias centradas en la figura del adulto por una construcción en la cual el eje es el niño (conf. C. 106.966, sent. del 9-XII-2009; C. 101.304, sent. del 23-XII-2009).

6. Ahora bien, en otro contexto fáctico, puse de relieve el valor de la familia biológica y en su momento la restitución del niño al hogar de sus padres biológicos (conf. Ac. 69.426, sent. del 12-IX-2001).

Sin embargo, las excepcionales circunstancias de este caso determinan que ese principio deba ceder toda vez que el interés superior de S. A. así lo exige. Pues, tal como señalé, son las necesidades de los niños las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida.

En consecuencia, luego de un pormenorizado análisis de las circunstancias que rodean y rodearon la vida de esta niña, considero demostrada tal situación excepcional.

7. Sin perjuicio de lo expuesto, en consonancia con lo dictaminado por la señora Procuradora General a fs. 804 vta., entiendo que, en la instancia de grado, deberá evaluarse la posibilidad de restablecer un régimen de comunicación entre S. A. y su padre (v. fs. 555 y 637), como así también -por otro lado- mantener el vínculo con el resto de sus familiares de origen (v. fs. 536/538; 575; arts. 3 y 8.1, C.D.N.).

8. En conclusión, aprecio que no han sido acreditadas las infracciones legales denunciadas y, por lo expuesto, propicio el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (art. 279, C.P.C.C.).

Las costas se impondrán por su orden, dada la índole de la cuestión planteada (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

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

I. Comparto la solución que propone el colega que abre el acuerdo.

Ello pues concilia acabadamente con el superior interés de S. A. (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño "CDN"; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 594, 595 incs. "a" y "d", 607, 706 y concs., Cód. Civ. y Com.; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1º, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 384, 853, C.P.C.C.).

1. El art. 3, primer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, 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 C.D.N., el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, primer párrafo, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una Consideración primordial, párr. 33).

Subraya asimismo que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño; por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño); y, finalmente, (iii) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 ... cit., párr. 6).

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

Ahora bien, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

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

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

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

Por demás, la consideración del interés superior del niño como algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de darles prioridad en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de los que se trate (conf. Comité de los derechos del Niño, Observación General n° 14 [2013], cit., párr. 40).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de 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 nº 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, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; entre otras).

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

La paternidad no puede constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandónicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de sus vidas, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente. 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, sent. del 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 -como ocurre en el caso- de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9, 19, C.D.N.).

De estos actuados -tal como lo han descripto tanto el colega que abre este acuerdo como la señora Procuradora General en su dictamen de fs. 800/804- se percibe claramente que a pesar de haber transcurrido más de siete años desde la constatación de la inicial situación de vulneración de derechos fundamentales en que se hallaba la niña (fs. 3/7 y 33, expediente de abrigo), todavía hoy el progenitor no ha podido revertir totalmente las conductas que dieran origen a dicha situación (fs. 1/2, expediente de guarda).

Si bien es cierto que luego de este tiempo el recurrente experimentó una favorable evolución en su comportamiento en relación con su hija (fs. 553/554, guarda), aún permanecen otros elementos que convalidan su pretensión, tales como su falta de aptitud psicológica para el ejercicio de la función parental (pericias de fs. 263/268 y 444/445, 453, guarda), la falta de higiene y el nivel de abandono del hogar donde ocasionalmente habita (fs. 320/323, guarda), el persistente cuadro de violencia familiar que se vivencia en su presencia (fs. 331, 502, guarda). En este punto, de mantenerse, los avances que pudo haber evidenciado el progenitor se muestran, eventualmente, más aptos para promover progresivamente un régimen comunicacional fluido con su hija que para justificar su aptitud para el ejercicio de su responsabilidad parental (arts. 384, 474, 853 y concs., C.P.C.C.).

De esta manera, así fracasadas tanto las estrategias de contención externa de ambos progenitores, como la fijación de reglas elementales de convivencia, como la superación tanto de las situaciones de violencia doméstica padecidas por la madre y la niña, como de las dificultades relacionadas con la ausencia de un centro de vida beneficioso para ésta (producto de la falta de una residencia estable), en suma, fracasadas las numerosas medidas adoptadas por los órganos administrativos y jurisdiccionales que abordaron la problemática del caso, es posible afirmar que las constancias de la causa aún revelan la subsistencia de obstáculos insalvables en la personalidad y conductas del señor M. .

Y sumado ello al excesivo transcurso del tiempo sin que se hayan evidenciado genuinas modificaciones relevantes en la conducta paterna que permitan una auspiciosa revinculación con su hija (lapso con el cual contribuyera el recurrente, merced a las dificultades para ser ubicado -fs. 37/41, abrigo-, sus inasistencias sistemáticas a los sucesivos regímenes de visitas asistidos con su hija -fs. 249, 364/368, guarda-, el inicial abandono del tratamiento en las comunidades terapéuticas -fs. 229, 232/233, guarda-), se impone concluir que no resulta posible, en aras del actual superior interés de la niña, sino confirmar su situación de abandono y adoptabilidad.

Evidentemente, 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 los niños (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 [2013], cit., párr. 93).

Así, las estrategias de revinculación con la familia de origen del menor poseen un momento de realización. Y no parece posible insistir con ellas cuando, como ocurre aquí, debido al excesivo transcurso del tiempo y la impotencia o inacción de quien pretende tardíamente una nueva oportunidad, ello sólo podría importar prolongar incausadamente la indefinición de la situación de la niña y vulnerar sus derechos fundamentales a acceder, en forma seria, estable y tempestiva, a un ámbito que genuinamente resulte apto para brindarle protección afectiva, social y familiar personalizada, en garantía de su bienestar y desarrollo integral (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, C.D.N.; 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 16.3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2, 3, 8, 9 y concs., ley 26.061; 1°, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 384, 474, 853, C.P.C.C.).

3. Por demás, habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de S. , junto a la representante del Ministerio Público de Incapaces y una perito psicóloga (fs. 798), lo que me permitió conocerla en su realidad actual -al amparo de sus guardadores- 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., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional).

4. Y en semejante entendimiento, considero asimismo que el régimen de comunicación entre el recurrente y la menor, dispuesto por la alzada, deberá ser establecido en la instancia si se ratifica como positivo para el desarrollo de la niña y en la medida en que no resulte contraproducente para la adaptación de S. en el contexto familiar en el cual ha sido incluida, para lo cual será preciso -primeramente- contar con la oportuna opinión en este sentido del equipo técnico auxiliar interviniente (arg. arts. 3, 7, 8, 9, 12, 19, 20, 21, C.D.N.; Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14 [2013], cit.; 1°, 14 bis, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución nacional; 594, 595 incs. a y d; 607, 706 y concs., Cód. Civ. y Com.; 2, 3, 5, 8, 9 y concs., ley 26.061; 1°, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298).

II. Por ello, y adhesión formulada, voto por la **negativa**.

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

Adhiero al voto de mi distinguido colega doctor Negri, a excepción de la aclaración que formula en el ap. 6 de su exposición.

Voto por la **negativa**.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó también por la **negativa**.

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 la señora Procuradora General, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto. En la instancia de origen deberá evaluarse la posibilidad de restablecer un régimen de comunicación entre S. A. y su progenitor, como así también -por otro lado- mantener el vínculo con el resto de sus familiares de origen. Las costas se imponen por su orden, dada la índole de la cuestión planteada (arts. 68, segundo párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario