

Partes: H. M. R. s/ Control de Legalidad – Medidas Excepcionales

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán

Fecha: 17-may-2021

Cita: MJ-JU-M-132503-AR | MJJ132503 | MJJ132503

Se revoca la resolución que declaró el estado de adoptabilidad de unos niños y se otorga su guarda, a favor de sus tíos, de conformidad con el art. 607 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sumario:

1.-La pretensión de guarda resulta adecuada al interés de los menores, toda vez que sus tíos cuentan con idoneidad para llevar adelante su cuidado y crianza, como para satisfacer los requerimientos tendientes a garantizar el pleno e integral desarrollo de sus sobrinos, cubriendo las necesidades emocionales, de protección y alimentos.

¿Aún no estás suscripto a Microjuris? Ingresá aquí.

2.-La crítica del fallo que declara el estado de adoptabilidad de los niños resulta acertada, puesto que no se ha valorado el pedido de guarda efectuado por los tíos de los menores y por lo tanto, se ha incumplido con la manda dispuesta por el art. 607, anteúltimo párr. , del CCivCom. que establece que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

3.-Al no haberse efectuado un examen integral de la situación real de los familiares de los menores, a los fines de determinar la aptitud de los tíos para asumir su guarda o tutela, la resolución que confirma su estado de adoptabilidad ha sido dictada desatendiendo las disposiciones del art. 607, anteúltimo párrafo, del CCivCom..

4.-La regulación de la adopción es coherente con los principios que la inspiran, de esta manera, si la preservación del vínculo familiar es una manda constitucional-internacional, se deriva, lógicamente, que la declaración de la situación de adoptabilidad no sea posible si alguien de la familia de origen o ampliada lo solicita, se encuentra apta y así lo entiende el Juez, para hacerse cargo del cuidado y crianza del niño.

5.-Si bien a lo largo del expediente se repite una y otra vez que la carencia de recursos económicos no es la causa de las intervenciones, lo cierto es que las carencias materiales son el contexto en donde se desarrollan las relaciones de familia que hoy se están cuestionando y

es el marco donde se analiza la aptitud -y algunas veces la actitud- de la progenitora (Del voto del Dr. Posse).

6.-No se efectuó un pormenorizado análisis sobre porqué la posibilidad de pensar en la familia ampliada o extensa no era una opción antes de la declaración de estado de adoptabilidad (Del voto del Dr. Posse).

7.-Así como las intervenciones estatales debieron estar orientadas desde un primer momento a procurar el goce de los derechos de los niños y niña implicados sin profundizar las condiciones de desigualdad en la que se encontraba la progenitora y sus hijos, como grupo familiar, las resoluciones debieron cumplir con los criterios de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal, además de cumplir con la exigencia de la participación amplia de ellos en todas las instancias y el derecho a la asistencia letrada ya desde el proceso administrativo (Del voto del Dr. Posse).

8.-El proceso que debió de ser de apoyo y acompañamiento, se lee más como un examen de la progenitora quién lo reprobó y la consecuencia es la desvinculación de los tres menores de sus hijos (Del voto del Dr. Posse).

9.-Hay que analizar con una adecuada perspectiva de género la intervención estatal; la actitud culpabilizante hacia la joven madre se desprende de cada valoración realizada en el expediente donde se hace hincapié en que la progenitora de los niños no pudo, no quiso, no cumplió, sin más consideraciones (Del voto del Dr. Posse).

10.-No se ha demostrado en este caso los programas que el Estado puso a disposición de la progenitora para mejorar su calidad de vida, los apoyos brindados para lograr salir de las adicciones más allá de ofrecer servicios de asistencia, o terminar sus estudios, o para lograr estabilidad habitacional o económica; por el contrario, las resoluciones dictadas a lo largo del proceso no hicieron más que amenazar a la progenitora con separarla de sus hijos, pretender descartarla como madre de ellos y materializarse en una medida extrema como es la prohibición de acercamiento a sus hijos mediante una sentencia sin análisis jurídico suficiente sobre la necesidad de tamaña restricción de derechos, la proporcionalidad y la pertinencia de una medida de tamaña gravedad y sin contar con el límite temporal requerido (Del voto del Dr. Posse).

Fallo:

En Provincia de Tucumán, reunidos los señores Vocales de la Excma. Corte Suprema de Justicia, de la Sala en lo Civil y Penal, integrada por la señora Vocal doctora Claudia Beatriz Sbdar y los señores Vocales doctores Daniel Oscar Posse y Daniel Leiva, bajo la Presidencia de su titular doctora Claudia Beatriz Sbdar, para considerar y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la señora N. H., con el patrocinio letrado de Julio G. Sánchez Coria, en autos: «H. M. R. s/ Control de Legalidad – Medidas Excepcionales».

Establecido el orden de votación de la siguiente manera: doctores Daniel Leiva y Daniel Oscar Posse y doctora Claudia Beatriz Sbdar, se procedió a la misma con el siguiente resultado:

El señor Vocal doctor Daniel Leiva, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia, el recurso de casación interpuesto por la señora N. H., con el patrocinio letrado de Julio G. Sánchez Coria, contra la sentencia de fecha 03/11/2020, dictada por la Sala II, de la Excma. Cámara Civil en Familia y Sucesiones, del Centro Judicial Capital.

El citado pronunciamiento confirmó la decisión de la señora Jueza de Iª Instancia, de fecha 29/7/2020, que ordenó declarar en estado de adoptabilidad a los menores NEH; RMH y MRH y, en consecuencia, la privación de la responsabilidad parental de N. H.

Contra la resolución de la Alzada interpone recurso de casación la progenitora de los niños, cuyos argumentos fueron reseñados, adecuada y prolijamente, junto con los antecedentes de la causa, en el dictamen del Ministerio Público Fiscal, de fecha 09/3/2021, al cual se remite en honor a la brevedad.

II.- Por auto interlocutorio de fecha 17/12/2020, la Cámara concede el recurso de casación y, a fs. 441/443, obra dictamen del Ministerio Público Fiscal por la procedencia del recurso de casación interpuesto, atento que no se ha hecho mérito, en ninguna instancia, del pedido de guarda glosado a fs.406, efectuado por la señora A. O. y por el señor L. O., parientes de los menores.

III.- Ingresando al examen de admisibilidad del remedio procesal articulado, se advierte que el recurso de casación ha sido interpuesto en término; contra una sentencia definitiva; el recaudo de depósito ha sido satisfecho y se basta así mismo, invocando infracción de normas constitucionales y convencionales, por lo que resulta admisible.

IV.- De la confrontación de los términos sentenciales con los argumentos invocados por la impugnante, adelanta el Tribunal que el presente recurso prosperará.

La recurrente, en lo sustancial, sostiene que se ha conculcado el art. 607, anteúltimo párrafo, del CCyCN, por cuanto los sentenciantes de grado, en ningún momento, han considerado el pedido de guarda efectuado por los tíos de los menores, señora A. O. y señor L. O., obrante a fs. 406 de este expediente.

Del análisis de las constancias de la causa, se advierte que la crítica del fallo expuesta por la recurrente resulta acertada, puesto que tanto la sentencia en crisis, por un lado, como la resolución de primera instancia, por el otro, no han valorado la presentación de fs. 406 y, por

lo tanto, se ha incumplido con la manda dispuesta por el art. 607, anteúltimo párrafo, del CCyCN.

El citado artículo, en la parte pertinente, dispone que «La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste».

La normativa transcrita resulta acorde con los principios de derechos humanos que involucran y determinan la regulación del instituto de la adopción, como son el interés superior del niño; el respeto por su derecho a la identidad y el agotamiento de las posibilidades de permanencia en su familia de origen o ampliada (art.595, CCyCN).

En ese marco, la regulación de la adopción es coherente con los principios que la inspiran. De esta manera, si la preservación del vínculo familiar es una manda constitucional-internacional, se deriva, lógicamente, que la declaración de la situación de adoptabilidad no sea posible si alguien de la familia de origen o ampliada lo solicita, se encuentra apta y así lo entiende el Juez, para hacerse cargo del cuidado y crianza del niño. Ello a fin de cumplimentarse el principio de preservación de vínculos, para que la adopción sea lo más transparente posible y se evite cualquier conflicto de restitución con los inconvenientes jurídicos y afectivos que ocasiona este tipo de planteos (cfr. DE LA TORRE, N., «Adopción», en LORENZETTI, Ricardo L. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires – Santa Fe, 2015, p. 96).

De ese modo, si algún familiar del menor ofrece asumir su guarda o tutela, y ello es considerado adecuado al interés superior de aquél, tal decisión obsta a la declaración del estado de adoptabilidad (Comp. SAMBRIZZI, Eduardo A., Adopción, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 203; BASSET, Ursula C., en ALTERINI, Jorge H. (Dir.) – ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), Código Civil y Comercial Comentado, T. III, La Ley, Buenos Aires, 2019; JUNYENT, Patricia, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia – BORDA, Alejandro – ALFERILLO, Pascual (Drs.) – KRIEGER, Walter F. (Coord.), Código Civil y Comercial, T. I, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 687). Y esa valoración, que requiere la norma citada, debe ser debidamente motivada por los magistrados intervinientes.

En el escenario fáctico y jurídico expuesto, se comparte lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, en cuanto a la procedencia del recurso de casación incoado por la progenitora de los menores, en cuanto sostuvo que «surge que, efectivamente, para el dictado de la sentencia del Juzgado de primera instancia del 29/07/2020, no se ha hecho mérito al pedido glosado a fs. 406, pues éste ha obviado ser tramitado. Recordemos que el art. 607 anteúltimo párrafo del CCCN dispone «La declaración judicial de situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste». Este recaudo no ha sido considerado por la sentencia de primera instancia, pues no ha tramitado el pedido de los

señores O., y por lo tanto no se ha podido juzgar si la petición es adecuada en orden al interés de los niños. V. Por todo lo expuesto, soy de opinión que el recurso traído en vista es procedente, debiéndose casar la sentencia en crisis» (fs. 443).

Por lo tanto, al no haberse efectuado un examen integral de la situación real de los familiares de los menores, señora A. O. y señor L. O., a los fines de determinar su aptitud para asumir la guarda o tutela de NEH; RMH y MRH -pretendida a fs. 406-, la resolución que confirma el estado de adoptabilidad de los citados niños ha sido dictada desatendiendo las disposiciones del art. 607, antepenúltimo párrafo, del CCyCN.

El déficit apuntado determina la descalificación del fallo atacado como acto jurisdiccional válido, tornándose inoficioso el análisis de los restantes agravios expuestos por la recurrente.

V.- En mérito a lo expuesto, corresponde casar la sentencia recurrida y dejarla sin efecto, conforme la siguiente doctrina legal: «Es descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia que confirma la declaración en estado de adoptabilidad de menores de edad sin haber analizado la aptitud real de aquellos familiares que pretenden su guarda o tutela, conculcando las disposiciones del art.607 del CCyCN».

VI.- En atención a las particulares y concretas circunstancias de excepción que rodean el presente caso; el tiempo transcurrido por los menores NEH; RMH y MRH en el Instituto de Puericultura Alfredo Guzmán y la edad de los mismos; la urgencia en procurar un pronunciamiento que resuelva la cuestión de marras y la necesidad de brindar una tutela judicial efectiva e integral de los niños involucrados en esta causa -bien jurídico éste especialmente salvaguardado, como es sabido, por un amplio espectro normativo (Constitución Nacional; Convención sobre los Derechos del Niño; Código Civil y Comercial de la Nación y Ley N° 26.061)-, y otorgarles una protección integral que garantice el pleno, efectivo y permanente ejercicio y disfrute de sus derechos, es que esta Corte produjo una serie de medidas tendientes a dar curso a lo estipulado por el art. 607, antepenúltimo párrafo, del CCyCN y, por ende, suplir, la omisión advertida en las instancias precedentes.

Las medidas producidas fueron las siguientes: a) el 17/3/2021 se ordenó, como medida para mejor proveer, «al Gabinete sicosocial de los Juzgados Civiles en Familia, que practique un amplio informe socio ambiental y vecinal, indagando las condiciones habitacionales, socioeconómicas, sanitarias y demás factores que consideren hacer constar en el domicilio de L. M. O. y A. del V. O. sito en calle Asunción N°1800, Barrio Juan Pablo II; como también que profundice acerca de las posibilidades reales que el grupo familiar tenga para integrar a los niños.». La citada medida fue llevada a cabo por el Lic. Álvaro Jiménez Augier, el mismo 17/03/2021, quien concluyó, luego de entrevistar a A. Del V. O. y L. M. O., y de analizar variables de índole socio-económica; socio sanitaria; socio habitacional y contextual, que no advierte «ninguna situación que sea obstaculizadora ni de riesgo para que los niños de referencia se integren al grupo familiar». Asimismo, resulta importante destacar que el Lic.Augier conoce de cerca el contexto familiar de marras, puesto que ha intervenido en este

proceso desde sus inicios, a través de los informes socio-ambientales N° 2116, del 06/3/2019 (fs. 155/156) y N° 221, del 06/02/2020 (fs. 349/350). b) el 22/3/2021, se citó a una audiencia por ante este Tribunal a la Sra. Defensora de Menores de la IIIª Nominación, doctora Mónica A. Romano; a la Psicóloga del Gabinete Psicosocial de los Juzgados Civil en Familia y Sucesiones, de este Poder Judicial, Lic. Elina Criado; y al Lic. Álvaro Jiménez Augier, la que se llevó a cabo el día 26/3/2021. c) obra informe, de fecha 08/4/2021, suscripto por la Lic. Elina Criado y el Psicólogo Horacio B. Castellanos, en el que, luego de mantener sendas entrevistas con los menores NEH; RMH y MRH, en el Instituto de Puericultura Alfredo Guzman, destacaron mediante los relatos de los niños «un sentido de pertenencia al medio familiar y contexto socio-cultural en el que se desarrollaban previo al ingreso del instituto. Lo que también se proyecta en técnicas gráficas. Respecto al mencionado medio familiar aparecen incluidos referentes válidos a sus intereses de vida acordes a la etapa infantil por la que transitan». d) a los fines de materializar el «principio de intermediación», estructural e intrínseco en este tipo de procesos, el cual, conforme fuera ya sostenido, con cita de doctrina, por esta Corte, «exige que quien tome las decisiones en el proceso tenga un contacto, permanente, directo y cercano con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso para tener un mejor conocimiento de la causa desde un principio (.) importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba de la causa durante el trámite y a los fines de la mejor resolución del conflicto» (CSJT, 17/12/2018, «Reinoso, María de los Ángeles c/ Aráoz, Sergio Manuel s/ Protección de personas», -sentencia N° 1968-), el día 09/4/2021, a horas 11:00, llevamos a cabo junto a la señora Presidenta de la Corte, doctora Claudia Beatriz Sbdar; a la señora Vocal de Corte, doctora Eleonora Rodríguez Campos; y a los psicólogos del Gabinete Psicosocial, Elina Criado y Horacio Castellanos, una entrevista con los menores NEH; RMH y MRH, en el marco del art. 12 de la CDN, en el Centro de Revinculación Familiar de esta Corte, a los fines de escuchar la opinión de los niños. En lo pertinente, se destaca que NEH, el más grande de los hermanos, dijo «que quiere mucho a su tía A. y su tío L. (.) pide que quiere ir con su familia, junto con sus hermanos. Con su mamá N., su tía A., su abuela Silvia y con su tío L. (.) Manfiesta N. que si quiere que se deje constancia de lo que dijo. También aclara N. que quiere firmar el acta». e) el día 16/04/2021, a horas 11:00, junto a la señora Presidenta de la Corte, doctora Claudia Beatriz Sbdar y al señor Vocal de Corte, doctor Daniel Oscar Posse, llevamos a cabo una audiencia con los familiares peticionantes de la guarda de los menores, señora A. O. y señor L. O.; la progenitora de los niños, señora N. H. y su letrado patrocinante; y la señora Defensora de Menores de la IIIª Nominación, doctora Mónica A. Romano. En aquella oportunidad, el señor O. manifestó «que agradece la oportunidad que se les concede de que se les pueda escuchar, que los niños convivieron con ellos durante mucho tiempo, que les brindaron contención familiar, cariño, que son personas normales, trabajadoras, que se pusieron mal cuando los llevaron a la Sala Cuna, porque ellos les daban contención. Iban a la escuela y les daban todo lo que les pueden dar. Ellos son familia directa de N. H., que tenían trato frecuente con los niños, todos los días venían a su casa, que ella los atendía, cocinaba, viven en un terreno compartido, que son una familia. Ellos se ganan la vida como empleada doméstica una semana y la otra trabaja tres veces a la semana y él es pintor de obra. Que no tienen antecedentes penales, ni adicciones. La razón por la que entienden que se les debe dar la guarda es que consideran que es una injusticia total que se los hallan llevado, que siempre

tuvieron los cuidados que necesitan, que no les dieron argumento para quitárselos desde hace un año y dos meses. Si bien la sra. H. tuvo un momento difícil, con adicciones, no obstante ellos desde mucho tiempo atrás ya se encargaban de los niños, que N. nunca los golpeó, ni los dejó en la calle, siempre estuvieron contenidos. Que los chicos siempre estuvieron con ellos, mientras N. se recuperaba. (.) Manifiesta (L.) que está todos los días en la casa. Su horario laboral es 8.30 a 13.30 y 14.30 a 18.30 y regresa a su hogar. A. trabaja de 8 a 13 una semana completa y otra tres veces en el mismo horario. Hay dos hermanas que les colaboran en la casa y siempre están en la casa (María Eugenia y Ana María), que viven en la misma cuadra, se turnan para cuidarlos a los niños». f) el 12/04/2021 se requirió a la señora Directora del Instituto de Puericultura Alfredo Guzmán que remita todas las actuaciones relativas a entrevistas o informes realizados a los niños de marras desde el 13/02/2020 en adelante y actuaciones relativas a informes ambientales practicados en el domicilio de L. O., A. O. y María N. H. Obra respuesta de fecha 16/4/2021, en donde se explica que no se realizó abordaje ni evaluación de ningún miembro del grupo familiar, ya que había una orden judicial de restricción de acercamiento de la señora N. H. y su grupo familiar hacia los menores. Sin perjuicio de ello, explica que algunos familiares de los niños concurren, en diversas oportunidades, al Instituto para conocer el estado de salud y demás condiciones de ellos. Se acompaña informe de la Psicóloga del Instituto citado, Carla A. Vergés, de mayo de 2020, de donde puede advertirse, en el abordaje psicológico del niño NEH, la siguiente consideración: «El niño manifiesta tristeza ante la situación de separación y la posibilidad de una futura adopción. Este es un tema que genera mucho miedo, angustia y rechazo en N., el cual se siente arrancado de su centro de vida. Todavía pregunta, aunque más calmado, cuándo la jueza le dará permiso para volver a su casa, con su madre o su tía A. (.) presenta fuertes vínculos identificatorios y afectivos a su grupo familiar y a su entorno barrial». Con relación a la niña RMH, se expuso que «Desde el momento de ingreso al DCI, R. al igual que su hermano N. fueron los que presentaban mayor angustia y episodios de llanto por ser separados de su familia. R. pedía todos los días por su mamá, quería verla, volver a su casa, jugar en su barrio (.) Desde su llegada fue quien pudo poner en palabras su miedo y rechazo a la posibilidad de la adopción (.) En ocasiones pregunta por su situación y la de sus hermanos, qué pasará con ellos, cuando podrán volver a sus casas y el temor a tener que ir con «una familia nueva». Puede verbalizar que extraña a su mamá». g) el día 19/4/2021 se recibieron informes, provenientes de la Mesa de Entrada Penal, de este Poder Judicial y de la División de Antecedentes Personales, de la Policía de Tucumán, que dan cuenta que la señora A. del V. O. y el señor L. M. O., no registran antecedentes penales en sus respectivos sistemas informáticos.

VII.- Del análisis y valoración de todas las medidas dispuestas y producidas por esta Corte -en especial, la expresión de voluntad manifestada por los niños en la audiencia de fecha 09/4/2021-, considero que la señora A. del V. O. y el señor L. O., tíos de NEH; RMH y MRH, cuentan con idoneidad para llevar adelante su cuidado y crianza, como para satisfacer los requerimientos tendientes a garantizar el pleno e integral desarrollo de sus sobrinos, cubriendo las necesidades emocionales, de protección y alimentos. Por lo tanto, la pretensión de guarda efectuada por ellos a fs. 406, resulta adecuada al interés superior de los citados

menores (cf. art. 607, anteuúltimo párrafo, CCyCN), correspondiendo que les sea otorgada (art. 657, CCyCN y art. 247, CPCCT).

La solución apuntada garantiza, al mismo tiempo, el derecho de los menores a ser criados y a desarrollarse en un grupo familiar (cf. art. 11º, Ley Nº 26.061), salvaguardando integralmente el interés superior de los niños, bien jurídico éste protegido legal, constitucional y convencionalmente. Como fuera sostenido, remitiendo a la Observación General Nº 14, del Comité de Derechos del Niño (de fecha 29/5/2013), los extremos de este estándar -definido como un derecho, un principio y una norma procesal- que deben ser considerados a la hora de protegerlo, en concreto, son: la opinión del niño; su identidad; la preservación de su entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones; su cuidado, protección y seguridad; su situación de vulnerabilidad; su derecho a la salud y a la educación (Cfr. FERNÁNDEZ, Silvia E., «Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derecho humanos fundamentales como tutela reforzada de protección», en FERNÁNDEZ, Silvia E. (Dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, ps. 73/74).

Cabe señalar que, en este caso, se estará en presencia de una guarda delegada, desmembrada de la patria potestad, ejercida por un tercero (la tía y el tío de los menores), y que implica la tenencia con el fin de darle asistencia integral y proveer al desarrollo de su personalidad. Al respecto, y conforme fuera sostenido, esta guarda no consiste en la simple convivencia con los menores, sino que la tenencia en este caso conlleva la función de asistencia material y espiritual, así como la educación y debida formación de los mismos, de manera que, en resumen, el guardador debe brindarles un trato paterno (cfr. PITRAU, Osvaldo F., «La guarda de menores», Revista de Derecho de Familia, 1990-4-47), que su edad demanda en las distintas dimensiones de su ser (cfr. GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H., Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez, Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 170). Por lo tanto, quien es designado guardador contrae un vínculo estable, más o menos duradero, de convivencia, tenencia y cuidado integral. En este tipo de guarda, al convivir, se suman al guardador todas las restantes funciones de educación, vigilancia, corrección y asistencia, que resultan difíciles de separar de la guarda.

Por todo lo expuesto y valorado a lo largo de la presente resolución, corresponde que se otorgue la guarda legal amplia de NEH, RMH y MRH a la señora A. del V. O. y al señor L. M. O., para atender a la protección, cuidado y alimentación de los citados menores en los términos previstos en el art. 657 del CCyCN.

En su mérito, como substitutiva de la decisión casada se dicta la siguiente decisión: «I.- HACER LUGAR al recurso de apelación incoado por N. H. contra la sentencia de fecha 29/07/2021, la que se deja sin efecto. II.- OTORGAR la guarda legal amplia de N. E. H. (DNI Nº XXXXXXXX); de R. del M. H. (DNI Nº XXXXXXXX) y de M. R. H. (DNI Nº XXXXXXXX), conjuntamente a A. del V. O. (DNI Nº XXXXXXXX) y a L. M. O. (DNI Nº XXXXXXXX), de acuerdo a lo considerado y a los fines establecidos. III.- IMPONER las costas

de la Alzada por el orden causado, atento las particularidades de la presente causa (arts. 105, inciso 1º y 107, CPCCT)».

VIII.- Remítanse los autos a Mesa de Entradas Civil a los fines de proceder al sorteo de un nuevo Juzgado Civil en Familia y Sucesiones para que intervenga en la causa y ordénese al señor Juez o a la señora Jueza que corresponda, que concrete, con la urgencia del caso, lo aquí dispuesto, dejándose sin efecto cualquier medida judicial decretada que pudiera obstaculizarlo.

Se establece que el señor Juez o la señora Jueza que corresponda arbitre un riguroso control y seguimiento en la revinculación de los menores NEH; RMH y MRH con sus tíos A. O. y L.O., en el domicilio de éstos últimos, originada por la guarda legal otorgada en la presente decisión, a través de informes mensuales del Gabinete Psicosocial de este Poder Judicial y del DINyF.

Por una lado, la Lic. Elina Criado y el Psicólogo Horacio Castellanos, informarán sobre el estado de salud psíquica de los menores; y por el otro lado, el Lic. Álvaro Jiménez Augier elaborará un amplio informe socio ambiental y vecinal, indagando las condiciones habitacionales, socio-económicas, sanitarias y demás factores que considere hacer constar en el domicilio de A. O. y L. O., donde residirán los niños.

Todo ello, durante el plazo que la magistrada de grado considere adecuado a las particularidades que presenta el caso.

IX.- Valorando las especiales circunstancias que circunscriben el presente caso, como su complejidad, los intereses involucrados y el modo en el que se resuelve, las costas se imponen por el orden causado (art. 105, inciso 1º, CPCCT).

El señor Vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

I.- Estoy de acuerdo con lo manifestado por el Vocal preopinante en los puntos I, II y III.

II.- Respecto de las consideraciones desarrolladas en el punto IV, las que comparto de manera general -procedencia del recurso intentado-, entiendo necesario hacer las siguientes consideraciones adicionales.

El presente caso se refiere a los derechos relativos de 3 niños (N. Ezequiel, R. del M. y M. R. H.) y una madre (N. H.) que serán impactados por una declaración de estado de adoptabilidad decidida en Iª Instancia y confirmada por la Excma. Cámara de Familia. Por ende, la naturaleza de los derechos en juego requiere que debamos, ante todo, situarnos en la perspectiva que aporta el derecho internacional de los derechos humanos, en las áreas de la niñez y la perspectiva de género.

En ese marco, cabe señalar, en primer término, que de nuestro texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos dotados de esta jerarquía (art. 75, inc.22, C.N.), surge la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Entiende el principal instrumento de protección del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, la Convención sobre los derechos de los niños (CDN) -que fuera correctamente plasmada en las normas nacionales pertinentes: Ley N° 26.061 y el Código Civil y Comercial- que los Estados tienen, entre otros deberes, el de atender, como consideración primordial, al interés superior del niño (v. art. 3.1); el de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8); el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y por que mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (v. art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18); el de cuidar que la adopción sólo sea autorizada por los órganos competentes, con arreglo a las leyes y a los procedimientos y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, siempre que se acredite que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales (art. 23); Y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también impone el deber de protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardado por ésta y por el Estado (arts.17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2 y 24). Estas obligaciones han sido interpretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que -de disponerse- debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos del niño en un caso contra nuestro país («Fomeron e hija vs. Argentina», sentencia del 27/4/2012, esp. párr. 48, 116, 117) pero no exclusivamente.

Como ya señalé, estos principios fueron incorporados a nuestro derecho interno; la Ley Nacional N° 26.061 -de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes- reitera el derecho de los niños a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3.c); al deber estatal de asegurar asistencia para que los padres puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones (art. 7); a los derechos a crecer

y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la identidad, y a que el Estado garantice el vínculo y el contacto directo y permanente con aquella (art. 11); al derecho a vivir, a ser criados y a desarrollarse en un espacio familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley y excepcionalmente, supeditado a la imposibilidad de crianza por la familia biológica (art. 11). Sobre tal base, la ley dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts.33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias -que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal- no es sustitutivo del grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia. Expresamente, la ley establece la igualdad legal, sin discriminación por motivos de posición económica, origen social, capacidades especiales, impedimento físico o de salud, o cualquier condición del menor o de los padres (art. 28).

La misma estructura de excepcionalidad al apartamiento de la familia de origen se recoge en el Código de fondo que regula esta materia. Y similares postulados se encuentran en la ley local (Ley N° 8.293, en especial art. 14 y 15, 34 y 36 inc. 6).

En la resolución en crisis, la Cámara Civil en Familia y Sucesiones confirma la sentencia de la Jueza de Iª Instancia respecto del estado de adoptabilidad de M. R., R. del M. y N. Ezequiel H. posibilitando que se inicien los trámites de adopción de los tres niños. Por la naturaleza de los derechos en juego y más allá de los aspectos que fueron traídos en el recurso en estudio, entiendo que procede revisar si tal pronunciamiento se adecua a los estándares anteriormente reseñados y a la muy exigente justificación que impone una resolución de esa clase, de conformidad con los antecedentes la CSJN (Fallos: 331 :2047 , voto de la jueza Argibay, consid.7°). Esta es la actitud que reclama nuestro máximo tribunal nacional de «los jueces llamados a entender en supuestos en que se encuentran involucrados los intereses de menores de edad, atinente a encauzar los trámites por vías expeditas y a evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con amparo constitucional» (CSJN Fallos: 342:1227).

II.1- Cabe analizar si la actuación de las instituciones implicadas en la controversia honró el deber de actuar priorizando el interés superior del niño. Es decir que en todo momento se debió atender la conflictiva identificada, traducirla en derechos en juego, y resolver la situación con un enfoque basado en los derechos del niño. En palabras del Comité sobre los derechos del niño («el Comité»):

«10. En un enfoque basado en los derechos del niño, el proceso por el que se hacen efectivos dichos derechos es tan importante como el resultado final. Un enfoque basado en los derechos del niño garantiza el respeto de la dignidad, la vida, la supervivencia, el bienestar,

la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación del niño como titular de derechos.

11. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), un enfoque basado en los derechos del niño es aquel que: a) Promueve que se hagan efectivos los derechos del niño establecidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos; b) Emplea las normas y principios relativos a los derechos del niño procedentes de la Convención y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos para orientar el comportamiento, las acciones, las políticas y los programas, en particular: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el derecho a ser escuchado y tomado en serio; y el derecho del niño a ser guiado en el ejercicio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades; c) Fomenta la capacidad de los niños como titulares de derechos para reclamarlos y la capacidad de los que tienen las obligaciones de cumplir con ellas en relación con los niños» (Comité de los Derechos del Niño – CRC/C/GC/21 Convención sobre los Derechos del Niño 21 de junio de 2017 – Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños de la calle. Párrafo 10 y 11).

En palabras de la Comisión Interamericana de derechos humanos (CIDH), esto tiene un contenido muy concreto. A saber:

«En consecuencia, analizado bajo las obligaciones estatales derivadas de los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana, los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica, y a que las medidas de protección que debe dispensarles el Estado, reconocidas en el artículo 19, prioricen el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño. Los Estados se hallan obligados a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección del niño. De lo anterior se infiere la necesidad que los Estados cuenten con un sistema nacional de protección de derechos que incluya políticas de apoyo, fortalecimiento y asistencia familiar, que tengan en cuenta el rol de las familias como ámbito natural en el cual se desarrollan los niños y donde se les proporciona el cuidado y la protección necesaria para su desarrollo integral y armonioso» (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13 17 octubre 2013. Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, párrafo 64).

No escapa a este juzgador que N., R. y M. – alcanzados por este tipo de medidas de protección- son parte de los sectores más afectados socioeconómicamente de nuestra provincia. Si bien a lo largo del expediente se repite una y otra vez que la carencia de recursos económicos no es la causa de las intervenciones, lo cierto es que las carencias materiales son el contexto en donde se desarrollan las relaciones de familia que hoy se están cuestionando y es el marco donde se analiza la aptitud -y algunas veces la actitud de la Sra. H. en su rol materno. Este aspecto no debe soslayarse ya que de hacerlo estaríamos solapando un aspecto que es trascendente a la hora de pensar, diseñar y ejecutar las medidas que el Estado

debe ensayar para posibilitar que sea ese ámbito familiar -con la señora H. como eje, pero no exclusivamente- el que contenga a estos niños y esta mujer vea posibilitado su derecho a la familia sin injerencias arbitrarias, como manda nuestro sistema normativo.

Tampoco corresponde que este aspecto – vulnerabilidad socioeconómica- sea obviado en las resoluciones judiciales que se emiten a lo largo del trámite judicial. Es justamente el deber de identificación de este tipo de circunstancias de los sujetos implicados -niños, condición de mujer, vulnerabilidad socioeconómica- las que se deben realizar por las y los operadores de la justicia conforme las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia para hacer efectivos los principios de igualdad y no discriminación en la supervisión o control que se hace desde el poder administrador y por parte del poder judicial en lo que al sistema de protección se refiere. Cabe recordar al respecto que «el Comité» establece que:

«Se recuerda a los Estados que garantizar el derecho a la no discriminación no es solo una obligación pasiva de prohibir todas las formas de discriminación, sino que también exige que se adelanten a tomar medidas para garantizar la eficacia de la igualdad de oportunidades para todos los niños a fin de que disfruten de los derechos que les reconoce la Convención. Ello requiere la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad sustantiva» (Comité de los Derechos del Niño – CRC/C/GC/21 Convención sobre los Derechos del Niño 21 de junio de 2017 – Observación general núm. 21 (2017) sobre los niños de la calle. párrafo 26.) La CIDH, en el informe antes mencionado, al analizar las obligaciones derivadas del art. 19 de la CADH y artículo VII de la DADH, menciona:

«i) aquellas de carácter general que tienen como destinatarios a todos los niños en su conjunto y que están orientadas a promover y garantizar el disfrute efectivo de todos sus derechos, ii) aquellas medidas de carácter específico dirigidas a determinados grupos de niños, que se establecen en función de las circunstancias particulares de vulnerabilidad en las que se encuentran estos niños y atendiendo a sus necesidades de protección especiales, y iii) la Corte además ha señalado que, «es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño», es decir, supone la determinación y aplicación de una medida especial de protección idónea, adecuada e individualizada, que considere las necesidades de protección del niño como individuo en su contexto particular».

Entonces, siguiendo la jurisprudencia del Comité de los derechos del niño -al analizar la situación de los niños institucionalizados por causas de protección en Chile- de conformidad con los artículos 3.1 y 25 de la Convención de los derechos del niño -en adelante CND- los Estados parte tienen la obligación de que «la decisión de separar un NNA de su familia debe ser la última alternativa a considerar respecto de la posibilidad de mantener al NNA en su medio familiar inmediato o en su familia extensa. Sin embargo: a) Los jueces dan limitada consideración a acciones sociales con respecto a la familia para parar la situación de vulneración de derechos del NNA y evitar la separación; b) La frecuente ausencia de motivación suficiente de las sentencias impide conocer los elementos considerados, la

ponderación entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior del niño como consideración primordial de la decisión adoptada». (Comité de los Derechos del Niño Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones -CRC/C/CHL/INQ/1 – 1 de junio de 2018).

Tener en consideración lo antes mencionado, nos lleva a establecer que no sólo la sentencia en crisis desoye la exigencia constitucional consagrada en el art. 3º.1 y 25 de la CND – que ha quedado plasmada en la última parte del art. 607 del CCCN-, y debió tener en cuenta la presentación de fecha 17 de febrero de 2020 (adjunta en la fs. 406 y ss.) para poder realizar un pormenorizado análisis sobre porqué la posibilidad de pensar en la familia ampliada o extensa no era una opción antes de la declaración de estado de adoptabilidad; sino que estos aspectos debieron estar presentes ya en las sentencias que confirmaron las medidas excepcionales a favor de M. primero y las que motivaron «el acto jurisdiccional» dictado por la jueza competente en la causa en fecha 13/02/2020 y reafirmado luego (conforme surge de la resolución judicial de fecha 24 de abril de 2020, fs. 423 y ss.) y que comprenden a N.y R.

Así como las intervenciones estatales -políticas de apoyo, fortalecimiento y asistencia familiar- debieron estar orientadas desde un primer momento a procurar el goce de los derechos de los niños y niña implicados sin profundizar las condiciones de desigualdad en la que se encontraba la Sra. H. y sus hijos, como grupo familiar que incluye a Ulises Sebastián, las resoluciones debieron cumplir con los criterios de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal, además de cumplir con la exigencia de la participación amplia de ellos en todas las instancias y el derecho a la asistencia letrada ya desde el proceso administrativo.

De las constancias de autos surge que el proceso de intervención administrativa con medidas de protección que concluye con la solicitud de medidas excepcionales de protección a favor de M. (y que inicia el presente expediente), el Estado debía promover los derechos de cuatro niños cuya madre y cabeza de familia es la señora H., joven mujer, con un alto nivel de precariedad socioeconómica y un consumo problemático de sustancias. Sin embargo, este proceso, que debió de ser de apoyo y acompañamiento, se lee más como un examen de la señora H., quién lo reprobó y la consecuencia es la desvinculación de los tres menores de sus hijos. Si bien no es propio de esta instancia realizar un pormenorizado análisis de hecho y prueba, sino de las normas de derecho en juego, señalar aquellas que evidentemente fueron dejadas de lado se hace relevante a la hora de abonar un adecuado tratamiento de este tipo de causas más allá de las referencias genéricas a la búsqueda del interés superior del niño. Este tipo de intervenciones son las que honran el deber de brindar una adecuada protección judicial en términos del art. 25 de la CADH.

En palabras de la CSJN, «el interés superior del niño exige para cada supuesto una respuesta personalizada, pues no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias». (CSJN.CIV 90032/2013/CSI «M. M. S.»),

27/5/2015, G. 834. XLIX. «G., B. M.», 04/11/2014). Y son los órganos judiciales quienes deben «aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten» (CSJN. R. 551. XLVIII. RHE «R., B. S.», 22/12/2015; A. 777. XLVII. RHE «Arteaga», 27/11/2014). Es decir que las sentencias e intervenciones judiciales en este tipo de procesos deben hacer un control de legalidad de las medidas excepcionales, pero no exclusivamente, sino también de los planes de trabajo, de la pertinencia y adecuación de las medidas propuestas para revertir la situación identificada como causal de la intervención estatal. Y esta intervención debe ser, además, justificada y adecuada en procura de la menor afectación posible a los demás derechos en juego, por ejemplo, de las personas adultas que se encuentran implicados en el conflicto a resolver, instancia en la que debe fallarse con una adecuada perspectiva de género.

El interés superior del niño implica el mejor nivel de satisfacción del derecho a una familia, la protección de ésta, la prohibición de injerencias arbitrarias y la no discriminación; todos ellos son mandatos que tienen la máxima jerarquía normativa y no es adecuado tolerar intervenciones de manera diseccionada. En esta causa hay evidencia de que la señora H. es madre de cuatro niños con un problema de adicción y estuvo dispuesta a maternar a todos ellos, con sus posibilidades, pero nunca dejó entrever o manifestó que no quisiera cumplir el rol o brindar la protección que le cabe, aunque sus esfuerzos no fueran suficientes. Frente a esta situación, es sobre todo el poder administrador quién debe esforzarse por diseñar los apoyos que requiere su realidad; y la actuación del poder judicial debe acompañar y controlar que este proceso se desarrolle adecuadamente.

Sin embargo, en ese proceso y ante la vista de todos los actores implicados, la señora H. ni los niños contaron con asistencia letrada en la instancia administrativa, ni tuvieron garantizado el derecho a la participación amplia y previa en cada una de las decisiones que se tomaron. Es decir que el proceso no sólo no hace honor a los compromisos en lo sustancial (preservar los derechos fundamentales en juego procurando la mínima afectación), sino que tampoco cumple con las formas que se le exigen desde las diversas convenciones internacionales en la materia de debido proceso.

El expediente se inicia con una situación fáctica que tiene una traducción en clave de derechos en juego poco compleja: el Estado debió asumir un rol fundamental en el mantenimiento del vínculo de la señora H. con sus hijos y proceder a la implementación de medidas, programas y planes -en palabras de la CDN, políticas de apoyo, fortalecimiento y asistencia familiar- para que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. Sin embargo, más allá de las referencias genéricas que se realizan en los informes que obran en autos, las acciones desplegadas luego de los primeros meses, fueron intervenciones a las que la señora H. debía adherir sin más apoyo y estímulos que la amenaza de perder a sus hijos. Y su voluntad de seguir a cargo de sus hijos fue tal que su presencia fue entendida como un obstáculo para el funcionamiento estatal; y sin mayores razones se la alejó compulsivamente de sus hijos menores.

Hay que analizar con una adecuada perspectiva de género la intervención estatal. La actitud culpabilizante hacia la joven madre se desprende de cada valoración realizada en el expediente donde se hace hincapié en que la progenitora de los niños no pudo, no quiso, no cumplió, sin más consideraciones.

Cabe mencionar en particular la situación de Ulises, quien como surge del expediente, es el hijo mayor de la señora H. y claramente un objeto de preocupación, manifestada en varias oportunidades ante las autoridades estatales. Sin embargo y sin mayores fundamentos, las intervenciones estatales la colocaron una y otra vez en situación de elegir entre los tres niños menores y su hijo mayor, como dan cuenta las manifestaciones recogidas en las sentencias de primera instancia yalzada. Mientras, a Ulises hasta la fecha, conforme surge del expediente, lo espera una internación compulsiva atento a que desde el Estado no le pudo garantizar un proyecto de vida libre de drogas, violencia y delitos.

Este trasfondo de poca consideración con la señora H. y su realidad por parte toda intervención estatal, queda en evidencia (fs. 302/306) cuando se reduce a una situación «en donde la Sra. H. fustiga la ayuda con la que contaba» -el apoyo de la señora Monroy- lo que fue un evento de alta intensidad: una situación de ayuda de su hijo adolescente (Ulises) en una persecución policial y donde la situación de riesgo a la que la progenitora expuso a la familia no fue generada por ella sino por el actuar policial que realizó tiros en la vivienda. Sin entrar en consideraciones de naturaleza social, cabe la pregunta ¿qué madre no hubiera tenido el mismo instinto de ayudar? La conducta que se exige a la señora H. desde el Estado es perversa en tanto es colocada una y otra vez en tener que elegir entre los niños y el hijo mayor.

Es decir, a pesar de lo que exigen los tratados de derechos humanos, no se ha demostrado en este caso los programas que el Estado puso a disposición de la progenitora para mejorar su calidad de vida, los apoyos brindados para lograr salir de las adicciones más allá de ofrecer servicios de asistencia, o terminar sus estudios, o para lograr estabilidad habitacional o económica. Por el contrario, la resolución en crisis -y las anteriores adoptadas a lo largo del proceso-, no hicieron más que amenazar a la señora H. con separarla de sus hijos, pretender descartarla como madre de ellos y materializarse en una medida extrema como es la prohibición de acercamiento a sus hijos mediante una sentencia sin análisis jurídico suficiente sobre la necesidad de tamaña restricción de derechos, la proporcionalidad y la pertinencia de una medida de tamaña gravedad y sin contar con el límite temporal requerido.

En el expediente en estudio existen informes que dan cuenta de los argumentos que esgrimen quienes sostienen la pertinencia del estado de adoptabilidad, pero también están aquellos que dan cuenta de avances y procesos que dan fundamentos a la posibilidad de la familia de origen de albergar a los niños Nahún, R. y M. Por ello, es menester que la intervención estatal en general, pero la judicial en particular, se realice procurando la inmediatez y la participación de los sujetos implicados, en especial los niños. En palabras del Comité de los derechos del niño, «el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a

expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan [...] El niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto[.]. Recuerda asimismo que «si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior [...]. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones» (CDN, Observación General nro. 12, párrafo 21 y CRC/C/79/D/12/2017. 5 de noviembre de 2018, párrafo 8.7).

Sin embargo, este tipo de situación no fue frecuente a lo largo de todo el proceso, sino todo lo contrario, fue excepcional e insuficiente.

La complejidad que conlleva un proceso por el cual un niño se encuentra sin cuidados parentales y la necesidad de procurar su mejor interés y la mayor satisfacción de todos los derechos en juego es tal que fue objeto de estudio no sólo del Comité de Derechos del Niño, sino de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños», que establecen pautas adecuadas de orientación política y práctica con el propósito de promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación.

Estas reglas establecen cuestiones esenciales en este tipo de procesos, tales como el deber de que «todas las decisiones, iniciativas y soluciones deberían adoptarse caso por caso a fin de garantizar principalmente la seguridad y protección del niño, y deben estar fundamentadas en el interés superior y los derechos del niño de que se trate, de conformidad con el principio de no discriminación y considerando debidamente la perspectiva de género» (directriz 6). También que «como parte de los esfuerzos para evitar que los niños sean separados de sus padres, los Estados deberían velar por la adopción de medidas apropiadas y respetuosas de las particularidades culturales a fin de: a) Apoyar el cuidado prestado en entornos familiares cuya capacidad resulte limitada por factores como algún tipo de discapacidad, la drogodependencia y el alcoholismo, la discriminación contra familias indígenas o pertenecientes a una minoría, y la vida en regiones en las que se desarrolle un conflicto armado o que estén bajo ocupación extranjera» (directriz 9). Agregan que «la separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo

posible, ser temporal y por el menor tiempo posible» y que «la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir a un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado» (directrices 14 y 15).

Estas y otras consideraciones no fueron del todo atendidas en el proceso en estudio y no fueron resueltas por la intervención judicial posterior con la consecuente afectación de los derechos en juego.

Resulta una clara demostración de ausencia de la debida fundamentación la decisión que, en modo genérico y prescindente de la hermenéutica constitucional que requería y en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño invocó el interés superior del niño para colocar a los tres niños H. en estado de adoptabilidad sin la correspondiente evaluación del perjuicio que les ocasionará ser criados por familias adoptivas, lejos de su madre y restante familia, aún con las limitaciones de éstos.

III.- Respecto de los considerandos V y VI y IX, coincido en un todo con el Vocal preopinante.

IV.- Respecto del considerando VII, coincido en sus términos pero considero pertinente agregar que, además de los informes actualizados, fueron las palabras de su hijo N., las manifestaciones anímicas de R. y la declaración de la señora H. en la audiencia, las que se tuvieron en cuenta respecto de la pertinencia de esta situación, así como las que llevan a la convicción de que la señora H. es una figura materna viable pero que requiere de mantener esta situación intermedia, en donde sus tíos funcionan como sistema de apoyo. Por ello, considero necesario aclarar a la señora H. que su rol materno ya no se encuentra en discusión, que esta decisión establece una situación de guarda legal que no es definitiva (art. 657 del CCyCN) y que implica un apoyo a su persona y que podrá ella, en la medida de que prosiga con su trabajo de apuntarse como cabeza de familia, solicitar una modificación de este régimen.

V.- Respecto de lo desarrollado en el considerando VIII.- considero que los presentes autos deben ser remitidos a Mesa de Entradas Civil a los fines de proceder al sorteo de un nuevo Juzgado Civil en Familia y Sucesiones para que intervenga en la causa y ordénese al señor Juez o a la señora Jueza que corresponda, que concrete, con la urgencia del caso, lo aquí dispuesto, dejándose sin efecto cualquier medida judicial decretada que pudiera obstaculizarlo. Se establece que el señor Juez o la señora Jueza que corresponda arbitre un riguroso control y seguimiento en la revinculación de los menores NEH; RMH y MRH con su madre, la señora H. y con sus tíos A. O. y L.O., en el domicilio de éstos últimos, originada por la guarda legal otorgada en la presente decisión, a través de informes mensuales del Gabinete Psicosocial de este Poder Judicial y del DINAyF. Por un lado, la Lic. Elina Criado y

el Psicólogo Horacio Castellanos, informarán sobre el estado de salud psíquica de los menores; y por el otro lado, el Lic. Álvaro Jiménez Augier elaborará un amplio informe socio ambiental y vecinal, indagando las condiciones habitacionales, socioeconómicas, sanitarias y demás factores que considere hacer constar en el domicilio de A. O. y L. O., donde residirán los niños.

Todo ello, durante el plazo que el o la magistrada de grado considere adecuado a las particularidades que presenta el caso y con expresa preocupación de utilizar para organizar el proceso las «Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños», aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2009, (NNUU, A/RES/64/142. 24 de febrero de 2010). Dichas directrices y en especial la directriz 38 en tanto requiere la participación de niños, niñas y adolescentes y sus familias para diseñar las intervenciones, tratando de incluir a Ulises H. en este proceso en cuanto sea pertinente.

La señora Vocal doctora Claudia Beatriz Sbdar, dijo:

Comparto y adhiero al voto del señor Vocal preopinante, doctor Daniel Leiva. Asimismo comparto las consideraciones adicionales del voto del señor vocal Daniel Posse, concretamente en lo referido a la aplicación al caso del derecho internacional de los derechos humanos en materia de protección del interés superior del niño y del carácter excepcional del apartamiento de su familia de origen. En particular, la aplicación a la situación de autos de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la incorporación de sus postulados a nuestro derecho interno por Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y por el Código Civil y Comercial, así como localmente por Ley Provincial N° 8.293. De igual modo, lo expresado e interpretado sobre la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, la Asamblea General de Naciones Unidas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Considero asimismo pertinente añadir que, en supuestos como el de autos, «acorde con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, los jueces no pueden dirimir los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las características del caso. Por ende, para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa. Los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, «Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y parág. 6 del artículo 44)», 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, p. 365).

Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la

personalidad en desarrollo. La atención central hacia el interés del niño, orienta y condiciona toda solución en materia de menores de edad, de manera que -como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal- corresponde a esa Corte aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental)» (CSJN, «M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos, 26/09/2012, Fallos: 335:1838 , AR/JUR/48008/2012).

En ese mismo sentido, la Corte Suprema nacional señaló recientemente que «la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269 , especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental). [-] El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto [-] (conf. doctrina de Fallos: 328:2870 ; 331:2047).

8º) Que dicho principio también ha sido contemplado en el art. 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com. de la Nación en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior. A su vez, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de, las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3º, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia» (CSJN, «S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN», 27/11/2018, Fallos:341:1733 , AR/JUR/63273/2018).

En lo que atañe específicamente al interés superior del niño, la CSJN expuso que «la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que «toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia»; que dicho interés superior «se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades», y que su determinación «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.» (caso «Forneron e hija vs. Argentina» Argentina», sentencia del 27 de abril de 2012). Que en dicha causa, la Corte Interamericana también insistió en el reconocimiento del derecho a la identidad, al que conceptualizó como «el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad.», destacando la especial importancia que entraña durante la niñez. Que esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI «N.N. o U., V.s/ protección de persona», sentencia del 12 de junio de 2012). Asimismo, se ha señalado que al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 328:2870 y 331:147)» (Fallos:335:1838, AR/JUR/48008/2012).

El Máximo Tribunal señaló también que, en casos como el que nos ocupa, «no puede soslayarse que el niño tiene derecho a una salvaguarda singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, esa Corte le confiere prioridad al interés moral y material del sujeto menor de edad como extremo de ponderación ineludible para los jueces. Además, fija los alcances de esa doctrina federal en un sentido específico al señalar que la implementación del principio del mejor interés del niño debe realizarse analizando sistemáticamente, cómo los derechos y ventajas de éste se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, y no puede aprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de la causa (v. Fallos: 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376). También esa Corte ha sostenido que el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y que, en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (v. Fallos:333:1776). En línea análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la determinación del interés superior del niño, en supuestos de cuidado y de custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte IDH, casos «Atala Riffo y Niñas vs. Chile», sentencia del 24/02/2012, párrafo 109; y «Fornerón e hija vs. Argentina», sentencia del 27/04/2012, párrafo 50; entre otros)» (CSJN, «G., B. M. s/ guarda», 04/11/2014, AR/JUR/90094/2014).

En este marco y concretamente en relación a medidas excepcionales y declaración de la situación de adoptabilidad de los niños, cuestiones directamente involucradas en autos, la

Corte nacional sostuvo que «desde el momento en que todo cambio implica un «trauma» para la pequeña, debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave (cfse. Fallos: 331:2047, voto de la jueza Argibay). Los tribunales deben ser sumamente cautos cuando se trata de «.modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener (.) aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.» (cfr. Fallos: 331:147). En estas condiciones, la decisión de separar la «familia» sin realizar las evaluaciones adecuadas y sin ponderar el impacto en el desarrollo de la niña -ni conocer «cuál es su deseo, pese a su corta edad», como observa el Sr. Defensor; fs. 26vta.-, en un contexto en el que no se ha comprobado la existencia de un delito, luce infundada» (CSJN, «G., B. M.s/ guarda», 04/11/2014, AR/JUR/90094/2014).

Asimismo, ponderó que «la invocación al interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionará ser criado por una posible familia adoptiva, lejos de su madre, de su hermano menor quien sí convive con ella y de la restante familia materna, aún con las limitaciones de éstos, es una clara demostración de la ausencia de una debida fundamentación.

En tal contexto, el fallo plantea apodícticamente la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño, olvidando que la atribución de consecuencias de tamaña magnitud está vedada, sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustados al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica (caso «Forneron», ya cit., párr. 99, y caso «Atala Rifo y Niñas vs. Chile», del 24/02/2012, párr. 111).

En este punto cabe recordar que el instituto de la adopción, contemplado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del menor (dictamen de esta Procuración General, del 08/06/2012, en autos S.C. A. 980, L. XLV, punto VIII); así como que, ante la discapacidad de los progenitores, el Estado no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema» (CSJN, «I., J. M. s/ protección especial», 07/06/2016, Fallos:339:795, AR/JUR/32497/2016).

También respecto de medidas excepcionales como la que dio origen a este proceso, se ha dicho que «lo que se busca durante el tiempo de vigencia de la medida de protección excepcional es revertir las situaciones que originaron su dictado, de forma tal de no separar definitivamente al niño de su medio familiar originario, a menos que esto sea necesario en resguardo de su interés superior, conforme lo establecen los arts. 5º y 9º de la CDN, todo ello en un plazo razonable que permita definir la situación de un modo que le brinde al niño estabilidad jurídica y emocional. Es que mientras se encuentra vigente la medida de protección excepcional, debe trabajarse en forma conjunta y articulada desde el órgano de

protección que la dispuso y el Poder Judicial (juez y defensor), para empoderar a esa familia en todo lo que sea necesario y con la finalidad de que el niño pueda volver a su seno, resguardando así el derecho humano de rango constitucional de vivir en el ámbito de su familia biológica [...] Los principios consagrados en la Convención advierten sobre el compromiso asumido por los Estados de proteger el derecho del niño a la vida familiar, buscando en primer término que se haga efectivo junto a su familia de origen, y respetando el modelo familiar escogido por esta. Así lo recoge el Cód.

Civ. y Com., tanto en los principios generales, como al disponer un procedimiento previo al dictado de la declaración de adoptabilidad, donde tienen participación todos los sujetos involucrados, destacándose el carácter de parte del NNA y siendo en este tramo del proceso donde los integrantes de la familia biológica tienen la oportunidad para expresar sus reclamos y hacer valer sus derechos. El proceso judicial de declaración de situación de adoptabilidad requiere la intervención de: a) el niño, niña o adolescente en carácter de parte, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien en ese caso comparecerá con asistencia letrada; b) sus progenitores u otros representantes legales, con carácter de parte; c) el organismo administrativo que participó de la etapa extrajudicial y d) el Ministerio Público (art. 103). El juez puede escuchar también a los parientes y otros referentes afectivos» (Salomón, Claudia E., Tutela judicial efectiva: La necesidad de nivelar las desigualdades, RDF 2019-II 241, AR/DOC/1119/2019).

La autora citada, afirma asimismo que «las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que rigen en los procesos de familia deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, respetando los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público deben velar por tutelar los derechos de todas las partes, en pos de recomponer los derechos que se encuentran en riesgo, especialmente de aquellas personas más vulnerables. Las Reglas de Brasilia, incorporadas a nuestro derecho nacional, describen a las personas en condiciones de vulnerabilidad que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, culturales se encuentran fuera del sistema de justicia para ejercer sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, suministrando asimismo recomendaciones para los jueces, a fin de que se protejan los derechos de los más necesitados» (Ibidem).

Realizadas las consideraciones que anteceden, se observa que según surge de las constancias de autos y conforme señala la propia sentencia impugnada, «A fs. 351/362, el organismo de aplicación peticiona se declare la situación de adoptabilidad de los niños N. E., R. del M. y M. R. H. La Sra. Defensora de la Niñez de la IIIª Nominación, en su carácter de representante principal, presta conformidad con esta solicitud (fs.388/395). Hace lo suyo la Sra.

Fiscal Civil. Corrido traslado del pedido de declaración judicial en situación de adoptabilidad, la progenitora lo contesta en forma extemporánea, por lo que se procede a su rechazo y devolución (decreto firme de fs.414)».

Respecto de esa decisión de primera instancia del 06/03/2020 consistente en desechar por extemporáneo (para luego dictar sentencia en fecha 29/7/2020) lo que la madre quería contestar al pedido de que sus hijos fueran puestos en situación de adoptabilidad (cfr. fs. 414), cabe señalar que conforme tiene dicho el Máximo Tribunal nacional, «dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa. Que en tal sentido, se ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210). Que por último, en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas 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 valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047)» (Fallos: 335:1838, AR/JUR/48008/2012).

Así también, sobre las omisiones verificadas en autos de escuchar previamente tanto a la madre como a los familiares de los menores que expresamente solicitaron asumir su guarda o tutela, se debe tener presente que «el art.608 [CCyCN] establece determinadas reglas procedimentales que, en lo que nos interesa destacar en esta oportunidad, impone la participación de todos los interesados. En la redacción actual del ordenamiento de fondo, los padres, el niño y la familia de origen tienen reconocido con claridad el carácter de parte en el proceso en el que se resuelve el decreto de adoptabilidad del niño, garantizándose ampliamente su derecho de defensa en juicio, a la par que, con toda lógica, se los excluye del proceso de adopción (art. 617), dado que, salvo circunstancias particulares, una vez decretada la situación de adoptabilidad no ametraría, prima facie, la necesidad de comparecencia. Incluso faculta al juez la norma, tal como aconteció en el caso, oír previo a todo a parientes y otros referentes afectivos y, si bien éstos no tendrán el carácter de parte, mal podrá el juez definir el futuro acerca de la vida de un niño si, justamente, no escucha a quienes para él importan un referente» (Fortuna, Mariana, Declaración de adoptabilidad y privación de la responsabilidad parental. Oposición del referente afectivo y cómo sortear la prohibición del art. 611, Cód. Civ. y Com., RDF 2017-V, 118, AR/DOC/4027/2017).

Se ha señalado asimismo que, en estos contextos, «el interés material» se relativiza, a tal punto de ser rechazado como criterio por la Corte Federal en una sentencia de 02/08/2005, que afirma: «En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe

tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación» (considerando 6º)» (Kemelmajer de Carlucci, Aída – H., Marisa, Familia de origen vs. familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, Sup. Const- 2011 (noviembre), 20, LA LEY 2011-F, 225).

En ese orden de pensamiento, se ha dicho que «no se puede desconocer el carácter social que muchas veces atraviesa este tipo de conflictos de familia. Para ofrecer en cada caso concreto la decisión que mejor se adecue a ese niño, niña o adolescente, es importante realizar un abordaje interdisciplinario en todas las instancias y abandonar modelos de intervención estandarizados, tutelares y basados en preconceptos. Los operadores de la Administración y de la justicia no deben promover con sus decisiones la estigmatización de las personas por su condición social y carencias económicas, las cuales en ningún caso podrá servir para justificar la separación familiar. El Estado tiene el deber de promover, en primer término, medidas de revinculación y fortalecimiento familiar, a partir de dos principios: el derecho de los NNyA a la vida familiar y la convicción de que la institucionalización debe ser la última alternativa.

Para ello es necesario que, desde el momento en que se adopte la medida de protección excepcional, la intervención estatal esté orientada a buscar soluciones al problema que motivó el alejamiento y a garantizar a las familias un apoyo en su función cuidadora. A su vez, no se puede descartar a primera mano la posibilidad de que el interés del adulto y del niño se complementen» (LaV., Mariana, La declaración judicial de situación de adoptabilidad ante la oposición de la familia biológica ampliada. Comentario al fallo «nn o r. B. J. y otros s/abrigo», RDF 2018- III, 121, AR/DOC/3087/2018).

En el marco descripto, resulta pertinente recordar asimismo que, en relación al derecho de los niños a una vida familiar y al carácter excepcional que debe revestir su separación de su grupo de origen, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: «la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Asimismo, impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender, como consideración primordial, al interés superior del niño (v. art. 3.1); el de respetar el derecho del

niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8); el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y porque mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (v. art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18); el de cuidar que la adopción sólo sea autorizada por los órganos competentes, con arreglo a las leyes y a los procedimientos y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, siempre que se acredite que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales (v. art. 23); y el de implementar medidas aptas para ayudar a los progenitores a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado (art.25).

Con igual jerarquía normativa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene, entre los deberes estatales y los derechos tutelados, la protección del niño y de la familia, concebida como el elemento natural y sustancial de la sociedad, que debe ser resguardado por ésta y por el Estado (arts. 17.1 y 19); la vida privada y familiar (art. 11.2); y la posibilidad de fundar una familia, sin discriminación (cfr. arts. 1, 17.2 y 24).

El respeto de esas directivas por los Estados, ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que enfatiza la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres; de los lazos familiares en orden al derecho a la identidad; del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público; y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen, que -de disponerse- debe ajustarse rigurosamente a las reglas en la materia, como también deben hacerlo aquellas decisiones que impliquen restricciones al ejercicio de los derechos del niño (cf. «Forneron e hija vs. Argentina», sentencia del 27/04/2012, esp. párr. 48, 116, 117, y 123; «Chitay Nech y otros vs. Guatemala», sentencia del 25/05/2010, en esp. párr. 101, 157 y 158; «Gelman vs. Uruguay», sentencia del 24/02/2011; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17/02], esp. párr. 65 a 68, 71 a 77 y 88; y párr. 4 y 5 de las conclusiones finales del informe)» (CSJN, «I., J. M. s/ protección especial», 07/06/2016, Fallos:339:795, AR/JUR/32497/2016).

En ese mismo precedente, la Corte Nacional señaló: «Asimismo, tomando como criterio rector el i nterés superior del niño, la ley 26.061 -de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes-reitera, entre otros, los principios acerca del derecho a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3.c); al deber estatal de asegurar asistencia para que los padres puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones (art. 7); a los derechos a crecer y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la identidad, y a que el Estado garantice el vínculo y el contacto directo y permanente con aquélla (art. 11); al derecho a vivir, a ser criados y a desarrollarse en un espacio familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley y excepcionalmente, supeditado a la imposibilidad de crianza por la familia biológica (art. 11); y a la igualdad legal, sin discriminación por motivos de posición

económica, origen social, capacidades especiales, impedimento físico o de salud, o cualquier condición del menor o de los padres (art. 28)».

Sobre tal base, la ley dispone que, antes de excluir a un niño de su ámbito de origen, tuvo que haber fracasado el esquema de protección, preventivo y de apoyo (v. arts. 33, 37 y 40). Recién agotada esa instancia a cargo del organismo de derechos local, podrá accederse a otras formas de intervención, cuya legalidad quedará sujeta al control judicial. Este último tipo de providencias -que obedece a las premisas de subsidiariedad, excepcionalidad y limitación temporal- no es sustitutivo del grupo de origen, por lo que debe propiciarse, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso del niño a su medio originario; sin que ninguna medida excepcional pueda fundarse en la falta de recursos, políticas o programas administrativos, o en la falta de medios de la familia (esp. arts. 33, in fine, 40 y 41, incs.b, c y f)».

En este estado del análisis es aconsejable, como entiende también el doctor Daniel Oscar Posse, hacer notar a la recurrente, madre de los niños, que la guarda legal que aquí se establece en los términos del art. 657 del CCyCN, no tiene carácter definitivo y que podrá, eventualmente, solicitar una modificación de este régimen, sin perjuicio de otros derechos y deberes que pudieren corresponderle.

En tal sentido, se sostuvo que la guarda prevista en el referido art. 657 es «excepcional; provisoria, no discrecional; puede ser dictada de oficio, es temporal, no puede ser considerada como un antecedente de la adopción y está sujeta a control estatal», y que «no procura una solución definitiva, pues este instituto no busca dar una solución permanente al problema que pudieran estar atravesando los menores, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. El objetivo es restituir al niño en sus derechos vulnerados, teniendo en miras el futuro reintegro a sus progenitores» (CNCiv., sala L, «B. M., L. R. y otros s/ guarda»; 06/09/2016; Rubinza Online; RC J 3958/19, cit. en Jáuregui, Rodolfo G., «La guarda judicial del art. 657 y concordantes del Código Civil y Comercial. Cuestiones procesales y de fondo», La Ley AR/DOC/590/2020, agosto 2020).

En la resolución del presente caso cabe tener presente también – adicionalmente a lo dicho al respecto por la CSJN- lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en «Atala Ríffo y Niñas c. Chile» (24/2/2012, Serie C 239), respecto de que: «169. (.) el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El Tribunal ha establecido que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas.

170. En lo concerniente a los artículos 11.2 y 17.1. de la Convención Americana, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por (.) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (.) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, (.) [el] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y [el] Convenio Europeo. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

199. (.) [L]a Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (.). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.

208. (.) [L]a Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (.). Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

En esa misma línea de razonamiento, en el caso «Fornerón e hija c. Argentina» (27/04/2012, Serie C 242, AR/JUR/27523/2012), la CIDH sostuvo: «45. Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto (50). La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece (51).

46. Esta Corte ya se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva 17, y ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas (52).

47. Asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe 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 (53).

50. Recientemente, la Corte ha señalado 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 (56).

52. Adicionalmente, el Tribunal ha establecido 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, podía 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 (58)».

116. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (89). Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia (90), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (91) (supra párr. 47)».

En consideraciones también adaptables a la situación bajo examen, en el citado precedente Fornerón la CIDH consideró asimismo que «el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica (92), 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. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.

121. En el presente caso no se cumplió con el requisito de excepcionalidad de la separación. El juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción no tuvo en cuenta la voluntad del señor Fornerón de cuidar y de no continuar separado de su hija. Ello a pesar de que el padre

biológico manifestó dicha voluntad de manera expresa y reiterada ante diversas autoridades y particularmente ante dicho funcionario en los procesos de guarda y de adopción (.)

123.Finalmente, la Corte recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8.1, señala que «[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas». El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (94). La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez (95). Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar».

En virtud de todo lo expresado y de la aplicación ineludible y prioritaria de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios expuestos a la situación de los menores N., R.y M., concluyo que la guarda provisoria a cargo de dos familiares que aquí se decide es, en el estado actual de la causa, la medida que mejor se orienta a proteger el interés superior de los niños.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal, R E S U E L V E :

I.- HACER LUGAR al recurso de casación incoado por N. H., y, en consecuencia, CASAR la sentencia de fecha 03/11/2020, dictada por la Sala II, de la Excma. Cámara Civil en Familia y Sucesiones, del Centro Judicial Capital, de acuerdo a la doctrina legal fijada.

II.- DICTAR como sustitutiva la siguiente decisión: «I.- HACER LUGAR al recurso de apelación incoado por N. H. contra la sentencia de fecha 29/7/2021, la que se deja sin efecto. II.- OTORGAR la guarda legal amplia de N. E. H. (DNI N° xxxxxxxx); de R. del M. H. (DNI N° xxxxxx) y de M. R. H. (DNI N° xxxxxx), conjuntamente a A. del V. O. (DNI N° xxxxxx) y a L. M. O. (DNI N° xxxxxx), de acuerdo a lo considerado y a los fines establecidos. III.- IMPONER las costas de la Alzada por el orden causado, atento las particularidades de la presente causa (arts. 105, inc. 1º y 107, CPCCT)».

III.- REMITIR los autos a Mesa de Entradas Civil a los fines de proceder al sorteo de un nuevo Juzgado Civil en Familia y Sucesiones para que intervenga en la causa, el que deberá, con la urgencia del caso, materializar lo aquí decidido.

IV.- COSTAS, como se consideran.

V.- PROTOCOLIZAR el dictamen del Ministerio Público Fiscal, de fecha 09/3/2021 (fs. 441/443).

VI.- RESERVAR pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

SUSCRIPTA Y REGISTRADA POR LA ACTUARIA/O FIRMANTE EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN, EN LA FECHA INDICADA EN LA CONSTANCIA DE LA REFERIDA FIRMA DIGITAL DE LA ACTUARIA/O.

SENTENCIA FIRMADA DIGITALMENTE POR: DRA. CLAUDIA BEATRIZ SBDAR (PRESIDENTA) (CON SU VOTO), DR. DANIEL OSCAR POSSE (VOCAL) (CON SU VOTO), DR. DANIEL LEIVA (VOCAL). ANTE MÍ: CLAUDIA MARÍA FORTÉ (SECRETARIA)