

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Secretaría de Jurisprudencia

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Diciembre

2012

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia

Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:
Interés superior del niño. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia
de la Nación, 2013.
336 p.; 24x16 cm.

ISBN 978-987-1625-24-6

1. Tribunales de Justicia. 2. Jurisprudencia. I. Título.

CDD 340

Sumario

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

FALLOS ANTERIORES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

ASPECTOS CIVILES

ADOPCION

- SCHVARTZ, JACOBO LEÓN Y OTRAS/ ADOPCIÓN DEL MENOR ALBERTO LORENZO CAMINO** (16/12/1957 - Fallos: 239:367)
Adopción - Libertad de culto - Constitución Nacional 1
- TREVIRANUS, MÓNICA ALEJANDRA S/ ADOPCIÓN** (13/04/1973 - Fallos: 285:279)
Padres biológicos - Patria potestad - Interés del menor 5
- MULLER, JORGE S/ DENUNCIA** (13/11/1990 - Fallos: 313:1113)
Adopción - Derecho a la identidad - Derecho a la integridad - Protección del menor - Prueba hematológica 14

DERECHO A APRENDER

- BARROS, JUAN CARLOS, EN REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS PABLO A. Y HUGO M. BARROS C/ CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN Y OTRA S/ DEMANDA DE AMPARO** (06/03/1979 - Fallos: 301:151)
Derecho a aprender - Obligatoriedad de la escuela primaria - Respeto a los símbolos patrios - Convicciones religiosas 37

PATRIA POTESTAD

- ROJO, LUIS CÉSAR S/ ADOPCIÓN** (28/11/1949 - Fallos: 215:359)
Constitución Nacional - Defensa en juicio - Patria potestad 41

TENENCIA

- GADEA DE GARCÍA, MARÍA ELENA MATILDE C/ GARCÍA, JORGE ALFREDO** (28/07/1955 - Fallos: 232:387)
Divorcio - Bien de familia - Menores 43
- MÁRQUEZ OSORIO, RAFAEL S/ AMPARO** (19/04/1983 - Fallos: 305:494)
Guarda de menores - Competencia originaria - Domicilio 45
- SICILIANO, ROMINA PAOLA** (05/09/1989 - Fallos: 312:1580)
Guarda - Adopción - Retención y ocultamiento de menores 49

FALLOS POSTERIORES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**ADOPCIÓN**

- I., E. H. S/ ADOPCIÓN** (30/06/1999 - Fallos: 322:1349)
Adopción - Convención sobre los Derechos del Niño - Derecho a la identidad 60
- S., C. S/ ADOPCIÓN** (02/08/2005 - Fallos: 328:2870)
Adopción - Familia biológica - Guarda - Convención sobre los Derechos del Niño - Prioridades 67
- A., F. S/ PROTECCIÓN DE PERSONAS** (13/03/2007 - Fallos: 330:642)
Guarda - Abandono - Familia biológica 81

ALIMENTOS

- GUCKENHEIMER, CAROLINA INÉS Y OTROS C/ KLEIMAN, ENRIQUE Y OTRO**
(06/02/2001 - Fallos: 324:122)
Alimentos - Insolvencia del padre - Convención sobre los Derechos del Niño - Jueces 102

DERECHO A LA INTIMIDAD

- S., V. C/ M., D. A. S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS** (03/04/2012 - Fallos: 324:975)
Protección del menor - Juicio de filiación - Libertad de prensa - Publicidad de los juicios 107

DERECHO A LA SALUD

- MALDONADO, SERGIO ADRIÁN S/ MATERIA: PREVISIONAL S/ RECURSO DE AMPARO** (23/11/2004 - Fallos: 327:5210)
Interés superior del niño - Menores - Derecho a la salud - Obras sociales 145
- N.N. O U., V. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS** (12/06/2012 - N. 157. XLVI)
Derecho a la salud - Menores - Plan obligatorio de vacunación estatal 150

DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

- Q. C., S. Y. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ AMPARO** (24/04/2012 - Q. 64. XLVI)
Derecho a una vivienda digna - Menores - Discapacidad - Ciudad Autónoma de Buenos Aires 157

FILIACIÓN

- P. DE LA S., L. DEL C. C/ P., G. E. S/ DIVORCIO Y TENENCIA** (10/08/2010 - Fallos: 333:1376)
Filiación - Derecho a la identidad - Hijos extramatrimoniales - Divorcio - Prueba hematológica - Interés superior del niño 181

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

- WILNER, EDUARDO MARIO C/ OSSWALD, MARÍA GABRIELA** (14/06/1995 – Fallos: 318:1269)
*Restitución internacional de menores – Convención sobre Aspectos Civiles de la Sus-
 tracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 – Convención sobre los Derechos
 del Niño* 187
- B., S. M. C/ P., V. A. S/ RESTITUCIÓN DE HIJO** (19/05/2010 – Fallos: 333:604)
*Restitución internacional de menores – Convención Interamericana sobre Restitución
 Internacional de Menores – Convención sobre los Derechos del Niño* 207
- V., D. L. S/ RESTITUCIÓN DE MENORES – EJECUCIÓN DE SENTENCIA** (16/08/2011 –
 Fallos: 334:913)
Convención sobre los Derechos del niño - Derecho a la intimidad y a la vida privada 225
- F. R., F. C. C/ L. S., Y. U. S/ REINTEGRO DE HIJO** (08/11/2011– Fallos: 334: 1287)
*Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores - Derecho a la
 salud integral – Menor discapacitada – Autoridades Centrales – Deber de cooperación
 internacional* 239
- W., D. C/ S. D. D. W. S/ DEMANDA DE RESTITUCIÓN DE MENOR** (22/11/2011 –Fallos:
 334:1445)
Edad – Retención ilícita – Ejecución de sentencia – Deberes del juez 249

ASPECTOS PENALES**JÓVENES IMPUTADOS PENALMENTE**

- MALDONADO, DANIEL ENRIQUE Y OTRO S/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE
 ARMAS EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO CALIFICADO - CAUSA N° 1174 -**
 (07/12/2005 – Fallos: 328:4343)
*Imposición de pena – Prisión perpetua – Medida del reproche – Derechos especiales
 derivados de la condición especial de niño – Interés Superior del Niño* 260
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y MUSA, LAURA CRISTINA S/ CAUSA N° 7537** (02/12/2008
 – Fallos: 331:2691)
*Niños no punibles – Internación - Adopción de medidas - Revisión permanente - Niño
 sujeto pleno de derechos* 294
- MARTEAU, ALEJANDRO ARAMIS S/HOMICIDIO EN CONCURSO IDEAL CON LE-
 SIONES GRAVES Y LEVES DOLOSAS -CAUSA N° 2570** (17/03/2009 – Fallos: 332:512)
*Imposición de pena – Fundamentos de la sentencia – Conocimiento directo del menor
 – Convención sobre los Derechos del Niño – Peligrosidad – Delito culposo* 310
- G., J. L. S/ CAUSA N° 2182/06** (15/06/2010 – Fallos: 333:1053)
*Declaración de responsabilidad penal – Sentencia definitiva o equiparable – Facultad
 de recurrir - Recurso de casación* 314

CASOS EN INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

ADOPCIÓN

- DOMÍNGUEZ, RAÚL Y OTRA S/ ADOPCIÓN** (28/10/1975 - Fallos: 293:273)
Adopción - Intereses de los padres y del menor 13
- SOLER, SILVIO FABIÁN Y OTROS** (08/06/1989 - Fallos: 312:869)
Guarda - Adopción 13

ALIMENTOS

- JOSEFA LACIAR, Á NOMBRE DE SUS HIJOS MENORES CONTRA D. LÁZARO QUEIROLO, SOBRE ALIMENTOS** (10/11/1870 - Fallos: 9:506)
Alimentos - Hijos naturales - Prueba de paternidad 36

DERECHO A APRENDER

- ASCENCIO, JOSÉ HERNÁN S/ AMPARO** (09/09/1982 - Fallos: 304:1293)
Derecho a aprender - Escuelas - Interés individual y colectivo 39

MINISTERIO PUPILAR

- SUCESIÓN DEL DR. D. GENARO GRANADOS C/ D. GERVACIO SUELDO, POR COBRO DE PESOS. INCIDENTE S/ NOMBRAMIENTO DE UN TUTOR ESPECIAL** (04/04/1876- Fallos: 18:290)
- DON LUIS BURONE C/ DON ESTEVÁN RISSO, S/ ENTREGA DE UNOS MENORES. INCIDENTE SOBRE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE MENORES** (02/11/1881 - Fallos: 23:714)
Ministerio Pupilar - Intereses del menor - Representación 40

PATRIA POTESTAD

- DON FRANCISCO PAULINO, Y POR ÉL SU VIUDA É HIJOS MENORES, CONTRA DON SEVERO AMATO, POR COBRO DE PESOS; SOBRE PERSONERÍA** (17/10/1901 - Fallos: 92:59)
Representación - Patria potestad - Sucesión 40

FALLOS POSTERIORES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

ADOPCIÓN

- TORRES, ALEJANDRO DANIEL S/ ADOPCIÓN** (15/02/2000 - Fallos: 323:91)
Adopción simple - Adopción plena - Vínculo familiar 66
- M., D. H. C/ M. B. M. F.** (29/04/2008 - Fallos: 331:941)
Tenencia - Guarda - Jueces - Instituciones - Preservación del menor 101
- G., M. G. S/ PROTECCIÓN DE PERSONA —CAUSA N° 73.154/05—** (16/04/2008 - Fallos: 331:2047)
Estado de adoptabilidad - Guarda provisoria - Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos 102

CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO

- M., G. C/ P., C. A.** (M. 394. XLIV - 26/06/2012)
Tenencia - Capacidad para estar en juicio - Menores 106

CUESTIONES PROCESALES

- HAAG, HOLLYMARIE C/ KAUFER, ROBERT ANTHONY** (21/05/2001 - Fallos: 324:1672)
Nulidad de notificación - Fijación de domicilio de menores 106

DERECHO A LA SALUD

- MONTESERIN, MARCELINO C/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL — COMISIÓN NACIONAL ASESORA PARA LA INTEGRACIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS— SERVICIO NACIONAL DE REHABILITACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD** (16/10/2001 - Fallos: 324:3569)
Discapacidad — Responsabilidad del Estado — Financiamiento de las prestaciones de salud 144

- MARTÍN, SERGIO GUSTAVO Y OTROS C/ FUERZA AÉREA ARG. - DIREC. GRAL. DE BIENESTAR PERS. FUERZA AÉREA S/ AMPARO** (08/06/2004 - Fallos: 327:2127)
Menores - Discapacitados - Ley 22.431 - Obligaciones del Estado - Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad - Ley 24.901 144

FILIACIÓN

- O., S. A. C/ O., C. H.** (01/11/1999 - Fallos: 322:2755)
D. DE P. V., A. C/ O., C. H.; S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD (01/11/1999 - Fallos: 322:2701)
G., M. A. C/ P. J. R. (28/09/2004 - Fallos: 327:3959)
M., S. M. C/ M., M. A. Y OTROS (13/02/2001 - Fallos: 324:245)
Impugnación de paternidad matrimonial 180

MINISTERIO PUPILAR

- RIVERA, ROSA PATRICIA C/ ESTADO NACIONAL Y/O ESTADO MAYOR GENERAL** (06/07/2010 - Fallos: 333:1152)
PÁEZ BALBUENA, RUFINA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL ARGENTINO - GENDARMERÍA NACIONAL - MINISTERIO DEL INTERIOR (13/02/2001 - Fallos: 324:253)
SÁNCHEZ, GRISELDA C/ SOLÁ FEDERICO (16/05/2000 - Fallos: 323:1144)
Representación procesal de los menores 186
- S. A. G. S/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL SOLICITA RESTITUCIÓN DE LA MENOR** (20/12/2005 - Fallos: 328:4511)
Restitución internacional de menores 207
- R., M. A. C/ F., M. B. S/ REINTEGRO DE HIJO** (21/12/2010 - Fallos: 333:2396)
Restitución internacional de menores - Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores - Convención sobre los Derechos del Niño 225

TENENCIA

- M.D.H. C/ M. B. M. F.** (29/02/11 - Fallos: 331:841)
V., M. N. C/ S., W. F. S/ AUTORIZACIÓN (14/09/2010 - Fallos: 333:1776)
Tenencia provisoria 259

VIOLENCIA FAMILIAR

- G., M. S. C/ J. V., L S/ DIVORCIO VINCULAR"** (26/10/2010 - Fallos: 333:2017)
Violencia familiar. Abuso sexual. Vinculación con los padres 259

JÓVENES IMPUTADOS PENALMENTE

- R. M., J. L. S/ CAUSA N° 3202"** (31/10/2006 - Fallos: 329:4770)
Suspensión de juicio a prueba - Recurso de casación - Sentencia arbitraria - Soluciones alternativas a la pena de prisión 293
- L., L. A. S/ CAUSA N° 5400** (18/12/2007 - Fallos: 330:5294)
Unificación de penas (art. 4° de la ley 22.278) - Cómputo - Prisión preventiva - Inter-nación - Ley 24.390 - Igualdad de derechos - Menor de edad: derechos especiales 294
- GUARINO, MIRTA LILIANA S/ QUERRELLA** (27/12/1996 - Fallos: 319:3370)
Derecho a la identidad - Convención sobre los derechos del niño - Menor de edad víctima 320

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CASO BULACIO VS. ARGENTINA** (18/09/2003 - Fondo, Reparaciones y Costas).
Derechos del niño - Detención de menores de edad - Derecho a la vida humana - Es-tado garante: niños bajo su jurisdicción 321
- CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE** (24/02/2012 - Fondo, Reparaciones y Costas)
Condición homosexual de la progenitora - Interés Superior del Niño - Tenencia de hijos - Concepto de familia - Discriminación - Igualdad 322
- CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA** (27/04/2012 - Fondo, Reparaciones y Costas)
Protección de la familia - Interés superior del niño - Violación de los Derechos Humanos - Menor entregada por la madre en guarda pre-adoptiva - Ausencia de consentimiento del padre biológico - Pruebas de ADN - Confirmación de la paternidad - Adopción simple - Negación de un régimen de visitas - Separación de niños de su familia 323

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CÉSAR ALBERTO MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA** (14/03/2008)
Penas perpetuas - Menores de edad - Derecho de revisión de la sentencia 324

**SITIO WEB DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

<http://www.csjn.gov.ar/> • <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

• NOVEDADES

• JURISPRUDENCIA

- CONSULTA TEMÁTICA EN SUMARIOS-FALLO Y DICTAMEN (1863 A SEPTIEMBRE 2012)
- CONSULTA FALLOS COMPLETOS - TOMOS 1 A 307 (1863-1985)
- CONSULTA DE TEXTOS FALLOS COMPLETOS (A PARTIR DE 1994 / NUEVO VALOR AGREGADO A PARTIR DEL 1/2/2012)
Sin sumarios
- BOLETINES DE JURISPRUDENCIA
- LISTA DE SENTENCIAS RECIENTES
- NOTICIAS

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

FALLOS ANTERIORES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

ASPECTOS CIVILES

ADOPCIÓN

Adopción – Libertad de culto - Constitución Nacional

Schwartz, Jacobo León y otra s/ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino - 16/12/1957 - Fallos: 239:367

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y no hizo lugar al pedido de adopción del menor Alberto Lorenzo Camino formulado por los actores, en base a la diferencia de religión existente entre aquél y éstos. Los recurrentes interpusieron recurso extraordinario el cual fue concedido.

La Corte dejó sin efecto la sentencia de Cámara confirmando en lo principal la de primera instancia pero revocándola en cuanto obligaba a los adoptantes a educar al menor en un determinado género de colegio, restricción a los poderes de la patria potestad que no tenía fundamento ni en la ley 13.252 (1) ni en el Código Civil (art. 262 y siguientes).

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Facultad de los jueces – Identidad de religión.**
- b) **Religión – Educación - Edad del menor - Interés del menor.**
- c) **Facultad de los padres – Educación – Protección de los incapaces.**
- d) **Adopción – Religión – Discriminación – Constitución Nacional.**

Estándar aplicado por la Corte:

- La falta de identidad de religión entre adoptante y adoptado constituye una de las tantas y variadísimas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar criterio acerca de si la adopción es conveniente para el menor (art. 9º inc. e), se trata de circunstancias a examinar por el juez, el examen tiene que hacerse en concreto y no en abstracto.

(1) **N. de S.:** Régimen para la adopción de menores.

- La diferencia de religión puede hacer considerar inconveniente una determinada adopción, cuando se trate de un menor que, por su edad y por la educación recibida, tenga una formación religiosa distinta de las de quienes se proponen adoptarlo pero en el caso de un menor que fue recogido cuando sólo tenía cuatro años y medio de edad y un estado de raquitismo agudo y desnutrición acentuada era inimaginable cualquier conflicto espiritual o de conciencia.

- No es legítimo, so pretexto de examinar si la adopción es conveniente para el menor, examinar el interés del padre natural, para inclinarse a favor de éste toda vez que el interés del menor —que es el que primordialmente tiene en vista la ley— no se identifica con el de cualquier otra persona.

- La facultad reconocida por ley a los padres de educar a sus hijos (art. 265 del Código Civil) comprensiva de la de enseñarles una determinada religión nunca se ha entendido que pudiera comportar una violencia moral para los hijos dado que el ejercicio de esa facultad es sin perjuicio de que, cuando alcancen madurez mental elijan lo que prefieran o no acepten ninguna y no se ve por qué esta salvedad no ha de tener lugar cuando los menores se hallen bajo la potestad de los padres de adopción y llegada aquélla y no respetada la libertad espiritual del hijo por parte de los padres será el momento de que intervengan los órganos de protección de los incapaces a fin de limitar los excesos de la autoridad familiar.

- Al no resultar ni de la ley 13.252 ni de las circunstancias de la causa que las creencias religiosas de los actores constituyen un impedimento para la adopción, nada aconseja, teniendo en vista el interés del menor, que se rechace el pedido de adopción toda vez que no se trata sólo de las presumibles desventajas materiales que el cambio pueda producir al menor, sino también de las repercusiones psíquicas y morales que verosímilmente ha de causarle el alejamiento inexplicable de personas a quienes se ha acostumbrado a considerar como sus verdaderos padres.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación: (2)

Sentencia de la Corte Suprema:

Buenos Aires, 16 de diciembre de 1957.

Vistos los autos: “**Schvartz, Jacobo León y otra s/ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino**”, en los que a fs. 405 se ha concedido el recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 28 de febrero de 1957.

(2) N. de S.: El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Considerando:

Que el presente recurso se ha interpuesto contra la sentencia de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de esta Capital Federal (fs. 376/384) que, revocando la de primera instancia (fs. 307/311), no hace lugar al pedido de adopción del menor Alberto Lorenzo Camino formulado por los esposos Jacobo León Schwartz y Rosa Orovitz de Schwartz en consideración a la diferencia de religión existente entre aquél y éstos. Sostienen los recurrentes que la sentencia es arbitraria en cuanto introduce en la ley 13.252 un impedimento que ni su texto ni su espíritu consagran y que estaría, además, en pugna con los arts. 14, 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Que la sentencia apelada reconoce expresamente que en nuestra legislación “La identidad de religión no es condición exigida para que sea viable la adopción” (fs. 378 vta.), afirmación general que es de indudable exactitud en presencia del texto de la ley 13.252. Algunas legislaciones extranjeras, que la sentencia recuerda, establecen positivamente el requisito de identidad de religión entre adoptante y adoptado, pero estas citas, lejos de sugerir dudas sobre la correcta inteligencia de nuestra ley, la hacen, desde luego, más evidente, desde que la ley, de haberlo querido, no habría dejado de establecer tal requisito. Un impedimento legal para ser adoptante con respecto a personas determinadas —los menores pertenecientes a otros cultos religiosos— importaría una verdadera incapacidad de derecho (ver nota 4 al art. 14 inc. 1º, Código Civil), la cual debe resultar expresamente de la ley (art. 53 Código citado) y no sólo de manera tácita o implícita. Los jueces no pueden crear, por vía de interpretación, otros impedimentos o incapacidades que los taxativamente establecidos por la ley.

Que formulado ese principio general, es también exacto que la falta de identidad de religión entre adoptante y adoptado “constituye empero una de las tantas y variadísimas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar criterio acerca de si “la adopción es conveniente para el menor” (art. 9º inc. e)”, como señala a continuación la sentencia apelada. Pero, por lo mismo que se trata de “circunstancias” a examinar por el juez, el examen tiene que hacerse en concreto y no en abstracto, esto es, con particular referencia a las modalidades del caso. Si el análisis de estas circunstancias se sustituye con meras razones *a priori*, de validez general para todos los supuestos, entonces, por la alegada vía de examinar la conveniencia de una concreta adopción para un menor determinado, se introduce en rigor en la ley el mismo impedimento genérico que antes se había declarado extraño a ella. Esto es lo que hace de hecho la sentencia apelada, que no contiene ningún examen de las circunstancias particulares de la causa y sí sólo un conjunto de reflexiones generales, incluso con citas de pensadores sobre la alta jerarquía de los valores espirituales y religiosos. Sólo que así el juez se sustituye al legislador y, con la apariencia de aplicar la ley, en realidad la modifica.

Se comprende bien que la diferencia de religión puede hacer considerar inconveniente una determinada adopción, cuando se trate de un menor que, por su edad y por la educación recibida, tenga una formación religiosa distinta de la de quienes se proponen adoptarlo. Pero ninguna semejanza tiene esta situación con la que se plantea en esta causa. El menor fue recogido por los actores cuando aquél sólo tenía cuatro años y medio de edad y se hallaba “en estado deplorable, con un raquitismo agudo y desnutrición acentuada” (certificado de fs. 6). Ninguna formación religiosa ni de otra índole tenía a esa edad y en tales condiciones de abandono, de suerte que es inimaginable cualquier conflicto espiritual o de conciencia proveniente de la religión de los actores. Tampoco es legítimo, so pretexto de examinar si la adopción es conveniente para el menor, examinar el interés del padre natural, como lo hace la sentencia, “para inclinarse a favor del padre” (fs. 383 in fine), pues el interés del menor —que es el que

primordialmente tiene en vista la ley— no se identifica, desde luego, con el de cualquier otra persona. Por lo demás, tampoco parece suficientemente serio el interés que invoca tardíamente el padre para oponerse a la adopción, si se tiene presente que las constancias de autos revelan que tuvo a sus dos hijos pequeños en abandono material y moral (informe de fs. 21) —cualesquiera puedan ser los atenuantes de ese abandono—, y que por lo menos en tres ocasiones diversas expresó voluntariamente su conformidad con la adopción, dos de ellas en este mismo expediente y ante el juez de la causa y el asesor de menores (fs. 25 y 29).

Que la facultad reconocida por la ley a los padres de “educar” a sus hijos (art. 265 Cód. Civil.), comprensiva de la de enseñarles una determinada religión, nunca se ha entendido que pudiera comportar una violencia moral para los hijos, desde que el ejercicio de esa facultad —como señala con acierto la sentencia apelada— es “sin perjuicio de que, cuando alcancen (los hijos) madurez mental elijan la que prefieran o no acepten ninguna” (fs. 381). Y no se ve por qué esta salvedad no ha de tener lugar cuando los menores se hallen bajo la potestad de los padres de adopción. Llegada esa madurez y no respetada la libertad espiritual del hijo por parte de los padres -cualquiera sea su condición, legítima, natural o adoptiva-, será el momento de que intervengan los órganos de protección de los incapaces a fin de limitar los excesos de la autoridad familiar. No corresponde, por lo mismo, anticiparse a hechos eventuales e inciertos, y tener ya por producidos conflictos sólo imaginados. Por lo demás, los actores han expresado categóricamente su voluntad de “respetar la religión que el menor desee abrazar cuando llegue a la madurez espiritual” y que “si el menor, cuando los problemas del alma le preocupen, manifiesta su inclinación por la religión católica, encontrará en nosotros la mayor tolerancia y tendrá todas las facilidades para profesarla” (fs. 56 vta.; además, fs. 345). No cabe razonablemente, por ahora, exigir más.

Que no resultando de la ley ni de las circunstancias de hecho que las creencias religiosas de los actores constituyen un impedimento para la adopción, y estando acreditado en autos, como declara la sentencia recurrida que aquéllos “le han prodigado (al menor) los cuidados de verdaderos padres, en el orden educativo, material y afectivo, estando cumplida por consiguiente la condición que exige el art. 6º de la ley” y que “La conducta de los aspirantes de la adopción ha sido en todo momento generosa y encomiable” (fs. 377 vta.), nada aconseja, teniendo en vista sólo el interés del menor, que se rechace el pedido de adopción y se arranque al niño —que tiene ya casi diez años de edad— del seno de un hogar que lo ha recibido como a un hijo, para hacerle correr la suerte incierta de otros posibles adoptantes o de la tutela de instituciones de beneficencia. No se trata sólo de las presumibles desventajas materiales que el cambio pueda producir al menor, sino también de las repercusiones psíquicas y morales que verosímilmente ha de causarle el alejamiento inexplicable de personas a quienes se ha acostumbrado a considerar como sus verdaderos padres (informe de la Defensoría de Menores, fs. 5 vta. del expediente agregado por cuerda).

Que, en consecuencia, la sentencia recurrida en cuanto niega la adopción solicitada por los actores sin fundamento en las circunstancias particulares de la causa, importa una sentencia dictada *contra legem* y establece una discriminación de orden religioso que la Constitución Nacional no autoriza (art. 14), por lo que debe ser dejada sin efecto. Y corresponde, por ello, confirmar la de primera instancia en la parte que hace lugar a la adopción e impone al menor el apellido del adoptante (art. 13 ley 13.252), pues la sentencia sólo declara como facultad de aquél la de usar también el apellido de la adoptante y, en último término, el originario, sin imponerlos, por lo que no es fundado el agravio que formularon los actores en su oportunidad (fs. 337/342); y revocar dicha sentencia en cuanto obliga a éstos a educar al menor en un

determinado género de colegio, restricción a los poderes de la patria potestad que no tiene fundamento ni en la ley citada ni en los preceptos del Código Civil (arts. 264 y sigtes.).

Por tanto, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se deja sin efecto la sentencia apelada y se confirma en lo principal la de primera instancia, con la salvedad establecida en el último considerando.— ALFREDO ORGAZ — MANUEL J. ARGANARÁS — ENRIQUE V. GALLI — CARLOS HERRERA — BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO.

Padres biológicos - Patria potestad - Interés del menor

Treviranus, Mónica Alejandra s/ adopción - 13/04/1973 - Fallos: 285:279

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia que había desestimado la adopción de la menor, e hizo lugar a la adopción por parte de los cónyuges Jorge Enrique Trevinarus y María Luisa Pérez Millán, padre de la menor y esposa legítima de este último respectivamente. La madre de la menor interpuso recurso extraordinario.

La Corte revocó la sentencia.

El juez Risolía en su voto sostuvo que según el art. 14 de la ley 13.252, la adopción supone una transferencia de derechos y deberes de la patria potestad al adoptante y una privación de aquéllos respecto de sus padres de sangre.

En disidencia, el juez Chute declaró improcedente el recurso extraordinario entre otras razones porque la ley 13.252 no supeditaba la adopción a la concurrencia de alguna de las causales de pérdida o suspensión de la patria potestad.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Patria potestad – Juicio de adopción – Interés del menor.**
- b) **Patria potestad – Interés del menor – Derechos y obligaciones de los padres.**

Estándar aplicado por la Corte:

- El sentido de la concurrencia de padres no privados de la patria potestad al juicio de adopción entablado por terceros es a los fines de que manifiesten si están de acuerdo con la adopción, en cuyo caso será el juez quien decida lo que es más conveniente para el menor. Si la respuesta es negativa no se

puede admitir la procedencia de la adopción pero resolverlo sobre la base de que deben privar razones de conveniencia del menor, libradas al exclusivo criterio de los jueces, importaría convertir la institución en una suerte de pena de inhabilitación para los padres impuesta sin previa prueba de infracción que alcance a justificarla; o sea, en violación a lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional.

- Es correcto que la ley sancione con la pérdida de la patria potestad, con miras a la protección de los menores, a quienes cometen delitos contra sus hijos pero privar a los padres de ese derecho por razones de mera conveniencia importa vulnerar el más fuerte de los lazos que puede vincular a dos seres humanos, surgido del hecho de la procreación; haciendo así posible que la mejor posición económica, la mayor cultura, mejor educación o bondad de los adoptantes, puedan ser considerados motivos valederos para privar a los padres del derecho y de la obligación de criar a sus hijos y educarlos conforme a su condición y fortuna (art. 265 del Código Civil).

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (3)

Sentencia de la Corte Suprema.

Buenos Aires, 13 de abril de 1973.

Vistos los autos: **“Treviranus, Mónica Alejandra s/ adopción”**.

Considerando:

1º) Que el recurso extraordinario concedido a fs. 261 plantea, como problema fundamental, establecer si el ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina permite, por vía del instituto de la adopción, que un padre o una madre —legítimos o no— sean privados de la patria potestad sobre sus hijos, contra su voluntad expresa, sin resolución judicial que los declare incurso en alguna de las causales taxativamente enumeradas por la ley como determinantes de la pérdida de ese elemental derecho.

2º) Que si bien es cierto que la cuestión apuntada involucra, en principio, aspectos regidos por el derecho común —como tales ajenos a la jurisdicción extraordinaria—, no es menos exacto que la gravedad y trascendencia del asunto traído a los estados de esta Corte, en cuanto excede el interés de las partes afecta al de la colectividad (Fallos: 255:41), torna procedente la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48. Porque, en definitiva, está en juego el derecho de los padres —no enumerado en forma expresa por la Constitución, pero ciertamente contenido entre los que de modo implícito reconoce el art. 33— de ejercer respecto de sus hijos la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por el hecho de la procreación. En tal sentido, está resuelto que se justifica la apertura del recurso extraordinario si la cuestión reviste gravedad institucional, con miras a la debida pre-

(3) **N. de S.:** El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar

servación de los principios básicos de la Constitución Nacional (Fallos: 257:132; ver también 248:189; 260:114; 272:188, entre otros); y la Corte examinó por esta vía cuestiones vinculadas con la organización de la familia en el Fallo: 239:367 (sobre adopción) y 273:363 (sobre la validez y nulidad de matrimonio). A lo que cabe agregar que la trascendencia del tema planteado en el “sub judice” llevó, al Señor Asesor de Menores, a afirmar que “la cuestión controvertida en autos ha suscitado y suscita, al presente, un verdadero problema de conciencia al suscripto, por lo delicado de la misma y por las proyecciones que para el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga en estos obrados” (dictamen de fs. 243 vuelta).

3º) Que la cuestión es la siguiente: una mujer separada de hecho de su marido desde el año 1961 tiene relaciones con un hombre casado. Como fruto de esa vinculación nace en 1965 una hija extramatrimonial a quien ambos reconocen (partida de fs. 3). Dos años más tarde, el padre de la criatura y su esposa legítima reclaman se les conceda la adopción de la niña, con oposición expresa de la madre natural de ésta.

4º) Que el caso ha sido y debe ser resuelto, por razón de fechas, a tenor de lo que establecen las disposiciones de la ley 13.252. Y el fallo apelado ha hecho lugar a la demanda, negando el derecho invocado por la madre natural de la niña, quien a todo lo largo del proceso ha solicitado el rechazo de la adopción, pidiendo en cambio que se le otorgara la tenencia definitiva de su hija.

5º) Que la ley 13.252 ha incorporado el instituto a nuestra legislación de la adopción. Pero no establece que los jueces puedan crear un vínculo “legal” de familia entre adoptante y adoptado, contra la explícita manifestación de voluntad de los progenitores del segundo que no hubieren incurrido en causa legal, judicialmente declarada que los privara de la patria potestad de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 307 y 308 del Código Civil, modificados por la ley 10.903.

6º) Que es cierto que el art. 9º de la ley 13.252 establece, en su inc. b), que son parte en el juicio de adopción el padre o la madre del menor “que no hubiesen perdido la patria potestad”. Pero ni el solo hecho de ser parte necesaria en el juicio respectivo, ni la circunstancia de que sea el juez quien, en definitiva, debe apreciar si la adopción es conveniente para el menor (inc. e), bastan para concluir que se pueda conceder ésta sin previa y formal declaración judicial de la pérdida de la patria potestad de los padres, formulada sobre la base de la previa comprobación de la concurrencia de alguna de las causales previstas en los aludidos arts. 307 y 308 del Código Civil, cuando media la expresa oposición de éstos.

7º) Que la calidad de partes reconocida en el juicio de adopción a los padres que no hubiesen perdido la patria potestad sólo puede tener el sentido de garantizarles la oportunidad de oponerse a que se les prive, sin su consentimiento, de los derechos que les corresponden en razón del vínculo de sangre que los une a sus hijos. Porque, en verdad, la concurrencia de padres no privados de la patria potestad al juicio de adopción entablado por terceros con el objeto de sustituirlos en lo que por naturaleza les es propio, sólo puede tener el sentido de escucharles a los fines de que manifiesten si están de acuerdo con la adopción, en cuyo caso será el juez quien decida lo que es más conveniente para el menor. Pero si la respuesta es negativa no se puede admitir la procedencia de la adopción. Resolverlo de otra manera, sobre la base de que deben privar razones de conveniencia del menor, libradas al exclusivo criterio de los jueces, importaría convertir la institución en una suerte de pena de inhabilitación para los padres —sin rehabilitación posible— impuesta, no obstante su gravedad extrema, sin previa prueba de infracción que alcance a justificarla; o sea, en violación de lo que dispone el art. 18 de la Constitución. Bien está que la ley sancione con la pérdida de la patria potestad, con miras a

la protección de los menores, a quienes cometen delitos contra sus hijos, los exponen o abandonan, les dan consejos inmorales, los colocan “dolosamente” en peligro material o moral, o a quienes son delincuentes profesionales peligrosos (arts. 307 y 308 del Código Civil). Pero privar a los padres de ese derecho por razones de mera conveniencia importa vulnerar el más fuerte de los lazos que puede vincular a dos seres humanos, cual es el surgido del hecho de la procreación; haciendo así posible que la mejor posición económica, la mayor cultura, mejor educación o bondad de los adoptantes, puedan ser considerados motivos valederos para privar a los padres del derecho y de la obligación de criar a sus hijos y educarlos conforme a su condición y fortuna (art. 265 del Código Civil).

8º) Que decidir lo contrario conduciría, como en este caso ha ocurrido, a transformar a los padres no inhabilitados para serlo, en verdaderos acusados, dentro de un procedimiento en el que deberían demostrar que tienen mejores condiciones que los adoptantes para educar y cuidar de sus hijos; convirtiendo así el juicio de adopción en una suerte de competencia en cuyo resultado habrán de prevalecer, por sobre los lazos derivados de la ley natural, razones de índole utilitaria que no pueden sino trastocar las bases mismas de la familia de sangre, que constituye el núcleo de toda sociedad humana bien organizada. Todo padre y toda madre tienen el deber y el derecho de velar por sus hijos menores, no obstante los defectos que puedan tener y que son propios de la condición humana, si no han sido inhabilitados a ese efecto. Desconocerlo podría introducir un gravísimo factor de perturbación tanto en lo moral como en lo social; y aun comportar el riesgo de que una eventual concepción utópica y totalitaria atribuyera al Estado la función que la propia naturaleza ha conferido a los padres.

9º) Que, en consecuencia, no habiéndose demostrado, ni declarado en el “sub iudice” que la madre de la menor haya incurrido en causal que la prive de la patria potestad que el art. 10 de la ley 14.367 le confiere sobre su hija, el fallo apelado no puede ser considerado derivación razonada del derecho aplicable y de los hechos probados en este juicio.

10) Que, en definitiva, esta Corte piensa que la filosofía en que nuestra Constitución se inspira no autoriza la substitución del vínculo de sangre existente entre padres e hijos por otro de creación legal en virtud de razones de mera conveniencia o sea cuando no media reconocida inhabilidad de los primeros para desempeñar los derechos y los deberes que les corresponden tanto por imperio de la ley natural como de la ley positiva.

Por ello, habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se revoca la sentencia de fs. 246/248; y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se pronuncie sobre la tenencia de la menor Mónica Alejandra Treviranus (art. 213, última parte, del Código Civil). Costas por su orden.— EDUARDO A. ORTIZ BASUALDO — ROBERTO E. CHUTE (en disidencia) — MARCO AURELIO RISOLIA (según su voto) — LUIS CARLOS CABRAL — MARGARITA ARGUAS.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON MARCO AURELIO RISOLIA

Considerando:

1º) Que la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó a fs. 246/248 la sentencia de fs. 226/228, que había desestimado la adopción pedida en autos y otorgado la tenencia de la menor a su madre de origen, e hizo lugar a la misma por encontrar reunidos los extremos previstos en la ley 13.252. Contra ese pronunciamiento se interpone el recurso extraordinario de fs. 253/260, concedido a fs. 261.

2º) Que en caso sub judice los cónyuges actores solicitan se les conceda la adopción de una niña que es hija extramatrimonial del marido. La madre natural se opone expresamente a ello y pide, a su vez, la tenencia definitiva de la menor. En las condiciones apuntadas y en atención a lo resuelto por la Cámara a quo, el recurso de fs. 253/260 es procedente, ya que en sub judice aparecen comprometidos derechos esenciales, vinculados a la organización de la familia, que movieron ya a esta Corte, en juicios de análoga trascendencia y por el mérito de su notorio interés institucional, a sustanciar la apelación (Constitución Nacional, arts. 14 bis y 33; Fallos: 239:367; 249:37; 273:363, entre otros).

3º) Que para la mejor comprensión de este singularísimo caso conviene precisar los siguientes extremos: a) Ambos progenitores son casados, es decir, constituyeron oportunamente y separadamente vínculos legítimos en el país (fs. 2 y 19/23); b) Ambos reconocieron su paternidad sobre la menor extramatrimonial (fs. 3 y 24); c) La madre se separó sin embargo de su esposo —con quien tuvo otra hija legítima de mayor edad (fs. 18)— y vivió y vive separada de hecho (fs. 27 vta, y 186/198); d) El padre conserva su hogar, sin hijos legítimos, manteniéndose unido a su mujer (otrosí de fs. 5 vta. y fs. 36/38); e) La menor fue entregada por la madre a los actores cuando tenía un año y ocho meses de edad, documentándose la entrega según convenio suscrito ante escribano público, y vivió y vive desde entonces en el hogar del padre y de su esposa legítima (fs. 25/26); f) En este juicio de adopción, promovido el 5 de junio de 1967 —seis meses después de la entrega (cargo de fs. 6)—, por decisiones de primera y segunda instancia la tenencia de la menor se mantuvo en cabeza y casa del padre, conviniéndose un régimen de visitas (fs. 46, 47, 70 e informe de fs. 163/165); g) A la fecha, la menor tiene ya ocho años de edad (fs. 3); h) Obran en autos informes de los visitadores sociales referidos al trato que recibe y recibiría la menor (fs. 174 y 175) y dictámenes del Ministerio Pupilar que coinciden con el criterio de la sentencia recurrida (fs. 69, 217/219 y 245).

4º) Que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14 de la ley 13.252, a cuya luz fue resuelto el presente caso, la adopción supone una transferencia de derechos y deberes de la patria potestad al adoptante; y, correlativamente, una privación de aquéllos respecto de sus padres de sangre, ya se admita una pérdida de la titularidad o de su ejercicio, o la suspensión de este último. En la concreta especie “sub examen”, donde la situación planteada es, como se ha visto, marcadamente singular, la adopción conllevaría no sólo la adjudicación de la patria potestad a quien es el padre de la menor —y a quien, por ende, podría otorgársele su ejercicio con independencia de la adopción— sino, además, la posibilidad de que su esposa legítima le suceda en ello, desplazando así a la madre natural.

5º) Que, en tales condiciones, interesa determinar si es admisible que la consecuencia que se sigue respecto de la madre de origen de la niña —vale decir, el resultar excluida de la patria potestad en los términos puntualizados “supra”—, pueda operarse no obstante su oposición expresa y sin que medie un pronunciamiento —ausente en el fallo del a quo— acerca de la concurrencia o no de las causales previstas en los arts. 306 a 309 del Código Civil.

6º) Que no escapa al Tribunal, ciertamente, que este tema remite, “prima facie”, al examen de normas de derecho común y que, por tanto, trataríase de una cuestión propia de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia del art. 14 de la ley 48; como tampoco que, estando sólo a lo que surge de esas normas, no es posible advertir exceso alguno en la solución a que arriba la sentencia de fs. 246/248, pues el problema, en ese marco, es controvertible y controvertido.

7º) Que, sin embargo, a juicio de esta Corte, el punto guarda relación directa e inmediata con el derecho natural de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y educación de sus hijos, ejerciendo a ese fin los deberes de guarda y vigilancia; derecho este que, en un régimen republicano de gobierno, que excluye por esencia toda pauta totalitaria de organización social y estatal, puede considerarse reconocido en forma implícita en los términos del art. 33 de nuestra Ley Suprema.

8º) Que, ello supuesto, cabe afirmar que admitir la procedencia de la adopción sobre la sola base del ejercicio por parte de los jueces de las facultades que poseen para apreciar si aquélla es o no conveniente para la menor (art. 9, inc. c), de la ley 13.252), contra la voluntad expresa de sus padres, no excluidos de la patria potestad por previo y formal pronunciamiento que los declare incurso en las causales de ley, importa, sin duda, comprometer de un modo grave el derecho esencial de éstos a que antes se hizo referencia.

9º) Que, en efecto, esa solución haría posible, por encima de toda consideración humana y ética, que la mejor posición económica, la mayor cultura o la bondad de los adoptantes, puedan ser meritados como motivo suficiente para sustraer los hijos a sus padres, trastocándose por esta vía las bases mismas de la familia de sangre que constituye el núcleo de toda sociedad bien organizada. Ello, además de negar a los padres —siempre que no hayan sido descalificados como tales, pues ningún derecho es absoluto— la facultad de decidir sobre la crianza y educación de los hijos, que resultaría así transferida a los magistrados, situándose el ordenamiento en una pendiente peligrosa que hasta podría acercar a concepciones repugnantes, como se dijo, a la esencia de nuestro régimen constitucional, donde se asignen al Estado funciones que sólo le competen subsidiariamente.

10) Que, por otra parte, prescindir de la voluntad de los padres de origen en las condiciones señaladas, aduciendo que en esta materia deben privar, sin reatos, razones de conveniencia de los menores, importaría convertir al instituto de que se trata —el régimen de la adopción— en una suerte de pena de inhabilitación para aquéllos, administrada —no obstante su extrema gravedad— sin previa prueba de infracción que alcance a justificarlo; o sea en violación de lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional.

11) Que lo dicho hasta aquí refiérese, concretamente, al alcance con que ha sido aplicada la ley 13.252 en la sentencia recurrida, que hizo lugar a la adopción contra la expresa voluntad de la madre de origen no privada de la patria potestad. Porque si se entendiera que el caso debe ser analizado en esta instancia con referencia a la ley 19.134 —a mérito de lo previsto en el art. 3º del Código Civil o por la misma naturaleza de ésta— el reparo constitucional jugaría con más razón aún, si cabe, ya que en su régimen la intervención que se reconoce a los padres de sangre es sensiblemente menor que en la ley 13.252, al punto de ser facultativo del juzgador su admisión en el proceso (art. 10, inc. b), 11 y 12).

12) Que, en suma, corresponde en el “sub judice” revocar la sentencia de fs. 246/248 y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que resuelva sobre la tenencia de la menor. En este punto gravita, sin duda el principio del art. 213 del Código Civil, que da a los jueces ordinarios, promediando la intervención necesaria del Ministerio Público y ponderando las circunstancias del caso, la facultad de decidir lo que mejor convenga a la salud física y moral de la criatura, al margen de la posición subjetiva de los padres, que ciertamente no puede ni debe descargarse en su perjuicio.

Por ello, habiendo dictaminado el Señor Procurador General, se revoca la sentencia de fs. 246/248. Y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se pronuncie sobre la tenencia de

la menor Mónica Alejandra Treviranus, con arreglo a lo establecido en este pronunciamiento (art. 16, primera parte, de la ley 48). Costas por su orden.— MARCO AURELIO RISOLIA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ROBERTO E. CHUTE

Considerando:

1º) Que la sentencia de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la de primera instancia y admitió la demanda. En su mérito, hizo lugar a la adopción de la menor Mónica Alejandra Treviranus y Navarro por parte de los cónyuges Jorge Enrique Egidio Treviranus y María Luisa Pérez Millán. Contra aquel pronunciamiento la madre de la menor interpuso recurso extraordinario, concedido a fs. 261.

2º) Que todas las cuestiones debatidas y resueltas en este litigio son de hecho, prueba y de derecho común, propias de los jueces de la causa e irrevisables, como principio, en la instancia de excepción.

3º) Que la tacha que se formula contra el fallo apelado se sustenta en la discrepancia de la recurrente con el criterio de selección y valoración de la prueba por la Cámara y con la inteligencia que acuerda a las disposiciones de la ley 13.252, cuya constitucionalidad no se ha puesto en tela de juicio.

4º) Que a lo expuesto corresponde agregar que la sentencia se encuentra suficientemente fundada, lo que excluye su descalificación con arreglo a conocida jurisprudencia de esta Corte.

5º) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se dicen desconocidas no guardan relación directa ni inmediata con lo resuelto (art. 15 de la ley 48).

6º) Que los breves fundamentos que anteceden serían suficientes para declarar la improcedencia del recurso extraordinario deducido a fs. 253/260, pero como en los votos que forman mayoría se hace mérito de que lo resuelto reviste interés institucional por encontrarse en juego la institución de la familia, debo señalar que análogo interés existe o puede existir en los juicios de divorcio, tenencia de hijos, alimentos, etc., cuya solución, propia de los jueces de la causa, no abre la instancia extraordinaria, según así lo tiene resuelto esta Corte en forma invariable, salvo que lo decidido constituya un fallo “contra legem”, calificación que, desde luego, no es dable asignar a la sentencia de la sala D de la Cámara Civil, amplia y suficientemente fundada sobre la base de los distintos elementos de convicción reunidos en el expediente, lo que también descarta que se la pueda impugnar de arbitraria.

7º) Que tal conclusión no se desvirtúa porque la mayoría estime que el caso “sub examine” excede el “interés de las partes y afecta al de la colectividad... por estar en juego el derecho de las padres... de ejercer respecto de sus hijos la autoridad y las obligaciones que les corresponden como consecuencia del vínculo establecido por el hecho de la procreación”, desde que tal aserto, con remisión al pronunciamiento de Fallos: 329:367, resulta ineficaz para abrir la vía de excepción, por cuando en ese precedente el Tribunal, advertido de que en la sentencia se había incurrido en claros excesos que importaban desconocer el texto expreso de la ley 13.252, dejó sin efecto el fallo apelado para que fuera resuelto nuevamente conforme a derecho, extremo que en modo alguno concurre en el “sub lite”.

8º) Que al margen pues de las razones formales que a juicio del suscripto demostrarían la improcedencia de la apelación —limitada para esta Corte por los tres incisos del art. 14 de la

ley 48, cuya no observancia la transformaría en una de tercera instancia para todos los tribunales de la Nación— existen otros fundamentos en los votos aludidos que imponen al suscripto dar los motivos de su disidencia.

9º) Que, en este sentido, es necesario puntualizar que la menor tiene el carácter de hija extramatrimonial con arreglo a lo dispuesto en el art. 1º de la ley 14.367, que elimina las discriminaciones “entre hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonios y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto de estas últimas”. Y si bien es cierto que no hay dentro de la ley 13.252 —que rige el caso— causas que justifiquen el distingo, a los fines de la adopción, entre filiación natural y adulterina, ya existente en virtud de la citada ley 14.367, debe tenerse especialmente en cuenta que la madre extramatrimonial, aunque se opone a la adopción, no pretende adoptar a su hija, pues sólo reclama su tenencia, pretensión aquella que no podría deducir por tener otra hija legítima menor de edad (art. 5º, ap. a), de la ley 13.525), y no darse en el caso la hipótesis prevista en el conocido fallo de la Cámara Civil de la Capital, esto es, que la adopción podría decretarse si los hijos legítimos mayores de edad dieran su conformidad.

10) Que, establecido lo que antecede, y dado lo manifestado en el considerando precedente, obvio parece decir que la situación del padre que reclama la adopción de su hija de sangre es totalmente distinta a la de la madre, desde que no se encuentra impedido, como ésta, para que se le conceda, precisamente porque no tiene otra descendencia legítima, ni menor ni mayor de edad.

11) Que frente a esos hechos no controvertidos, en la causa, debe concluirse que la solución de la Cámara es la más razonable, toda vez que los adoptantes han acreditado debidamente las condiciones requeridas por la ley para que la adopción les sea acordada.

12) Que al margen de lo expresado, es necesario todavía destacar que los votos mayoritarios contienen fundamentos que a mi juicio —dicho sea ello con el mayor respeto por la opinión de los colegas— trastocan y distorsionan el régimen de la adopción, que en su hora vino a cubrir un gran vacío en la legislación civil argentina, sin que ello importe por cierto una crítica a nuestro ilustre codificador, porque el instituto de la adopción en el país fue el producto de la evolución propia del tiempo y de las nuevas concepciones admitidas sobre la materia por la mayor parte de las naciones civilizadas de la tierra.

13) Que otra de las razones fundamentales de esta disidencia radica en que a mi entender la ley no supedita la adopción a la concurrencia de alguna de las causales de pérdida o suspensión de la patria potestad (arts. 307, 308 y 309 del Código Civil), sin perjuicio, claro está, de que los jueces valoren la conducta y el proceder del padre o de la madre oponente llegado el momento de decidir la adopción, y ello es así porque la ley transfiere al adoptante, como consecuencia de la sentencia, los derechos y deberes que emergen de aquélla. Tanto más en este caso por cuanto los derechos de la patria potestad de la madre de sangre se encuentran circunscriptos en los términos del art. 11 de la ya mencionada ley 14.367.

14) Que también conviene precisar que aunque admito como necesaria la intervención de los padres a fin de exponer sus razones contrarias a la adopción —como lo dispone el art. 9º, inc. b), de la ley 13.252— no basta la mera oposición, como tampoco la conformidad expresa, para impedir que el juez resuelva lo que estime más conveniente para los intereses del menor —fin primordial de la ley— sin que a esa amplia atribución que el legislador le ha conferido, pueda tildársela de totalitaria, ya que es la intervención de la justicia, con la debida participación del Señor Asesor de Menores, lo que garantiza la solución a que en definitiva se llegue.

Y si bien es cierto que ese interés no debe limitarse a las ventajas de orden material, ningún antecedente de la causa permite aseverar, siquiera, que el fallo no haya contemplado también los de orden espiritual, moral y humano que la adopción acordada al matrimonio Treviranus, legítimamente constituido, representa para la menor Mónica Alejandra.

15) Que enfocado de ese modo el problema, debo agregar que he tenido oportunidad de intervenir en diversos casos donde se planteaban análogas cuestiones, en mi larga actuación como magistrado del fuero civil y durante esa trayectoria no he comprobado que se manifestaran las transgresiones de magnitud constitucional que preocupan a la mayoría de la Corte, precisamente porque los pronunciamientos dictados en esta materia por los tribunales de alzada se han caracterizado siempre por la prudencia y ecuanimidad con que han encarado y resuelto los problemas que la adopción puede traer aparejada.

16) Que, finalmente, corresponde puntualizar que la menor Mónica Alejandra —que cuenta en la actualidad con más de 8 años, lo que excluye la aplicación, de lo dispuesto por el art. 213 del Código Civil— fue entregada a su padre mediante un convenio que, cualquiera fueran las circunstancias que lo determinaron, despierta fundados recelos acerca del proceder de la madre, como también que la solución mayoritaria no se compadece con la uniforme jurisprudencia de los tribunales civiles que han establecido la inconveniencia de desarraigar a la menor del medio ambiente en que vive, en el caso seis años, rodeada del afecto y cuidados de su padre de sangre y de su esposa, que se encuentran en muy superiores condiciones que la madre, según así ha quedado acreditado en autos, no sólo para qué la adopción les sea concedida, sino igualmente para seguir ejerciendo la tenencia que de hecho detentan desde ese largo plazo.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Señor Procurador General, se declara la improcedencia del recurso extraordinario interpuesto a fs. 253/260.— ROBERTO E. CHUTE.

Información complementaria: (4)

Adopción - Intereses de los padres y del menor

En la causa “**Domínguez, Raúl y otra s/ adopción**” (28/10/1975 - Fallos: 293:273), la Corte, entre otras cosas, sostuvo que en casos de adopción donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignarle un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, factor que es de apreciación ineludible para los jueces (art. 9º, inc. c) ley 13.252, decreto ley 19.134/71, art. 10) y que al evaluar el interés del menor en las adopciones, no se atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte y agregó que en la adopción debe ponerse el acento en la persona del menor, por constituir el centro sustancial de la situación jurídica. En el caso “**Soler, Silvio Fabián**” (08/06/1989 - Fallos: 312:869) dijo que resultaba insoslayable considerar el tiempo transcurrido desde el comienzo de la guarda de un menor por las consecuencias nefastas para su equilibrio afectivo y emocional con un cierto riesgo para la salud toda vez que el alcance que en estos asuntos correspondía acordar al principio *nemo auditur*

(4) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

quod propriam torpitudinem allegans (5) y la doctrina de los propios actos —de naturaleza extrapatrimonial y donde no se encuentra una relación jurídica bilateral—, debía permanecer indudablemente subordinado a las exigencias propias del interés del menor, cuya tutela era no sólo el motivo de la intervención judicial sino la finalidad permanente de toda esta clase de procesos.

Adopción - Derecho a la identidad - Derecho a la integridad - Protección del menor - Prueba hematológica

Muller, Jorge s/ denuncia - 13/11/1990 - Fallos: 313:1113

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal desestimó la queja interpuesta por el Sr. Maggiotti, por denegación de los recursos de apelación y nulidad mediante los cuales impugnaba la decisión del juez de primera instancia que ordenaba llevar a su hijo adoptivo a extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad para establecer si existiría o no correspondencia genética con los supuestos abuelos de sangre del menor.

La Corte por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia.

El juez Moliné O'Connor en su voto sostuvo que la prueba admitida entrañaba una afectación a los derechos personalísimos del menor o una transgresión de las normas que estatuyen y tutelan los presupuestos jurídicos de la personalidad.

El juez Fayt en disidencia consideró que la obtención de la prueba no parecía traumatizante y que sólo en el interés del menor puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad.

También en disidencia el juez Petracchi puntualizó que la postura del padre adoptivo, se desviaba de las finalidades en las que la representación que ejercía encontraba fundamento.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) Adopción - Prueba - Delitos.**
- b) Extracción compulsiva de sangre - Menores - Derecho a la intimidad.**
- c) Extracción de sangre - Menor - Representante legal - Adopción.**

(5) **N. de S.:** "Nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza".



Estándar aplicado por la Corte:

- Al no hallarse en tela de juicio la validez de la adopción rige con total plenitud lo establecido en el art. 19 de la ley 19.134, que veda toda acción que tienda al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado, disposición que no puede ser ignorada ni postergada bajo pretexto de la investigación de un delito que no pone en cuestión ni está directa e inmediatamente ligado a la validez del título que sustenta la adopción.

- Someter a la extracción compulsiva de sangre a un niño que no es víctima del hecho y a quien no se imputa acto antijurídico alguno presupone ejercer cierto grado de violencia sobre su cuerpo, lo que de por sí invade su esfera íntima. Restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial y comporta una lesión a la integridad física del niño, bien jurídico susceptible en sí mismo de tutela.

- El art. 4º de la ley 23.511 indica la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a las que alude la ley y la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito y al tratarse de un menor impúber la decisión corresponde a su representante legal (arts. 56, 57, inc. 2º, 62 del Código Civil concordante con el art. 44, inc. b ley 22.990) que se encuentra legitimado para manifestar su conformidad o disconformidad con el acto de extracción de sangre pues se halla en ejercicio de la patria potestad por habersele concedido la adopción plena (arts. 14 a 19 ley 19.134 y arts. 240, 264 y ss. del Código Civil conforme ley 23.264).

Texto del fallo:

Buenos Aires, 13 de noviembre de 1990.

Vistos los autos: **“Recurso de queja por apelación denegada en causa “Muller, Jorge s/ denuncia”**

Considerando:

1º) Que la presente causa llega a conocimiento del Tribunal a raíz del recurso extraordinario que interpuso Domingo G. Maggiotti contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (sala II), que desestimó su queja por denegación de los recursos de apelación y nulidad mediante los cuales había impugnado una decisión del juez de primera instancia que le ordenaba llevar a su hijo adoptivo —el menor Juan Pablo Maggiotti— a un servicio hospitalario a fin de extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad tendiente a establecer si existiría o no correspondencia genética con personas que podrían ser abuelos de sangre del menor.

2º) Que después de relatar los antecedentes de éste y otros procesos conexos, sostiene el recurrente que la medida dispuesta por la resolución contra la cual recurre causa un gravamen irreparable, en tanto su ejecución importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación altamente “ansiógena” y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional, afirma-

ción que apoya en un dictamen suscripto por un médico psiquiatra y un psicólogo que adjunta con su recurso. Estas y otras razones vinculadas a la preeminencia que cabe acordar al interés del menor justifican, en su parecer, que se atribuya al pronunciamiento el carácter definitivo requerido a los fines del art. 14 de la ley 48.

Expone más adelante el recurrente diversas críticas a la resolución que apela, con base en la doctrina sobre arbitrariedad y en la violación de garantías constitucionales. Señala que la Cámara ha incurrido en una afirmación dogmática que sólo constituye un fundamento aparente, al admitir que la medida dispuesta, por el juez se encontraba enmarcada dentro del objeto procesal de estas actuaciones. Observa que de acuerdo con la providencia de fs. 153 del expediente principal, acorde con el dictamen del Ministerio Público Fiscal de fs. 152, el único hecho cuya investigación se reservó el fuero federal y que forma el objeto de estas actuaciones fue la presunta falsificación de documento nacional de identidad, originada en que se habría expedido en virtud de un certificado de nacimiento apócrifo. Y advierte la desconexión entre esa supuesta falsedad ideológica y la medida que se ordenó respecto del menor. Señala también que se tuvo por parte querellante a J. A. C. sin que se sepa respecto de qué delito pudo éste acreditar la calidad exigida por el art. 170 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

Cuestiona, asimismo, la afirmación hecha en el pronunciamiento recurrido acerca de que las facultades que confiere a los jueces el art. 180 del Código citado no resultan revisables por la alzada. Sostiene que tal interpretación no se adecua al sentido de la norma y que carece de toda lógica porque conduciría a admitir la posibilidad de aniquilamiento de derechos de raigambre constitucional por la sola circunstancia de que la medida conculcatoria se hubiese ordenado durante la instrucción de un sumario criminal.

Expresa además el recurrente que, al dejar subsistente la medida que había dispuesto el juez, la Cámara ha prescindido de un texto legal clara y directamente aplicable al caso, cual es el art. 4° de la ley 23.511, en tanto consagra el derecho del interesado a negarse a que se le efectúen las pruebas o exámenes de sangre a los que alude la ley, por lo que —observa— indiscutiblemente consagra también la imposibilidad de proceder en forma compulsiva con ese propósito. Cita numerosa doctrina y jurisprudencia en apoyo de su agravio, y recalca la diferencia entre el proyecto del Poder Ejecutivo y el texto que en definitiva resultó aprobado por el Congreso como ley 23.511. Destaca, igualmente, que la medida impugnada fue solicitada por el Ministerio Fiscal y ordenada por el juez con apoyo explícito en esa misma ley, específicamente aplicable, lo que pone en evidencia la causal de arbitrariedad que invoca.

Explica enseguida la incidencia de las garantías constitucionales que estima involucradas en el caso, concernientes a la igualdad, el debido proceso, la defensa en juicio y la privacidad, y concluye en que someter a un ser humano con el propósito de extraerle sangre contra su voluntad es claramente lesivo del ámbito individual y privado que tiende a resguardar el art. 19 de la Constitución Nacional. Por último, llama la atención sobre la necesidad, dice, de preservar la adopción y el rol que ella cumple en la sociedad.

3º) Que el recurso extraordinario fue concedido por el tribunal a quo por entender que se hallaban en juego garantías constitucionales, en especial la consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional, en función directa e inmediata —expresó— con el alcance del art. 4° de la ley 23.511, a lo que añadió que el agravio invocado se tornaría de imposible o insuficiente reparación ulterior (ver fs. 66 del expediente por el que tramitó el recurso ante la alzada).

4º) Que, a juicio de esta Corte, el recurso de que se trata resulta admisible y ha sido bien concedido por el a quo, toda vez que la resolución que declara irrecurrible la medida dispuesta

por el juez de la causa, en cuya virtud se habría de practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor no imputado en el proceso, por su naturaleza y consecuencias pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto por quien ejerce la representación legal del menor y causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior, por lo que reviste entidad suficiente para ser equiparada a sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48.

5º) Que, a fin de examinar los aspectos sustanciales de la cuestión en debate, parece necesario precisar liminarmente el objeto sobre el cual este tribunal ha sido llamado a pronunciarse en el *sub lite*. Para ello, cabe tener presente los antecedentes del caso, reconstruidos a través de las diversas causas que han sido requeridas y agregadas a la presente.

6º) Que según resulta de la causa n° 890 (fs. 1/11), el hecho inicialmente investigado fue el abandono de un menor de pocos meses hallado en la vía pública a fines de marzo de 1977, el cual, mientras se efectuaban las averiguaciones pertinentes, fue trasladado al Hospital de Pediatría “Pedro de Elizalde” (ex “Casa Cuna”), donde se advirtió al magistrado interviniente sobre la necesidad de disponer con prontitud su salida para evitar el riesgo de contagio por otros niños enfermos allí internados. Ello dio lugar a que, pocos días después, en el expediente de disposición tutelar (fs. 3 y vta) se haya autorizado la entrega provisoria del menor al matrimonio Maggiotti, a la que sucedió —informe ambiental mediante (fs. 6)—, la entrega formal de la guarda con fecha 29 de abril de 1977. En esa misma fecha, frustradas las diligencias tendientes a individualizar a los autores del hecho, el juez en lo correccional de menores dictó sobreseimiento provisional en la causa por abandono (fs. 19 de la causa núm. 890).

Dos meses después se presentó en esa causa Pedro Pablo Tortrino (fs. 21/23) y relató una serie de circunstancias que lo inducían a suponer que el menor abandonado podría haber sido un nieto suyo nacido en julio de 1976 al que había visto una sola vez en setiembre de ese año, debido a la ausencia de una relación regular con su hija —madre del niño—, lo que atribuyó a una actividad de ésta que calificó como de “tipo criminal” (ver fs. 21 vta). Añadió que había recibido fotografías y un documento de identidad, presuntamente de su nieto, los que fueron agregados a la causa. Ante esas manifestaciones, el juez ordenó inmediatamente diversas medidas tendientes a recabar información al respecto; entre ellas, fue remitido un testimonio de nacimiento de Emiliano Carlos Tortrino y duplicado de un certificado médico que sirvió de antecedentes para la inscripción, donde constaba como fecha de nacimiento el 21 de enero de 1977 (fs. 29 y 30). Asimismo, a fs. 32, se testimonió un informe pericial de los médicos forenses fechado el 13 de abril de 1977 (cuyo original se encuentra en fs. 10 del expediente tutelar), donde se expresaba que el examen practicado al menor de cuyo abandono se trata permitía atribuirle una edad de seis meses.

A esa altura, el juez en lo correccional de menores consideró que los nuevos elementos aportados con posterioridad al sobreseimiento provisional que había dictado carecían de entidad para hacer variar el criterio allí sustentado, fundamentalmente por no haberse acreditado que el menor al que se referían esas actuaciones fuese el mismo al cual se mencionaba en la partida de nacimiento recibida en la causa (resolución de fs. 57, del 31 de agosto de 1977). Sin embargo, como el juez entendió que de los referidos elementos, podría resultar la comisión de delitos ajenos a su competencia, dispuso remitir copia de las actuaciones al juez en lo criminal y correccional federal de turno (fs. 58). Más tarde, en diciembre de 1977, ante una presentación de Juan Alberto Castro, que decía ser abuelo paterno del niño Emiliano Carlos Tortrino y solicitaba que se le diera vista de las actuaciones, indicando presuntas probanzas depositadas en una escribanía, cuya exteriorización —dijo— se reservaría para cuando lo estimase oportuno, el juez de menores —tras requerir dichas constancias con resultado negativo—, declaró

su incompetencia para seguir entendiendo en la causa y la remitió al juez federal que ya había intervenido (fs. 82).

7º) Que, entretanto, con las constancias recibidas del juzgado de menores, se había formado el expediente N° 178 (hoy N° 9784) ante la justicia federal. Allí se dispusieron diversas diligencias probatorias (resolución del 12 de septiembre de 1977, fs. 123). Se requirió información sobre las actividades de María Carmen Tortrino y Carlos Enrique Castro, a quienes se aludía en las presentaciones antes mencionadas y que habían motivado la remisión de actuaciones, ordenándose también su detención; se dispuso tomar declaración testimonial al director de la clínica y al médico que figuraban en el certificado de nacimiento que se había incorporado a las actuaciones —presentado por el Sr. Pedro Pablo Tortrino— y se solicitó informe sobre la autenticidad del documento nacional de identidad agregado también a los autos por la misma persona. De los testimonios surgió que el certificado médico no era auténtico (fs. 145 y 147), en tanto que el Registro Nacional de las Personas informó que el documento de identidad sí lo era (fs. 146), en obvia referencia a su aspecto extrínseco, ya que sus constancias se vinculaban con el aludido certificado.

8º) Que, sobre la base de tales antecedentes, el magistrado federal arribó a una conclusión análoga a la que primitivamente había señalado su par, el juez de menores, en cuanto a la inexistencia de pruebas indicativas de identidad entre el menor cuyo abandono se había investigado y aquél a quien se mencionaba en el documento identificatorio que aparecía falsificado; de manera tal que, de conformidad con el dictamen del procurador fiscal federal (fs. 152), consideró que se trataba de hechos claramente escindibles; por una parte el abandono, como infracción a la ley 13.944, en el que correspondía continuar entendiendo al juez correccional de menores, a quien dispuso devolver la causa respectiva; y por la otra, la falsedad ideológica del documento nacional de identidad, que era propiamente de su competencia (ver resolución del 18 de agosto de 1978, fs. 153).

9º) Que las causas hasta aquí mencionadas no registraron modificaciones significativas con posterioridad. En la causa por abandono, después de su devolución, se mantuvo el sobreseimiento provisional dictado inicialmente (ver resolución del 13 de septiembre de 1978, fs. 101 vta.); el cual, tras unas diligencias que nada aportaron, de conformidad con el dictamen del fiscal interviniente (fs. 136), fue nuevamente ratificado por resolución del 14 de junio de 1983 (fs. 137). A su vez, en la causa concerniente a la falsedad ideológica de documento de identidad, se citó a una persona del mismo nombre que aparecía en el certificado de nacimiento, pero que resultó no ser médico (fs. ,160); también se decretó el procesamiento de María Carmen Tortrino y Carlos Enrique Castro (11 de octubre de 1978, fs. 162), a quienes se citó por edictos para que comparecieran “en la causa que se les sigue por infracción al art. 292 del Código Penal” (fs. 178), y ante el resultado negativo de esa citación se declaró su rebeldía (22 de noviembre de 1978, fs. 179). Esta causa permaneció inactiva durante diez años, hasta que en octubre de 1988 (fs. 237/238) se presentaron dos fiscales solicitando una serie de medidas de prueba que el juez ordenó (fs. 240); es en el curso de esta etapa reciente del proceso en la cual se suscitó, como se verá, la cuestión que ahora se trae a conocimiento de esta Corte.

10) Que corresponde recordar, todavía, que ante la Justicia Nacional en lo Civil tramitó el juicio de adopción del menor Juan Pablo por el matrimonio Maggiotti, al que se le había adjudicado la guarda, juicio en el cual se concedió la adopción plena por sentencia del 13 de octubre de 1977 (fs. 47 del expediente respectivo) que se encuentra firme y fue inscripta en marzo de 1978. Mucho después, el 2 de junio de 1983, a fs. 65 de este expediente, el secretario actuante insertó una nota haciendo constar que había recibido un llamado telefónico anónimo diciéndole que el menor adoptado sería “hijo de sangre de Susana Tortrino.” y que a su

respecto existían otras causas en trámite. Ello dio origen a que se recabara información sobre estas últimas y se diese vista a los ministerios públicos (fs. 80 vta.). La asesora de menores entendió que la denuncia debía tramitar por la vía que correspondiera y que, al no existir petición alguna concerniente a la adopción, nada tenía que dictaminar (fs. 82). El fiscal, por su parte, dijo que lo denunciado podría estar comprendido en el art. 138 del Código Penal, por lo que sugería el pase de actuaciones al fuero penal (fs. 82). El magistrado interviniente, en cambio, entendió que ante las vías penales abiertas y la falta de petición concreta de parte interesada que diera fundamento a la denuncia anónima, sólo cabía “tener presente lo actuado”, sin perjuicio de que el fiscal efectuara la denuncia penal si lo estimaba pertinente (fs. 83). Apelada esa providencia, de conformidad con la opinión vertida por los ministerios públicos ante la alzada —que estimaron que aunque no se daban en el caso las exigencias de una “denuncia” en el sentido del art. 156 del Código de Procedimientos en Materia Penal, correspondía remitir las actuaciones o su copia a la justicia en lo criminal y correccional a los fines del art. 164 del mismo código— la Cámara así lo dispuso, revocando parcialmente la providencia del juez inferior (fs. 89). Cumplido el mandato a fs. 90, tuvo comienzo de ese modo, en noviembre de 1983, la causa N° 2868, que tramitó ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 1, por infracción al art. 138 del Código Penal.

11) Que, en esta última causa, aparecen como destacables dos diligencias de prueba. Una consiste en la obtención, por intermedio del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, del testimonio de un acta notarial labrada en noviembre de 1977 a requerimiento de Juan Alberto Castro —la misma que éste había señalado, sin exteriorizarla, en la causa N° 890— en la cual efectuó un relato sobre el matrimonio de su hijo Carlos Enrique Balbino Castro con María Carmen Tortrino, que ésta había dado a luz un hijo de ambos el 22 de julio de 1976, con determinadas características físicas, al que habría visto una vez, y cuyo nacimiento habría sido inscripto tardíamente como sucedido el 21 de enero de 1977, sólo con el apellido materno; indicaba, además, una serie de pasos procesales para establecer la identidad del niño, que revelan haber contado con asesoramiento letrado (ver fs. 39/41 de la causa N° 2868). El otro elemento de prueba es el original del certificado médico con el que se obtuvo la inscripción del nacimiento de Emiliano Carlos Tortrino en enero de 1977 (ver fs. 47 de la causa citada), sobre el cual se efectuó un peritaje caligráfico para verificar la autenticidad de la firma de quien aparecía como médico interviniente (fs. 53), comprobándose que no pertenecía al profesional allí mencionado. Sobre esta base, el fiscal opinó que cabía sobreseer provisionalmente en esta causa (fs. 67), temperamento que adoptó la juez interviniente al no haber podido establecer —dijo— quién habría intervenido en la confección del certificado cuestionado y, de ese modo, en la comisión del delito previsto en el art. 138 del Código Penal, dejando constancia que “no se procesó a persona alguna” (fs. 68/69).

12) Que, por último, cabe tener presente que el 26 de octubre de 1982, Miguel Angel Tortrino inició sendos procesos por presunción de fallecimiento basados en la ley 22.068 respecto de su hermana, María Carmen Tortrino, el hijo de ésta, Emiliano Carlos Tortrino, y su cuñado, Carlos Enrique Balbino Castro. Por disposición del juez en lo Civil y Comercial Federal interviniente, tales pretensiones fueron acumuladas (fs. 59 de los autos “Tortrino, María Carmen s/ presunción de fallecimiento”), y la deducida en relación al menor fue desestimada inicialmente por faltar la denuncia exigida por el art. 1° de la ley 22.068 como presupuesto de la acción, circunstancia que motivó el posterior desistimiento de ella por el actor (ver fs. 78 y 133 de la citada causa).

13) Que, al examinar los antecedentes relatados, es dable advertir que la investigación acerca de la falsedad ideológica del documento nacional de identidad —único hecho que ha

dado origen a las recientes actuaciones ante la justicia federal— se concibe vinculada con diligencias probatorias tendientes a establecer la autoría del certificado médico adulterado, sobre cuya base se obtuvo una partida de nacimiento que no correspondía a la realidad y, con ella, el aludido documento identificatorio con igual falencia. En ese sentido parecen orientadas las diversas diligencias sumariales dispuestas en el inicio de la causa y aún después. Pero, ciertamente, parece exceder el objeto de esa investigación la medida que tiende a indagar la filiación verdadera de un menor, que no es imputado ni víctima en la causa —tampoco lo son sus padres adoptantes—, y cuyo resultado no podría arrojar ningún elemento conducente para el curso de aquélla. En efecto, aun comprobada la falsedad ideológica, producida en la forma señalada y con las características que el caso ofrece, ni la falsedad dejaría de ser tal, ni variaría su tipicidad o su autoría, por el resultado de la prueba biológica dispuesta.

14) Que, por otra parte, tampoco parece factible inferir una presunta conexión entre el documento incierto y alguna persona, toda vez que al ser falsa la constancia médica en que aquél se fundó, no es posible establecer siquiera si existió o no alguien a quien ella correspondiese y menos aún suponer su identidad. De hecho, los antecedentes concretos del “sub iudice” muestran que el menor hallado en estado de abandono habría nacido en octubre de 1976 (ver peritaje de los médicos forenses glosado a fs. 10 del expediente tutelar), en tanto que el niño a quien presuntamente aluden las declaraciones testimoniales reunidas en la causa en trámite ante el juez federal (ver fs. 267, 274, 276, 338, de la causa N° 9784) y al que se supone destinatario del documento falsificado, habría nacido en julio de 1976. No menos indicativo es el resultado al que se arribó en la causa donde se investigó el delito previsto en el art. 138 del Código Penal (ver causa N° 2868, donde recayó sobreseimiento provisional a fs. 68/69). Es claro, en todo caso, que el objeto de averiguación posible en la causa que tramita ante la justicia federal —falsedad ideológica de documento de identidad—, es separable de las otras circunstancias hacia las cuales se ha procurado orientar la investigación, esto es, un hipotético parentesco de sangre entre el menor abandonado —luego adoptado por el recurrente— y el señor Juan Alberto Castro y su esposa. Trátase de hechos diversos, y el resultado probatorio respecto del último no aparece relevante en relación al primero, que es, en rigor, el único objeto del sumario.

15) Que las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba, deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial (vgr. arts. 178 y 180, Código de Procedimientos en Materia Penal), y no otros cualesquiera. Así lo corrobora el art. 322 del mismo código ritual, al exigir que el hecho o circunstancia sobre el que ha de recaer el examen pericial sea “pertinente a la causa”. Las normas antedichas, tampoco admiten una interpretación aislada, sino sistemática, dentro del contexto del orden jurídico vigente. Por eso, no parece admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de un menor adoptado bajo el régimen de la adopción plena, pueda tener lugar con base en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal —como sugiere la resolución del a quo—, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con normas de fondo como las contenidas en los arts. 14 a 19 de la ley de adopción N° 19.134, que regulan esa situación jurídica en forma específica.

16) Que una inteligencia de esa índole tornaría ineficaces las directivas del legislador en materia de adopción plena, precisamente en un punto que aquél parece haber estimado como esencial para preservar la virtualidad del instituto. Este ha sido moldeado con perfiles semejantes a los que exhiben otras figuras conocidas en el derecho comparado: la llamada “legitimación adoptiva”, introducida en Francia por un decreto-ley del 29/7/1939, cuya característica esencial fue la inserción del hijo adoptivo en la familia de sus padres y la ruptura de los víncu-

los con su familia de sangre (ver: George Ripert y Jean Boulanger, “Tratado de Derecho Civil” —según el Tratado de Planiol—; La Ley, Buenos Aires, 1963, t. III, núm. 1969 en p. 127 y núm. 2020 y ss. en ps. 159 a 168), figura que a partir de la ley 66.500 del 11 de julio de 1966 dio paso a la “adopción plena” incorporada en los arts. 343 y ss. del Código Civil, por la cual se confiere el adoptado una filiación que sustituye a la de origen (art. 356; “Petits Codes Dalloz”, París, edic. 1976-1977); régimen similar ofrece la “adopción plena” legislada en los arts. 1979 y ss. del Código Civil de Portugal (edición actualizada y anotada por Rabindranath Capelo de Sousa y José A. de Franca Pitao, Livraria Almedina, Coimbra, 1979), que una vez decretada impide establecer o probar la verdadera filiación del adoptado (art. 1987, confr. decreto-ley 496 del 25/11/1977); y la misma orientación legislativa se concretó en Italia por la ley 431 del 5 de junio de 1967 que modificó el art. 314 del Cód. Civil de 1942 (edición del “Codice Civile” comentada con jurisprudencia a cargo de Mario Abate, Pietro Dubolino, Gualtiero Mariani, Ed. La Tribuna, Piacenza, 1980) y dispuso que por efecto de la adopción especial el adoptado adquiere el estado de hijo legítimo de los adoptantes y cesan sus vínculos con la familia de origen, salvo lo concerniente a los impedimentos matrimoniales y las normas penales que se fundan en la relación de parentesco (arts. 314/26).

La legislación civil española, mediante las reformas introducidas por sucesivas leyes en 1958, 1970 y 1981 consagra también la “adopción plena”, con efectos similares a los señalados (ver: Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, “Sistema de Derecho Civil”, vol. IV —Derecho de Familia y Sucesiones—, 3ª, ed., Tecnos, Madrid, 1986; cap. 36, p. 302).

17) Que el rasgo común en esa corriente legislativa —en la que cabe incluir a nuestra ley 19.134— ha sido la finalidad de proteger a la infancia abandonada y preservar primordialmente el interés del menor a desarrollarse en el seno de una familia donde sea destinatario de vínculos afectivos, como señaló la Corte de Casación italiana en sentencia del 5 de enero de 1972 (nota de jurisprudencia al art. 314/2 en la edición antes citada del “Codice Civile”, p. 152); la ley, añadió, no reconoce un derecho intangible de los padres respecto de su propia prole cuando el interés de ésta resulta claramente comprometido en relación a otras alternativas más satisfactorias. Dentro de ese contexto, la ruptura del vínculo de sangre que estos regímenes prevén, aparece como una consecuencia determinada por la voluntad legislativa de tutelar, por todos los medios posibles, tanto al adoptado, sujeto de la asistencia, como a aquellos que lo asisten y que tienen el derecho de asistirlo y educarlo exclusivamente, sin la peligrosa interferencia de quien abandonó al menor y no cuidó de él por largo tiempo (ver: Guiseppe Tamburrino, “Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano”, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1978, párag. 122, p. 387).

18) Que una interpretación adecuada a los principios que informan este instrumento legal —de similar alcance en los diversos ordenamientos que lo han incorporado— exige mantener inalterada la consecuencia antedicha. Proceder de otro modo significaría devaluar, en su profundo sentido ético y en su eficacia social, el instituto de la adopción, desalentando a quienes estén dispuestos a recurrir a él como una forma acabada de solidaridad y amor al prójimo que les permite legar plenamente al niño que acogen en su hogar esa valiosa herencia formada por el patrimonio afectivo, moral e intelectual de que lo hacen partícipe. Por eso, toda vez que en autos no se halla en tela de juicio la validez de la adopción, preciso es concluir que rige en toda su plenitud lo establecido por el art. 19 de la ley 19.134, que veda toda acción que tienda al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado. Esa disposición legal no puede ser ignorada ni postergada bajo pretexto de la investigación de un delito por la justicia del crimen, si éste no pone en cuestión ni está directa e inmediatamente ligado a la validez del título que sustenta la adopción. Y no es dable admitir que, desde una situación de falsedad

documental —probada en el juicio y a la que son ajenos los adoptantes—, se procure remover una sentencia civil sustentada en los principios de la adopción plena, máxime cuando siempre queda abierta la posibilidad de demandar su nulidad en la sede debida, si existieren los presupuestos de hecho para ello (confr. doctrina de la causa S.496.XXII. “Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano”, sentencia del 5 de septiembre de 1989, voto de la mayoría, considerando 9°, último párrafo).

19) Que, en consecuencia, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la prueba admitida por el juez y convalidada por la alzada, excede el objeto propio del proceso en el que fue dispuesta. Esta cuestión, no obstante la incidencia de reglas procesales, debe ser atendida en esta instancia, porque más allá de que la diligencia probatoria resulte inatingente a la investigación, admitirla en el caso implica conculcar normas esenciales que rigen la adopción plena. Más aún, ella entraña, en el caso, una afectación de los derechos personalísimos del menor a quien va dirigida o, si se prefiere, una transgresión de las normas que estatuyen y tutelan los presupuestos jurídicos de la personalidad (ver Alfredo Orgaz, “Personas individuales”, Depalma, Buenos Aires, 1946, ps. 130 y 140), lo que constituye otro valladar que obsta a su admisibilidad.

20) Que, en este orden de ideas, resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia importa someter a un menor de edad que no es víctima del hecho de esta causa, y a quien no se imputa acto jurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia —por mínima que sea— sobre su cuerpo, lo que de por sí invade su esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial —esto es la disponibilidad del propio cuerpo—, y comporta una lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que la doctrina del tribunal —en punto al resarcimiento del daño causado— estima susceptible en sí mismo de tutela (confr. Fallos: 308:1109; sentencia del 23 de mayo de 1989, “in re”: “Levaton, David c/ Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos”, L. 264.XXII.).

21) Que tan graves consecuencias no encuentran, sin embargo, un respaldo legal que las legitime. Por el contrario, es posible extraer del orden jurídico vigente principios diversos que conducen a descalificarlas. En ese sentido, como una pauta derivable del art. 19 de la Constitución Nacional, el art. 910 del Código Civil expresa: “Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”, regla ésta que se complementa con otra directiva genérica contenida en el art. 629 del mismo Código que, cuando se trata del deber jurídico de realizar un hecho, excluye la ejecución forzada cuando “fuese necesaria violencia contra la persona del deudor”. En el marco de las pruebas admisibles dentro de un proceso judicial, el art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación excluye aquellos medios susceptibles de afectar la moral y la libertad personal de los litigantes o de terceros; asimismo, el Código de Procedimientos en Materia Penal exige, para admitir la confesión del procesado, que no medie violencia, intimidación ni otras deficiencias que afecten la voluntariedad del acto (art. 316) y, al reglar el procedimiento en materia de falsificación de documentos públicos y privados, admite la negativa del requerido a rubricar o reconocer el documento argüido de falso o a formar cuerpo de escritura (arts. 607 y 608). Si bien el proceso penal ofrece características propias, por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no justifica que, para coleccionar pruebas incriminatorias, pueda perpetrarse un atentado a la integridad física de una persona, que no es imputada ni víctima del hecho de esta causa.

22) Que, con mayor especificidad, el art. 4° de la ley 23.511, precepto en el cual se basaron en autos tanto el ministerio fiscal para solicitar la prueba de histocompatibilidad, como el juez, para ordenarla, expresa textualmente que: “La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”. Este párrafo, como bien señala el apelante, indica la facultad del interesado de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas a las que alude la ley y, por necesaria implicación, la imposibilidad de proceder compulsivamente con ese propósito. En el caso, puesto que se trata de un menor impúber, la decisión corresponde a su representante legal (confr. arts. 56, 57, inc. 2°, 62, Código Civil; conc. art. 44, inc. b, ley 22.990; ver: Alfredo Orgaz, op. cit., p. 140, apartado ‘a’), condición que reúne el recurrente. Este se encuentra legitimado para manifestar su conformidad o disconformidad con el acto de extracción de sangre que se pretende llevar a cabo respecto del menor, pues se halla en ejercicio de la patria potestad sobre él, por habersele concedido su adopción plena mediante sentencia firme, con los alcances previstos en los recordados arts. 14 a 19 de la ley 19.134 y los arts. 240, 264 y ss. del Código Civil, conforme a la redacción establecida por la ley 23.264.

23) Que esa inteligencia de la ley 23.511 no sólo resulta de su expresión literal, sino que parece ser la que mejor se adecua al propósito que el legislador tuvo en mira al sancionarla, según cabe inferir de una simple confrontación entre el proyecto originario y el texto aprobado en definitiva. No otro significado puede tener el hecho de que en este último se haya suprimido un párrafo —contenido en el art. 7° del proyecto— que establecía la obligatoriedad de estos análisis para los menores, añadiendo que regía a ese respecto el art. 14 de la ley 10.903. Tal supresión pone en evidencia que el legislador estimó inapropiadas tanto la coercibilidad del examen como la remisión a la mencionada norma legal. Y es dable advertir que, en cuanto concierne al “sub lite”, tampoco concurren las circunstancias fácticas previstas en aquélla ni en el art. 310 del Código Civil, de modo que no sería apropiado razonar aquí con base en tales preceptos. Por lo demás, la señalada interpretación de la ley 23.511 coincide con las conclusiones de calificada doctrina sobre el punto. En particular, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en la obra ya citada, con referencia a las pruebas heredobiológicas y antropomorfológicas para determinar la filiación, expresan: “En la medida en que para la práctica de estas pruebas tenga que procederse a una limitación de los derechos de la personalidad del sujeto pasivo de la prueba (p. ej. extracción de sangre), debemos entender que sólo serán posibles con el consentimiento del mismo y que si éste se niega a someterse a ellas el juez lo único que podrá hacer es valorar la negativa como indicio, pero nada más” (p. 345); en sentido concordante opinan los Mazeaud (ob. cit., págs. 273 y 274) con base en la jurisprudencia francesa en esta materia.

24) Que, por las razones precedentemente expuestas, la decisión del a quo, en tanto deja subsistente la medida ordenada por el juez de la causa que consiste en practicar compulsivamente una prueba hematológica sobre un menor no imputado en el proceso, haciendo caso omiso de la oposición manifestada por su representante legal, debe ser revocada por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las peculiares circunstancias que el caso ofrece, lo que afecta de un modo directo las garantías tuteladas por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que el recurrente invoca.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. — RICARDO LEVENE (H.) — MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ — CARLOS S. FAYT (en disidencia) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) — RODOLFO C. BARRA — JULIO S. NAZARENO — JULIO C. OYHANARTE. — EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON EDUARDO J. MOLINÉ O'CONNOR

Considerando:

1º) Que la presente causa llega a conocimiento del tribunal a raíz del recurso extraordinario que interpuso Domingo G. Maggiotti contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (sala II), que desestimó su queja por denegación de los recursos de apelación y nulidad mediante los cuales había impugnado una decisión del juez de primera instancia que le ordenaba llevar a su hijo adoptivo —el menor Juan Pablo Maggiotti— a un servicio hospitalario a fin de extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad tendiente a establecer si existiría o no correspondencia genética con personas que podrían ser abuelos de sangre del menor.

2º) Que después de relatar los antecedentes de éste y otros procesos conexos, sostiene el recurrente que la medida dispuesta por la resolución contra la cual recurre causa un gravamen irreparable, en tanto su ejecución importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo a someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación altamente “ansiógena” y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional, afirmación que apoya en un dictamen suscripto por un médico psiquiatra y un psicólogo que adjunta con su recurso. Estas y otras razones vinculadas a la preeminencia que cabe acordar al interés del menor justifican, en su parecer, que se atribuya al pronunciamiento el carácter definitivo requerido a los fines del art. 14 de la ley 48.

Expone más adelante el recurrente diversas críticas a la resolución que apela, con base en la doctrina sobre arbitrariedad y en la violación de garantías constitucionales. Señala que la Cámara ha incurrido en una afirmación dogmática que sólo constituye un fundamento aparente, al admitir que la medida dispuesta por el juez se encontraba enmarcada dentro del objeto procesal de estas actuaciones. Observa que de acuerdo con la providencia de fs. 153 del expediente principal, acorde con el dictamen del Ministerio Público Fiscal de fs. 152, el único hecho cuya investigación se reservó el fuero federal y que forma el objeto de estas actuaciones fue la presunta falsificación de documento nacional de identidad, originada en que se habría expedido en virtud de un certificado de nacimiento apócrifo. Y advierte la desconexión entre esa supuesta falsedad ideológica y la medida que se ordenó respecto del menor. Señala también que se tuvo por parte querellante a Juan Alberto Castro sin que se sepa respecto de qué delito pudo éste acreditar la calidad exigida por el art. 170 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

Cuestiona, asimismo, la afirmación hecha en el pronunciamiento recurrido acerca de que las facultades que confiere a los jueces el art. 180 del Código citado no resultan revisables por la alzada. Sostiene que tal interpretación no se adecua al sentido de la norma y que carece de toda lógica porque conduciría a admitir la posibilidad de aniquilamiento de derechos de raigambre constitucional por la sola circunstancia de que la medida conculcatoria se hubiese ordenado durante la instrucción de un sumario criminal.

Expresa además el recurrente que, al dejar subsistente la medida que había dispuesto el juez, la Cámara ha prescindido de un texto legal clara y directamente aplicable al caso, cual es el art. 4º de la ley 23.511, en tanto consagra el derecho del interesado a negarse a que se le efectúen las pruebas o exámenes de sangre a los que alude la ley, por lo que —observa— indiscutiblemente consagra también la imposibilidad de proceder en forma compulsiva con ese propósito. Cita numerosa doctrina y jurisprudencia en apoyo de su agravio, y recalca la diferencia entre el proyecto del Poder Ejecutivo y el texto que en definitiva resultó aprobado por el

Congreso como ley 23.511. Destaca, igualmente, que la medida impugnada fue solicitada por el Ministerio Fiscal y ordenada por el juez con apoyo explícito en esa misma ley, específicamente aplicable, lo que pone en evidencia la causal de arbitrariedad que invoca.

Explica en seguida la incidencia de las garantías constitucionales que estima involucradas en el caso, concernientes a la igualdad, el debido proceso, la defensa en juicio y la privacidad, y concluye en que someter a un ser humano con el propósito de extraerle sangre contra su voluntad es claramente lesivo del ámbito individual y privado que tiende a resguardar el art. 19 de la Constitución Nacional. Por último, llama la atención sobre la necesidad, dice, de preservar la adopción y el rol que ella cumple en la sociedad.

3º) Que el recurso extraordinario fue concedido por el tribunal a quo por entender que se hallaban en juego garantías constitucionales, en especial la consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional, en función directa e inmediata —expresó— con el alcance del art. 4º de la ley 23.511, a lo que añadió que el agravio invocado se tornaría de imposible o insuficiente reparación ulterior (ver fs. 66 del expediente por el que tramitó el recurso ante la alzada).

4º) Que, a juicio de esta Corte, el recurso de que se trata resulta admisible y ha sido bien concedido por el a quo, toda vez que la resolución que declara irrecurrible la medida dispuesta por el juez de la causa, en cuya virtud se habría de practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor no imputado en el proceso, por su naturaleza y consecuencias pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto por quien ejerce la representación legal del menor y causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior, por lo que reviste entidad suficiente para ser equiparada a sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48.

5º) Que, a fin de examinar los aspectos sustanciales de la cuestión en debate, parece necesario precisar liminarmente el objeto sobre el cual este tribunal ha sido llamado a pronunciarse en el “sub lite”. Para ello, cabe tener presente los antecedentes del caso, reconstruidos a través de las diversas causas que han sido requeridas y agregadas a la presente.

6º) Que según resulta de la causa 890 (fs. 1/11), el hecho inicialmente investigado fue el abandono de un menor de pocos meses hallado en la vía pública a fines de marzo de 1977, el cual, mientras se efectuaban las averiguaciones pertinentes, fue trasladado al Hospital de Pediatría “Pedro de Elizalde” (ex “Casa Cuna”), donde se advirtió al magistrado interviniente sobre la necesidad de disponer con prontitud su salida para evitar el riesgo de contagio por otros niños enfermos allí internados. Ello dio lugar a que, pocos días después, en el expediente de disposición tutelar se haya autorizado la entrega provisoria del menor al matrimonio Maggioni, a la que sucedió —informe ambiental mediante (fs. 6)—, la entrega formal de la guarda con fecha 29 de abril de 1977 (fs. 9). En esa misma fecha, frustradas las diligencias tendientes a individualizar a los autores del hecho, el juez en lo correccional de menores dictó sobreseimiento provisional en la causa por abandono (fs. 19 de la causa N° 890).

Dos meses después se presentó en esa causa el señor Pedro Pablo Tortrino (fs. 21/23) y relató una serie de circunstancias que lo inducían a suponer que el menor abandonado podría haber sido un nieto suyo nacido en julio de 1976 al que había visto una sola vez en setiembre de ese año, debido a la ausencia de una relación regular con su hija —madre del niño—, lo que atribuyó a una actividad de ésta que calificó como de “tipo criminal” (ver fs. 21 vta.). Añadió que había recibido fotografías y un documento de identidad, presuntamente de su nieto, los que fueron agregados a la causa. Ante esas manifestaciones, el juez ordenó inmediatamente diversas medidas tendientes a recabar información al respecto (fs. 24); entre ellas, fue remitido un testimonio de nacimiento de Emiliano Carlos Tortrino y duplicado de un certificado médi-

co que sirvió de antecedente para la inscripción, donde constaba como fecha de nacimiento el 21 de enero de 1977 (fs. 29 y 30). Asimismo, a fs. 32, se testimonió un informe pericial de los médicos forenses fechado el 13 de abril de 1977 (cuyo original se encuentra a fs. 10 del expediente tutelar), donde se expresaba que el examen practicado al menor de cuyo abandono se trata permitía atribuirle una edad de seis meses.

A esa altura, el juez en lo correccional de menores consideró que los nuevos elementos aportados con posterioridad al sobreseimiento provisional que había dictado carecían de entidad para hacer variar el criterio allí sustentado, fundamentalmente por no haberse acreditado que el menor al que se referían esas actuaciones fuese el mismo al cual se mencionaba en la partida de nacimiento recibida en la causa (resolución de fs. 57, del 31 de agosto de 1977). Sin embargo, como el juez entendió que de los referidos elementos, podría resultar la comisión de delitos ajenos a su competencia, dispuso remitir copia de las actuaciones al juez en lo criminal y correccional federal de turno (fs. 58). Más tarde, en diciembre de 1977, ante una presentación de Juan Alberto Castro, que decía ser abuelo paterno del niño Emiliano Carlos Tortrino y solicitaba que se le diera vista de las actuaciones, indicando presuntas probanzas depositadas en una escribanía, cuya exteriorización —dijo— se reservaría para cuando lo estimase oportuno, el juez de menores —tras requerir dichas constancias con resultado negativo—, declaró su incompetencia para seguir entendiendo en la causa y la remitió al juez federal que ya había intervenido.

7º) Que, entretanto, con las constancias recibidas del juzgado de menores, se había formado el expediente N° 178 (hoy N° 9784) ante la justicia federal. Allí se dispusieron diversas diligencias probatorias (resolución del 12 de septiembre de 1977, fs. 123). Se requirió información sobre las actividades de María del Carme Tortrino y Carlos Enrique Castro, a quienes se aludía en las presentaciones antes mencionadas y que habían motivado la remisión de actuaciones, ordenándose también su detención; se dispuso tomar declaración testimonial al director de la clínica y al médico que figuraban en el certificado de nacimiento que se había incorporado a las actuaciones —presentado por el Sr. Pedro Pablo Tortrino— y se solicitó informe sobre la autenticidad del documento nacional de identidad agregado también a los autos por la misma persona. De los testimonios surgió que el certificado médico no era auténtico (fs. 145 y 147), en tanto que en el Registro Nacional de las Personas informó que el documento de identidad sí lo era (fs. 146), en obvia referencia a su aspecto extrínseco, ya que sus constancias se vinculaban con el aludido certificado.

8º) Que, sobre la base de tales antecedentes, el magistrado federal arribó a una conclusión análoga a la que primitivamente había señalado su par, el juez de menores, en cuanto a la inexistencia de pruebas indicativas de identidad entre el menor cuyo abandono se había investigado y aquél a quien se mencionaba en el documento identificatorio que aparecía falsificado; de manera tal que, de conformidad con el dictamen del procurador fiscal federal (fs. 152), consideró que se trataba de hechos claramente escindibles: por una parte el abandono, como infracción a la ley 13.944, en el que correspondía continuar entendiendo al juez correccional de menores, a quien dispuso devolver la causa respectiva; y por la otra, la falsedad ideológica del documento nacional de identidad, que era propiamente de su competencia (ver resolución del 18 de agosto de 78, fs. 153).

9º) Que las causas hasta aquí mencionadas no registraron modificaciones significativas con posterioridad. En la causa por abandono, después de su devolución, se mantuvo el sobreseimiento provisional dictado inicialmente (ver resolución del 13 de septiembre de 1978, fs. 101 vta.); el cual, tras unas diligencias que nada aportaron, de conformidad con el dicta-

men del fiscal interviniente, fue nuevamente ratificado por resolución del 14 de junio de 1983 (fs. 137). A su vez, en la causa concerniente a la falsedad ideológica de documento de identidad, se citó a una persona del mismo nombre que aparecía en el certificado de nacimiento, pero que resultó no ser médico (fs. 160); también se decretó el procesamiento de María Carmen Tortrino y Carlos Enrique Castro (11 de octubre de 1978, fs. 162), a quienes se citó por edictos para que comparecieran “en la causa que se les sigue por infracción al art. 292 del Código Penal” (fs. 178), y ante el resultado negativo de esa citación se declaró su rebeldía (22 de noviembre de 1978, fs. 179). Esta causa permaneció inactiva durante diez años, hasta que en octubre de 1988 se presentaron dos fiscales solicitando una serie de medidas de prueba que el juez ordenó (fs. 240); es en el curso de esta etapa reciente del proceso en la cual se suscitó, como se verá, la cuestión que ahora se trae a conocimiento de esta Corte.

10) Que corresponde recordar, todavía, que ante la Justicia Nacional en lo Civil tramitó el juicio de adopción del menor Juan Pablo por el matrimonio Maggiotti, al que se le había adjudicado la guarda, juicio en el cual se concedió la adopción plena por sentencia del 13 de octubre de 1977 (fs. 47 del expediente respectivo) que se encuentra firme y fue inscripta en marzo de 1978. Mucho después, el 2 de junio de 1983, a fs. 65 de este expediente, el secretario actuante insertó una nota haciendo constar que había recibido un llamado telefónico anónimo diciéndole que el menor adoptado sería “hijo de sangre de Susana Tortrino” y que a su respecto existían otras causas en trámite. Ello dio origen a que se recabara información sobre estas últimas y se diese vista a los ministerios públicos (fs. 80 vta). La asesora de menores entendió que la denuncia debía tramitar por la vía que correspondiera y que, al no existir petición alguna concerniente a la adopción, nada tenía que dictaminar (fs. 82). El fiscal, por su parte, dijo que lo denunciado podría estar comprendido en el art. 138 del Código Penal, por lo que sugería el pase de actuaciones al fuero penal (fs. 82). El magistrado interviniente, en cambio, entendió que ante las vías penales abiertas y la falta de petición concreta de parte interesada que diera fundamento a la denuncia anónima, sólo cabía “tener presente lo actuado”, sin perjuicio de que el fiscal efectuara la denuncia penal si lo estimaba pertinente (fs. 83). Apelada esa providencia, de conformidad con la opinión vertida por los ministerios públicos ante la alzada, que estimaron que aunque no se daban en el caso las exigencias de una “denuncia” en el sentido del art. 156 del Código de Procedimientos en Materia Penal, correspondía remitir las actuaciones o su copia a la Justicia en lo Criminal y Correccional a los fines del art. 164 del mismo Código, la Cámara así lo dispuso, revocando parcialmente la providencia del juez inferior (fs. 89). Cumplido el mandato a fs. 90, tuvo comienzo de ese modo, en noviembre de 1983, la causa N° 2868, que tramitó ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 1, por infracción al art. 138 del Código Penal.

11) Que, en esta última causa, aparecen como destacables dos diligencias de prueba. Una consiste en la obtención, por intermedio del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, del testimonio de un acta notarial labrada en noviembre de 1977 a requerimiento de Juan Alberto Castro —la misma que éste había señalado, sin exteriorizarla, en la causa N° 890— en la cual efectuó un relato sobre el matrimonio de su hijo Carlos Enrique Balbino Castro con María Carmen Tortrino, que ésta había dado a luz un hijo de ambos el 22 de julio de 1976, con determinadas características físicas, al que habría visto una vez, y cuyo nacimiento habría sido inscripto tardíamente como sucedido el 21 de enero de 1977, sólo con el apellido materno; indicaba, además, una serie de pasos procesales para establecer la identidad del niño, que revelan haber contado con asesoramiento letrado (ver fs. 39/41 de la causa N° 2868). El otro elemento de prueba es el original del certificado médico con el que se obtuvo la inscripción del nacimiento de Emiliano Carlos Tortrino en enero de 1977 (ver fs. 47 de la causa citada), sobre el cual se efectuó un peritaje caligráfico para verificar la autenticidad de la firma de quien

aparecía como médico interviniente (fs. 53), comprobándose que no pertenecía al profesional allí mencionado (fs. 61). Sobre esta base, el fiscal opinó que cabía sobreseer provisionalmente en esta causa (fs. 67), temperamento que adoptó la juez interviniente al no haber podido establecer —dijo— quién habría intervenido en la confección del certificado cuestionado y, de ese modo, en la comisión del delito previsto en el art. 138 del Código Penal, dejando constancia que “no se procesó a persona alguna” (fs. 68/69).

12) Que, por último, cabe tener presente que el 26 de octubre de 1982, Miguel Angel Tortrino inició sendos procesos por presunción de fallecimiento basados en la ley 22.068 respecto de su hermana, María Carmen Tortrino, el hijo de ésta, Emiliano Carlos Tortrino, y su cuñado, Carlos Enrique Balbino Castro. Por disposición del juez en lo Civil y Comercial Federal interviniente, tales pretensiones fueron acumuladas (fs. 59 de los autos “Tortrino, María Carmen s/ presunción de fallecimiento”), y la deducida en relación al menor fue desestimada inicialmente por faltar la denuncia exigida por el art. 1° de la ley 22.068 como presupuesto de la acción, circunstancia que motivó el posterior desistimiento de ella por el actor (ver fs. 78 y 133 de la citada causa).

13) Que, al examinar los antecedentes relatados, es dable advertir que la investigación acerca de la falsedad ideológica del documento nacional de identidad —único hecho que ha dado origen a las recientes actuaciones ante la justicia federal— se concibe vinculada con diligencias probatorias tendientes a establecer la autoría del certificado médico adulterado, sobre cuya base se obtuvo una partida de nacimiento que no correspondía a la realidad y, con ella, el aludido documento identificatorio con igual falencia. En ese sentido parecen orientadas las diversas diligencias sumariales dispuestas en el inicio de la causa y aún después. Pero, ciertamente, parece exceder el objeto de esa investigación la medida que tiende a indagar la filiación verdadera de un menor, que no es imputado ni víctima en la causa —tampoco lo son sus padres adoptantes—, y cuyo resultado no podría arrojar ningún elemento conducente para el curso de aquélla. En efecto, aun comprobada la falsedad ideológica, producida en la forma señalada y con las características que el caso ofrece, ni la falsedad dejaría de ser tal, ni variaría su tipicidad o su autoría, por el resultado de la prueba biológica dispuesta.

14) Que es claro, en todo caso, que el objeto de averiguación posible en la causa que tramita ante la justicia federal —falsedad ideológica de documento de identidad— es separable de las otras circunstancias hacia las cuales se ha procurado orientar la investigación, esto es, un hipotético parentesco de sangre entre el menor abandonado —luego adoptado por el recurrente— y el señor Juan Alberto Castro y su esposa. Trátase de hechos diversos, y el resultado probatorio respecto del último no aparece relevante en relación al primero, que es, en rigor, el único objeto del sumario.

15) Que las normas que confieren atribuciones amplias a los jueces para disponer medidas de prueba, deben entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que constituyen el objeto sumarial (vgr. arts. 178 y 180, Código de Procedimientos en Materia Penal), y no otros cualesquiera. Así lo corrobora el art. 322 del mismo Código ritual, al exigir que el hecho o circunstancia sobre el que ha de recaer el examen pericial sea “pertinente a la causa”. Las normas antedichas, tampoco admiten una interpretación aislada, sino sistemática, dentro del contexto del orden jurídico vigente. Por eso, no parece admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de un menor adoptado bajo el régimen de la adopción plena, pueda tener lugar con base en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal —como sugiere la resolución del a quo—, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con normas de fondo como las contenidas en los

arts. 14 a 19 de la ley de adopción N° 19.134, que regulan esa situación jurídica en forma específica.

16) Que, en consecuencia, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la prueba admitida por el juez y convalidada por la alzada, excede el objeto propio del proceso en el que fue dispuesta. Esta cuestión, no obstante la incidencia de reglas procesales, debe ser atendida en esta instancia, porque más allá de que la diligencia probatoria resulte inatingente a la investigación, admitirla en el caso implica conculcar normas esenciales que rigen la adopción plena. Más aún, ella entraña, en el caso, una afectación de los derechos personalísimos del menor a quien va dirigida o, si se prefiere, una transgresión de las normas que estatuyen y tutelan los presupuestos jurídicos de la personalidad (ver Alfredo Orgaz, “Personas individuales”, Depalma, Buenos Aires, 1946, ps. 130 y 140), lo que constituye otro valladar que obsta a su admisibilidad.

17) Que, por las razones precedentemente expuestas, la decisión del a quo, en tanto deja subsistente la medida ordenada por el juez de la causa que consiste en practicar compulsivamente una prueba hematológica sobre un menor no imputado en el proceso, haciendo caso omiso de la oposición manifestada por su representante legal, debe ser revocada por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las peculiares circunstancias que el caso ofrece, lo que afecta de un modo directo las garantías tuteladas por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que el recurrente invoca.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada.— EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la presente causa llega a conocimiento del tribunal a raíz del recurso extraordinario que interpuso Domingo G. Maggiotti contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (sala II), que desestimó su queja por denegación de los recursos de apelación y nulidad mediante los cuales había impugnado una decisión del juez de primera instancia que le ordenaba llevar a su hijo adoptivo —el menor Juan Pablo Maggiotti— a un servicio hospitalario a fin de extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad tendiente a establecer si existiría o no correspondencia genética con personas que podrían ser abuelos de sangre del menor.

2º) Que el recurso extraordinario fue concedido por el tribunal a quo por entender que se hallaban en juego garantías constitucionales, en especial la consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional, en función directa e inmediata —expresó— con el alcance del art. 4º de la ley 23.511, a lo que añadió que el agravio invocado se tornaría de imposible o insuficiente reparación ulterior (ver fs. 66 del expediente por el que tramitó el recurso ante la alzada).

3º) Que, a juicio de esta Corte, el recurso de que se trata resulta admisible y ha sido bien concedido por el a quo, toda vez que la resolución que declara irrecurrible la medida dispuesta por el juez de la causa, en cuya virtud se habría de practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor imputado en el proceso, por su naturaleza y consecuencias pone fin a la cuestión federal articulada sobre el punto por quien ejerce la representación legal del menor y causa un gravamen de insusceptible reparación ulterior, por lo que reviste entidad suficiente para ser equiparada a sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48.

4º) Que, en lo que resulta atendible dentro de los límites del auto de concesión del recurso extraordinario, después de relatar los antecedentes de éste y otros procesos conexos, sostiene el recurrente que la medida dispuesta por la resolución contra la cual recurre causa un gravamen irreparable, en tanto su ejecución importaría exponer al niño a daños psicológicos, compeliéndolo a someterse a una prueba en contra de su voluntad y generando en él una situación altamente “ansiógena” y de importantes consecuencias para su equilibrio emocional, afirmación que apoya en un dictamen suscripto por un médico psiquiatra y un psicólogo que adjunta con su recurso. Estas y otras razones vinculadas a la preeminencia que cabe acordar al interés del menor justifican, en su parecer, que se atribuya al pronunciamiento el carácter definitivo requerido a los fines del art. 14 de la ley 48. Explica además la incidencia de las garantías constitucionales que estima involucradas en el caso, concernientes a la igualdad, el debido proceso, la defensa en juicio y la privacidad, y concluye en que someter a un ser humano con el propósito de extraerle sangre contra su voluntad es claramente lesivo del ámbito individual y privado que tiende a resguardar el art. 19 de la Constitución Nacional.

5º) Que lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional el sentido de que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, presenta para su interpretación y aplicación una especial dificultad en el caso de los incapaces de hecho. Esto porque su voluntad propia no resulta decisiva en la producción de actos jurídicos, para lo cual la ley los provee de representantes.

Si se tiene en cuenta la primera parte del citado artículo, puede afirmarse que su sentido general es el respeto por la esfera de decisión del individuo, sólo coercible por la ley. Cuando por mandato de la misma ley el individuo no se gobierna a sí mismo es difícil determinar, atendiendo a la razón de ser de la cláusula constitucional, cuál es el valor concretamente tutelado por ella.

6º) Que es dable presumir que en tales situaciones se atienda a la partición que ella hace entre lo que está bajo la autoridad de los magistrados y las acciones privadas de los hombres, reservadas a Dios, entre lo que la ley impone y lo que el hombre decide. No es aventurado afirmar —al menos en lo que a la solución del caso interesa— que hay una zona de intimidad y otra pública.

Abrir juicio sobre dónde reside la zona de intimidad de quien no puede decidir eficazmente según su propia voluntad lleva inevitablemente a indagar por las normas legales que dan origen a tal restricción y su sentido.

En el caso, en que está de por medio un menor de edad, lo que ello procura es evitar los efectos que de lo contrario tendría la falta de un adecuado discernimiento en la producción de actos jurídicos. Esta falencia es suplida mediante la institución de representantes, como lo es el adoptante, y la intervención del ministerio público y de los jueces en determinadas circunstancias. También prevé la ley la posibilidad de que en ciertas circunstancias, cuando los intereses del representante y los del menor sean divergentes, se aparte al representante a los efectos de determinados actos jurídicos.

7º) Que es claro entonces que lo que la ley privilegia es el interés del menor. De ninguna manera confunde este interés con el del representante cuyas atribuciones no llegan por otra parte a suplir la voluntad del menor en la producción de actos tales como los personalísimos.

De allí que cabe concluir que los menores sólo pueden, en un sentido estricto, ser titulares de derechos, a cuya protección concurren sus representantes, el ministerio público y los

jueces, y nunca objeto de derechos de terceros, sean éstos sus padres o sus adoptantes. Los derechos de estos últimos, extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. Este interés entonces, por el que velan la sociedad y la ley es el norte que debe guiar lo que se decida en relación a ellos.

8º) Que en el caso concreto no parece que la obtención de la prueba cuestionada sea traumatizante de por sí. También es evidente que sólo en el interés del menor puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad. Cabe afirmar como principio que nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, por lo que cabe valorar positivamente la producción de la prueba en cuestión que puede conducir, en el caso, a aquélla.

9º) Que en tales condiciones no se advierte que el art. 4º de la ley 23.511 sea inconstitucional, por lo que no cabe sino confirmar lo decidido por el a quo.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada.— CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la presente causa llega a conocimiento del tribunal a raíz del recurso extraordinario que interpuso Domingo G. Maggiotti contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (sala II), que desestimó su queja por denegación de los recursos de apelación y nulidad mediante los cuales había impugnado una decisión del juez de primera instancia que le ordenaba llevar a su hijo adoptivo —el menor Juan Pablo Maggiotti— a un servicio hospitalario a fin de extraerle sangre y realizar un examen de histocompatibilidad genética con personas que podrían ser abuelos biológicos del menor.

2º) Que el recurso extraordinario fue concedido por el tribunal a quo por entender que se hallaban en juego “garantías constitucionales —en especial la consagrada por el art. 19 de la Constitución Nacional— en función directa e inmediata con el alcance del art. 4º de la ley 23.511”, a lo que añadió que el agravio invocado se tornaría de imposible o insuficiente reparación ulterior (ver fs. 66 y 66 vta. del expediente por el que tramitó el recurso ante la alzada).

3º) Que el recurso extraordinario de que se trata resulta formalmente admisible y ha sido bien concedido por el a quo, pues el apelante cuestiona la inteligencia dada a cláusulas constitucionales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

4º) Que, por la forma en que el recurso ha sido concedido, no le compete a esta Corte abordar lo concerniente a la relación que la medida ordenada por el juez de primera instancia pueda tener con el objeto del proceso que ante aquél se sustancia, razón por la cual el tema al que se ceñirá el Tribunal será el relativo a las garantías constitucionales —“en especial”, como consigna el a quo, “la consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional” (fs. 66 vta.)— que el apelante dice violadas por la decisión impugnada.

5º) Que, desde esta perspectiva, el argumento central del recurrente se orienta a resaltar la improcedencia de la resolución judicial que ordena extraer sangre a un ser humano —en el

caso, el hijo adoptivo de quien hace el planteo— “contra su voluntad” (fs. 37). La postura obligada, por lo tanto, como paso previo e insoslayable, a determinar si la exteriorizada negativa del representante legal (padre adoptivo) a la realización de la prueba, importa un adecuado ejercicio de la representación que ejerce, de modo tal que su voluntad pueda ser considerada vinculante para su representado (menor). Sólo una respuesta afirmativa a la cuestión planteada obligaría a evaluar la siguiente, a saber: si la voluntad de un sujeto no procesado, renuente a consentir la prueba en cuestión, prevalece o no sobre el imperio judicial del magistrado que la ordenó, a la luz de los principios que informan nuestra Ley Fundamental.

6º) Que la representación es el medio por el cual el ordenamiento positivo permite suplir la situación de inferioridad de los incapaces, autorizando a otros a ejercer los derechos y facultades de cuyo ejercicio —con finalidad exclusivamente tuitiva— se los priva.

Surge, entonces, de su propia razón de ser, que no constituye un fin en sí misma, sino un instrumento que el legislador ha instituido para el solo beneficio de los incapaces, a los que supone protegidos, amparados, tutelados por la acción de los representantes que, por hipótesis, buscarán lo más acorde con el interés en cuyo nombre actúan. Prueba de ello es que la ley los aparta cuando sus intereses entran en oposición con los de los representados, situación para la cual se prevé la designación de tutores o curadores especiales (arts. 61 y 397 del Código Civil).

7º) Que, por lo dicho, dadas las características del *sub examine*, sería insuficiente limitarse a constatar que el padre adoptivo es el representante legal del menor y que ha entendido —al oponerse a la prueba de histocompatibilidad— actuar dentro del ámbito de las atribuciones que le confiere ese carácter. La finalidad que justifica y da sentido a una representación de esta especie, obliga a superar los aspectos meramente extrínsecos para poder apreciar los esenciales, atinentes a los derechos básicos, de raíz constitucional, de los que es titular el menor y que son puestos en juego por la cuestión planteada.

8º) Que, en este punto, conviene recordar que el art. 33 de la Carta Magna dispone que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de las formas republicanas de gobierno”. Los redactores de la norma (fruto de la reforma de 1860) quisieron que no quedara duda en cuanto a que los derechos constitucionales no eran una enunciación cerrada. La comisión que dio razón del texto que en esta parte se proyectaba agregar (Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Obligado y Sarmiento) destacó que: “Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunión política y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar”. Más adelante se agregaba que: “Una declaración de los derechos intransmisibles de los pueblos y de los hombres en un gobierno que consiste en determinados poderes limitados por su naturaleza, no podía ni debía ser una perfecta enumeración de los poderes y derechos reservados. Bastaba en todas cosas algún ejemplo, la enumeración de determinados derechos reservados, sin que por esto, todos los derechos de los hombres y de los pueblos, quedase menos asegurados que si estuviesen terminantemente designados en la Constitución: tarea imposible de llenarse por los variados actos que pueden hacer aparecer derechos naturales, así en los individuos como en la comunidad”.

Al tratarse el punto en la sesión del 1º de mayo de 1860, al refutar a Esteves Sagú —que consideró superfluo nuestro actual artículo 33— dijo Vélez Sarsfield: “Se cree suplirlo por el

artículo que dice: Nadie será obligado a no hacer lo que la ley no prohíbe. Entre tanto, el artículo en discusión dice otra cosa muy distinta, refiriéndose a los derechos individuales. Esos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo C.L. y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: No solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales, de los hombres o de los pueblos aunque no estén enumerados en la Constitución se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo. El diputado que acaba de hablar dice: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda; pero la reforma de la Comisión dice más, que los hombres no sólo tienen los derechos que determina la Constitución sino todos los derechos naturales aunque no se hallen consignados en la Constitución” (confr. Ravnani, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, Bs. As., 1937, Tomo IV, p. 772 y 883/884, citado *in re*: S. 454.XXI, “Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de La Urraca S. A. y otro”, sentencia del 1º de diciembre de 1988, voto del juez Petracchi).

Esta concepción de las garantías implícitas o innominadas ha sido aplicada tanto por la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando por este tribunal en temas decisivos como el del derecho a la privacidad (confr. Fallos: 306:1892, voto del juez Petracchi, especialmente considerando 15 y 18 de sus citas).

En suma, que hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución Nacional, deben ser considerados garantías implícitas, comprendidas en el art. 33 cit. y merecedoras del resguardo y protección que aquélla depara a las explícitamente consignadas (fallo y voto citados, “*in re*”: “Sánchez Abelenda”, considerando 13).

9º) Que, entre ellas, debe —sin duda— incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que —aprehendido— permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.

El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es —finalmente— la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. La capacidad para definir independientemente la propia identidad es central para cualquier concepción de la libertad (468 U.S. 609, 619). Resulta significativo como en este punto coinciden los aportes de la experiencia cotidiana, de las ciencias y de las fuentes más relevantes que nutren nuestro patrimonio cultural, en tanto ellas proclaman los efectos liberadores que la búsqueda de la verdad sobre el propio ser producen sobre la concreta realidad existencial.

Dichas coincidencias van desarrollándose gradualmente hasta la toma de conciencia de las necesidades que revelan y, luego, se mantienen con tal fuerza que comienzan a ser absorbidas y expresadas por los juristas en su tarea de interpretar las normas.

10) Que, justamente, por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer quienes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a esa verdad. Cabe recordar que, con relación a este tema, se subrayó la “capital importancia” que reviste “la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad” (sentencia del 29 de octubre de 1987, *in re*: S.706.XX “Scaccheri de López, María s/ denuncia”, voto del juez Petracchi, considerando 13 e informe allí transcrito). Por el contrario, conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo (loc. cit., considerando 14).

Una de las voces más autorizadas de nuestro tiempo, ha dicho; “También espero que quede bien aclarada la importancia de *decir la verdad*, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla... La verdad puede ser dolorosa a menudo pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse” (Dolto, Françoise, “Los niños y su derecho a la verdad”, Buenos Aires, 1990, pág. 9).

11) Que, en este orden de ideas, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. el 20 de noviembre de 1989 y remitida por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso para su aprobación, por mensaje N° 1678 del 30 de agosto de 1990, establece que el niño tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (art. 7°, punto 1). Asimismo, dispone el art. 8°: “1. Los 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. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

12) Que resulta útil tener presente el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que el “derecho a la identidad personal” ha tenido en Italia. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “La identidad es presentada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado... por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo” (Bavetta, Giuseppe, en “Enciclopedia del Diritto” Giuffrè, Italia, 1970, Tomo XIX, pág. 953, voz “Identità” (diritto alla), o sea que la persona tiene “la titularidad de un derecho, que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual” (op. y loc. cit.).

Si bien es cierto que hay una segunda acepción del derecho a la identidad que se refiere a la “proyección social” que tiene la persona (su “patrimonio intelectual, político, social, religioso, profesional, etc.” en la terminología de la Corte de Casación italiana), proyección que —se sostiene— no podría ser alterada o falseada (ver De Cupis, “I diritti della personalita”, en el “Trattato Di Diritto Civile e Commerciale”, Giuffrè, Milano 1982, págs. 399 y sigtes., fallo de la Corte de Casación del 22 de junio de 1985 en “Nuova giurisprudenza civile commentata”, pág. 647), faceta esta última que despierta algunas polémicas, no puede cuestionarse —en cambio— que el aspecto aludido en el párrafo precedente sea uno de esos derechos fundamentales a los que, como se vio en el considerando 8°, comprende en su *marco tutelar* el art. 33 de la Ley Fundamental (la expresión destacada se utilizó en Fallos: 307:146, considerando. 13 *in fine*) “aunque no se hallen consignados” (loc. cit.) y que, en lo que aquí interesa, exige dejar expedito el acceso a la propia identidad de origen.

13) Que en forma alguna obsta a lo expuesto el régimen de “adopción plena” consagrado en la ley 19.134 y según el cual “El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se

extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales” (art. 14), con la consiguiente imposibilidad de que el adoptado sea reconocido por sus padres de sangre o que ejerza la acción de filiación respecto de aquéllos (art. 19). En efecto, en el sistema regulado en la citada ley, lo prohibido son los actos jurídicos o las acciones de emplazamientos familiar incompatibles con los efectos que la sentencia de adopción plena produce, los que implican el desplazamiento del estado determinado por la filiación consanguínea. En cambio, el derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel —superior, en tanto que de rango constitucional— que trasciende lo concerniente al “estado de familia” y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser amputada o escamoteada.

A este respecto resulta muy sugestivo que, en nuestro régimen legal, a diferencia de los vigentes en países como Uruguay, Chile y Bolivia, la partida de nacimiento original no se destruye, lo que muestra que el legislador ha querido respetar el derecho del adoptado a conocer sus vínculos consanguíneos.

También procede destacar que, en el proyecto de nueva ley de adopción al que el Senado de la Nación ha dado recientemente media sanción, se reconoce el derecho del adoptado a conocer su identidad de origen (art. 11), sin perjuicio de que la “adopción plena” se siga regulando —en relación a la sustitución de la filiación biológica, a la inserción en la familia del adoptante y a la imposibilidad del reconocimiento o de la acción de filiación— en términos muy similares a los de la ley 19.134 (confr. arts. 9° y 13 del mencionado proyecto, ver orden del día N° 344, impreso el 3 de septiembre de 1990 por la Dirección de Publicaciones del Congreso), todo lo cual evidencia que los efectos de este tipo de adopción para nada interfieren en la garantía constitucional *sub examine*.

Por fin, no tutelar adecuadamente el derecho del que se trata, haría incurrir al Tribunal —y en alguna medida al Poder Judicial todo— en un inadmisibles doble discurso o, peor aún, en un discurso contradictorio. Por un lado, diariamente jueces, asesores de incapaces y profesionales especializados, exhortan a los padres adoptivos a dar a conocer sus orígenes al adoptado, aportando toda clase de pruebas sobre las negativas consecuencias que, en este terreno, trae aparejada la falta del debido esclarecimiento. Y, por el otro, al momento de reconocer el derecho del sujeto a acceder a su verdadera identidad, éste le sería desconocido.

14) Que un aspecto vinculado con la prerrogativa que se está analizando, se refleja en el derecho que —en la terminología constitucional alemana (art. 2°, inc. 1°, de la ley fundamental de ese país)— tiene el individuo al “libre desenvolvimiento de su persona”, el cual, en lo que respecta al tema específico que ocupa a esta Corte, se materializa en la facultad de ejercer un control en lo referente a la búsqueda, almacenamiento, utilización y difusión de sus datos personales (ver en tal sentido sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, de fecha 15 de diciembre de 1983 (BVerfGE 65, 1), transcripto en la obra de Martín Kriele, “ESJ Grundrechte”, ps. 482/521, Munich, 1986. Ese control —que halla fundamento en el valor y la dignidad de la persona (op. y loc. cit.)— supone necesariamente que existe el derecho (prioritario en un orden lógico) de acceder a esos datos personales, de entre los cuales el concerniente a la ascendencia biológica se advierte relevante, por su esencial relación con la propia identidad del sujeto.

Puesto que la base constitucional es semejante —también de nuestro ordenamiento fundamental puede con toda autoridad decirse que tiene en su “centro” el “valor y la dignidad

de la persona” (fallo cit.), conforme la recta hermenéutica del art. 33 de la Carta Magna— el desarrollo efectuado *supra* es enteramente aplicable a nuestro ámbito.

15) Que al ser el menor de autos titular de un derecho esencial como el referido, la postura del padre adoptivo —que se niega a que al incapaz le sea extraída sangre para la realización de una prueba de histocompatibilidad (compatibilidad inmunogenética) con relación a personas que podrían ser sus abuelos biológicos— se revela desviada de las finalidades en las que la representación que ejerce encuentra fundamento. En efecto, no puede reconocerse a la negativa a la extracción —es innecesario destacar el carácter nimio de esta última— una virtualidad que comprometa al incapaz, pues nada autoriza a suponer que el titular del derecho a conocer su identidad de origen exteriorizaría, a su respecto, una voluntad abdicativa. En tales condiciones, la representación deja de surtir efectos, pues lejos de resguardar los derechos para cuya tutela fue instituida, se desinteresa de ellos desnaturalizando su razón de ser y causando grave detrimento al representado, circunstancias —todas éstas— frente a las cuales el tribunal no puede permanecer insensible. Tanto más cuando, como en el “sub lite”, no se alega que la tutela del derecho a la identidad del incapaz interfiera los derechos sustanciales de algún tercero.

16) Que en consecuencia, la negativa del representante queda privada de efectos vinculantes para el representado, lo que hace innecesario abordar el tema enunciado en la última parte del considerando 5°.

Razones sustancialmente análogas llevan a desestimar las alegadas violaciones a las garantías consagradas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, las que no resultan lesionadas por una medida de prueba que —como queda dicho— tiende a esclarecer la identidad de origen del menor.

Por ello, se confirma la resolución apelada.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ALIMENTOS

Información complementaria: (6)

Alimentos - Hijos naturales - Prueba de paternidad

En la causa *“Josefa Laciari, á nombre de sus hijos menores contra D. Lázaro Quirolo, sobre alimentos”* (10/11/1870 - Fallos: 9:506), la Corte consideró que todo padre estaba obligado a dar alimentos a sus propios hijos y bastaba la prueba de paternidad para fundar este derecho que traía su origen del natural, y estaba separada de las demás regalías que la ley acordaba a los hijos, con respecto a sus padres y que no habiéndose alegado ninguna circunstancia relativa al estado de fortuna, ni del padre ni de la madre para eximirse de la obligación de dar alimentos, ésta debía cumplirse como correspondía y en la forma que determinara el árbitro judicial.

(6) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

DERECHO A APRENDER

Derecho a aprender – Obligatoriedad de la escuela primaria – Respeto a los símbolos patrios – Convicciones religiosas

Barros, Juan Carlos, en representación de sus hijos Pablo A., y Hugo M. Barros c/ Consejo Nacional de Educación y otra s/ demanda de amparo - 06/03/1979 – Fallos: 301:151

Antecedentes:

La Cámara Federal en lo Contenciosoadministrativo desestimó la acción de amparo promovida por Juan Carlos Barros en representación de sus hijos, quienes fueron separados de la escuela por negarse a reverenciar los símbolos patrios según las disposiciones paternas fundadas en las convicciones religiosas. El actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido.

La Corte revocó la sentencia.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Derecho a aprender – Escuela primaria.

Estándar aplicado por la Corte:

- Cuesta admitir la decisión que afectaba a dos menores de edad carentes de discernimiento (art. 921 del Código Civil) cuya actividad meramente pasiva no constituía una manifestación razonada de falta de respeto a los símbolos patrios y sí de obediencia a la autoridad paterna, por lo que negar todo acceso a quienes todavía no están habilitados para apreciar por sí mismos el valor de esos bienes es impedir la formación posterior del propio juicio y minimizar la función educativa de la enseñanza primaria, con desconocimiento del alto interés nacional.

Texto del fallo:

Dictamen del Defensor Oficial ante la Corte Suprema

Dictamen de la Procuración General de la Nación⁽⁷⁾

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 6 de marzo de 1979.

Vistos los autos: “**Barros, Juan Carlos, en representación de sus hijos Pablo A. y Hugo M. Barros c/ Consejo Nacional de Educación y otra s/ demanda de amparo**”.

(7) N. de S.: Los dictámenes pueden consultarse en www.csjn.gov.ar.

Considerando:

1°) Que la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, sala en lo Contenciosoadministrativo N° 1 (fs. 67/68), confirmatoria de la de primera instancia (fs. 50/56), desestimó la acción de amparo incoada por Juan Carlos Barros, en nombre y representación de sus hijos menores Pablo A. y Hugo M., quienes fueron separados de la Escuela N° 1, “Profesor José Onaindía”, por decisión de las autoridades respectivas, de fecha 9 de junio de 1977, con arreglo a lo dispuesto por la Resolución General N° 4 del Consejo Nacional de Educación y por el decreto 1867/76, por negarse a reverenciar los símbolos patrios.

2°) Que contra aquel pronunciamiento el interesado dedujo recurso extraordinario a fs. 72/79, que fue concedido a fs. 80 con respecto a la cuestión federal planteada, no así en cuanto a la tacha de arbitrariedad en que también se lo sustentó. A fs. 95/98 intervino el Defensor Oficial Subrogante, quien planteó la invalidez constitucional de la mencionada decisión y solicitó la reincorporación de los niños al establecimiento escolar.

3°) Que la citada Resolución General N° 4 estableció que “los alumnos que se educan en la escuela pública argentina oficial y privada, deberán en forma obligatoria reverenciar los símbolos patrios, próceres y fechas de nacionalidad” (art. 1°), y que quien reiteradamente se negare a ello “será separado del establecimiento al que concurre” (art. 2°).

4°) Que los menores a que se ha hecho referencia cursaban 1° y 2° grado, respectivamente, cuando se negaron a participar en actos patrióticos celebrados en la escuela, lo que motivó que las autoridades consideraran esas conductas como irreverentes frente a los símbolos patrios y adoptaran la decisión cuestionada. Esas actitudes tuvieron su origen en disposiciones paternas y se fundaron en las convicciones religiosas de sus progenitores (fs. 6/14 y 36 vta.).

5°) Que en virtud de haberse planteado la inconstitucionalidad de tal decisión (fs. 97 y vta.), fundada en que de esa manera se afecta el derecho de aprender y de recibir educación primaria, corresponde analizar en primer lugar la viabilidad de su debate en la instancia elegida. Al respecto, cabe recordar que esta Corte tiene decidido que “siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo” (Fallos: 280:288 y sus citas).

6°) Que la medida disciplinaria aplicada, por sus efectos y alcances, provoca un serio perjuicio para aquéllos, pues reviste el carácter de una inhabilitación permanente para asistir a la escuela pública argentina, si se considera el motivo de la conducta. Ello causa una lesión actual al derecho de aprender, máxime frente a la importancia de la continuidad de los estudios primarios y la periodicidad de los cursos lectivos.

7°) Que aceptada la existencia de semejante perjuicio, corresponde analizar la validez de dicha medida a la luz de las normas constitucionales y legales que se refieren al aprendizaje y a la enseñanza. En tal sentido, al derecho constitucional de aprender (art. 14) y al deber del Estado de asegurar la educación primaria (art. 5°) y a la obligatoriedad de ésta, reglado todo ello en los términos de la ley 1420, se opone la medida impugnada que cierra todo acceso al ejercicio de aquellos derechos y al cumplimiento de esa obligación.

8°) Que cuesta admitir la legitimidad de la decisión objetada, si se tiene en cuenta que afecta a dos menores —de 7 y 8 años de edad— carentes de discernimiento (art. 921, Código Civil), cuya actividad meramente pasiva en el caso, partiendo de esa condición, no puede afirmarse constituyera una manifestación razonada de falta de respeto a los símbolos patrios y sí de obediencia a la autoridad paterna (ley 10.903 y arts. 264 y sigtes. del Código Civil), lo que lleva a concluir que aquella medida no profundizó en esas circunstancias.

9°) Que a lo expuesto cabe agregar que siendo tales símbolos figuras, divisas o imágenes representativas de la nacionalidad y de la patria, el conocimiento y comprensión de su relevante significado, del que deriva la universal actitud de respeto adoptada por los ciudadanos frente a ellos, se transmite y aprende esencialmente en la escuela. Negar, pues, todo acceso a quienes todavía no están habilitados para apreciar por sí mismos el valor de esos bienes, es impedir eventualmente la formación posterior del propio juicio y minimizar la función educativa de la enseñanza primaria, con desconocimiento del alto interés nacional puesto en evidencia por las normas superiores mencionadas.

10) Que, por consiguiente, sin perjuicio de la validez legal de la Resolución General N° 4 del Consejo Nacional de Educación, la inteligencia asignada por las autoridades del establecimiento escolar respectivo importa un apartamiento manifiesto y arbitrario de los fines de la norma superior, con grave daño a los recurrentes, que torna admisible la vía elegida como remedio eficaz contra un acto que adolece de defectos previstos por el art. 1° de la ley 16.986.

11) Que las consideraciones precedentes tornan inoficioso analizar los agravios expresados por el recurrente a fs. 72/79 en relación con la libertad de cultos y de conciencia, toda vez que la decisión restablece el derecho vulnerado, objeto esencial de la acción ejercida.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se revoca la sentencia de fs. 67/68 y se hace lugar al amparo interpuesto. Costas por su orden.— ADOLFO R. GABRIELLI — ABELARDO F. ROSSI — PEDRO J. FRÍAS — EMILIO M. DAIREAUX.

Información complementaria: (8)

Derecho a aprender - Escuelas - Interés individual y colectivo

En el caso “*Ascencio, José Hernán s/ amparo*” (09/09/1982 - *Fallos: 304:1293*), la Corte consideró que resulta excesiva la resolución que estableció directamente la sanción expulsiva de la escuela como única e inmediata consecuencia posible frente a la comprobación de haberse negado el alumno a reverenciar los símbolos patrios, si no se han invocado antecedentes desfavorables respecto del alumno que cumplió normalmente anteriores ciclos escolares pues le impide completar la educación primaria obligatoria, máxime ante las precisiones del régimen educacional de la provincia que previó un sistema gradual y progresivo de sanciones inclusive a los padres, pudiendo sólo en circunstancias extremas concebirse la expulsión como sanción final y que al tratarse de un menor impúber y por ende de capacidad limitada (9), sometido a la autoridad y poder de sus padres, a

(8) **N. de S.:** El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

(9) **N. de S.:** Art. 126 y concordantes del Código Civil.

quienes debe respeto y obediencia(10) y no punible(11), no puede hacerse recaer sobre él la máxima sanción —expulsión de la escuela— si es en su beneficio y de la comunidad toda que el maestro ha de proveer a la formación integral del niño, rectificando los errores o desviación de que adolezca, más aún cuando se trata de inculcar el conocimiento y comprensión del auténtico significado de los símbolos patrios, donde la escuela desempeña un rol relevante.

MINISTERIO PUPILAR

Información complementaria: (12)

Ministerio Pupilar – Intereses del menor – Representación

En la causa “*Sucesión del Dr. D. Genaro Granados c/ D. Gervacio Sueldo, por cobro de pesos. Incidente s/ nombramiento de un tutor especial*” (04/04/1876- Fallos: 18:290) la Corte sostuvo que estando en colisión los derechos litigiosos del padre con los de su hijo menor, debe nombrarse a éste un tutor especial. En el caso “*Don Luis Burone c/ Don Esteván Risso, s/ entrega de unos menores. Incidente sobre intervención del Ministerio de Menores*” (02/11/1881 - Fallos: 23:714) sobre abandono de hijos y suspensión de la patria potestad dijo que el Ministerio de Menores tiene intervención necesaria en un asunto en que se trata de la entrega de hijos menores al padre que los abandono en la infancia sin proveer jamás a sus necesidades y que la grave falta a los deberes paternos, una vez acreditadas en el juicio, son motivos legales suficientes, por razones de moral y orden público, para pronunciar en su caso la suspensión o la pérdida de la patria potestad (arts. 44 y 47, título de De la Patria Potestad, Código Civil; Serie Segunda, tomo quinto página doscientos doce, de los Fallos de esta Corte).

PATRIA POTESTAD

Información complementaria: (13)

Representación – Patria potestad – Sucesión

La Corte en la causa “*Don Francisco Paulino, y por él su viuda é hijos menores, contra don Severo Amato, por cobro de pesos; sobre personería*” (17/10/1901 - Fallos: 92:59), puntualizó que la representación de los hijos menores de edad la tiene la madre viuda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 305 del Código Civil, en tanto conserve la patria potestad que la ley le confiere (art. 274 del código citado) y no es necesaria la previa posesión judicial de la herencia para continuar las acciones de la causa.

(10) N. de S.: Arts. 265, 266 y concordantes del Código Civil.

(11) N. de S.: Arts. 34 y 36 del Código Penal.

(12) N. de S.: Los fallos completos pueden consultarse en www.csjn.gov.ar.

(13) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Constitución Nacional - Defensa en juicio - Patria potestad

Rojo, Luis César s/ adopción - 28/11/1949 - Fallos: 215:359

Antecedentes:

El juez de primera instancia resolvió de acuerdo con el Asesor de Menores revocar la tutela e intimar a la abuela —quien había solicitado se decretara la pérdida de la patria potestad que la madre tenía sobre el niño, pérdida que dejó de estar en tela de juicio pues no recurrió el proveído y no volvió a hacer cuestión en ninguna presentación— la entrega del menor a su madre. La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital revocó dicha decisión y declaró que la madre había perdido la patria potestad de su hijo. Esta última interpuso recurso extraordinario que denegado dio origen a la queja.

La Corte revocó la resolución.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) Patria potestad – Defensa en juicio.
- b) Patria potestad – Constitución Nacional – Rol del Estado.

Estándar aplicado por la Corte:

- La patria potestad es un derecho natural reconocido en la Constitución Nacional cuya razón de ser está en el deber de los padres respecto al destino de los hijos, porque cuando se considera el ejercicio de la patria potestad se juzga el cumplimiento de tan grave y esencial deber por parte de los padres y la decisión concierne al destino de los hijos, el juicio no se ha de pronunciar sin que haya existido plena garantía de defensa, tanto por el respeto debido a la responsabilidad paterna, cuanto por el interés moral de los hijos, pues la natural dependencia de ellos con respecto a los padres, condiciona su recta formación. El patronato del Estado sobre los menores es supletorio, para afianzar y no para suplantar los vínculos de la naturaleza.

Texto del fallo

Dictamen de la Procuración General de la Nación (14)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, noviembre 28 de 1949.

Vistos los autos “**Recurso de hecho deducido por Rojo, Elba Lillo de, en la causa Rojo, Luis César s/ adopción**”, para decidir sobre su procedencia.

(14) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Considerando:

Que como lo pone de manifiesto el precedente dictamen del Sr. Procurador General, las constancias de los autos principales impiden afirmar que no haya existido restricción de la defensa en juicio como para desechar de plano con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte —Fallos: 213,397 y otros— la queja traída a raíz del recurso denegado a fs. 78 de la causa.

En su mérito se declara mal denegado el recurso extraordinario deducido a fs. 76 del principal.

Y considerando en cuanto al fondo del asunto por no ser necesaria más sustanciación:

Que esta causa fue llevada en apelación ante el respectivo tribunal de alzada porque la recurrente consideró que la decisión de fs. 38 vta. , en la cual se deja sin efecto la tutela que se le había acordado, la agravaba (conf. expresión de agravios de fs. 57).

Que la decisión de fs. 38 v. revoca el auto de fs. 10, en el cual se nombraba tutora legítima de Luis César Rojo a su abuela paterna, e intima a esta última la entrega del menor.

Que desde la presentación de la abuela paterna a fs. 15 solicitando se declarara que la madre del menor había perdido la patria potestad, petición a la que se proveyó: “ocurra ante quien corresponda,” dicha pérdida dejó de estar en tela de juicio en estos autos. Quien había requerido la declaración no recurrió del proveído transcripto y no volvió a hacer cuestión de ello en ninguna de sus presentaciones, ni en primera ni en segunda instancia. Nada de esto es negado por la abuela del menor en su presentación ante la Cámara ni por este Tribunal en la sentencia recurrida de fs. 70, por lo cual el caso difiere de aquéllos en que lo alegado es el apartamiento de la sentencia de los términos de la litis, punto cuya dilucidación requiere el examen de cuestiones de hecho y de derecho procesal ajenas al recurso extraordinario (Fallos: 204:63).

Que por consiguiente la pérdida de la patria potestad de que era en principio titular la recurrente a raíz de la muerte de su marido, declarada en la sentencia de fs. 70 a pedido del Sr. Asesor de Menores de Cámara, —primera oportunidad en que, después del auto citado de fs. 15 vta., se introducía la cuestión en el juicio— lo fue sin que la madre conociese siquiera este requerimiento.

Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar los hechos que consideren conducentes a su defensa y demostrarlos de alguna manera. Fallos: 211:1056; 212:447 y los allí citados.

Que, desde luego, la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe —Fallos: 193:405; 198:83— porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio.

Que siendo en principio y por su naturaleza irrevocable durante el plazo del art. 12 de la ley 10.903, la pérdida de la patria potestad, la imposición de ella por el tribunal de última instancia de la causa en la forma explicada, importa una violación flagrante del derecho de defensa que sólo por la vía del recurso extraordinario puede tener remedio.

Que la violación tiene en el caso, especial trascendencia, porque concierne al amparo de un derecho natural —el de la patria potestad—, expresamente reconocido por la Constitución

Nacional (art. 37, sec. II, apart. 1). Sin duda, la razón de ser de este derecho, hállese en el deber de los padres respecto al destino de los hijos. Pero, precisamente, porque cuando se considera el ejercicio de la patria potestad se juzga el cumplimiento de tan grave y esencial deber por parte de los padres y la decisión concierne al destino de los hijos, el juicio no se ha de pronunciar sin que haya existido plena garantía de defensa, tanto por el respeto debido a la responsabilidad paterna, cuanto por el interés moral de los hijos, pues la natural dependencia de ellos con respecto a los padres, condiciona, en principio, esencialmente, su recta formación. El patronato del Estado sobre los menores (ley 10.903, art. 3º, penúltimo apartado), es siempre supletorio, para afianzar y no para suplantar los vínculos de la naturaleza.

Que si bien el recurso extraordinario sólo considera la violación del derecho de defensa en orden a la pérdida de la patria potestad dispuesta en la sentencia recurrida, y es ajeno a lo que en la misma se decide respecto a la tutela dejada sin efecto en la resolución de primera instancia de fs. 38 vta. que revoca la Cámara, como lo resuelto sobre la tutela está subordinado en la sentencia de fs. 70, a lo que en la misma se decide sobre la patria potestad, la causa debe volver al Tribunal de origen para que se dicte nueva sentencia en vista de esta revocatoria.

Por tanto y los fundamentos del dictamen del Sr. Procurador General se revoca la resolución apelada de fs. 70 en lo que ha sido materia del recurso, que es lo decidido sobre la patria potestad. Y vuelvan los autos al Tribunal de su procedencia para que dicte nueva sentencia sobre el objeto de la apelación, habida cuenta de esta revocatoria.

Por tanto y los fundamentos del dictamen del Sr. Procurador General se revoca la resolución apelada de fs. 70 en lo que ha sido materia del recurso, que es lo decidido sobre la patria potestad. Y vuelvan los autos al Tribunal de su procedencia para que dicte nueva sentencia sobre el objeto de la apelación, habida cuenta de esta revocatoria.— LUIS R. LONGHI — RODOLFO G. VALENZUELA — TOMAS D. CASARES — FELIPE SANTIAGO PÉREZ — ATILIO PESSAGNO.

TENENCIA

Divorcio – Bien de familia – Menores

Gadea de García, María Elena Matilde c/ García, Jorge Alfredo - 28/07/1955 - Fallos: 232:387

Antecedentes:

En el caso se decretó el divorcio por culpa del marido, se otorgó la tenencia definitiva del hijo menor a la madre y se dispuso la separación de bienes de la sociedad conyugal. El marido pretendía la venta del inmueble a lo que la actora se opuso con fundamento en que se trata de una “unidad económica familiar”. Primera instancia desestimó las pretensiones de la actora. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia y la Corte la modificó.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Bien de familia – Menores – Tenencia.

***Estándar aplicado por la Corte:***

- El bien de familia ha de ser del goce de todos sus miembros en razón de que el principio constitucional que se refiere al mismo tiene por finalidad proteger a la familia y quienes necesitan mayor amparo legal son los niños, por cuanto no pueden bastarse a sí mismos y es al cónyuge a quien se le ha confiado la tenencia quien tiene el derecho a usar del único bien de familia pues lo contrario sería repugnante al designio constitucional.

Texto del fallo:***Dictamen de la Procuración General de la Nación*** (15)***Sentencia de la Corte Suprema:***

Buenos Aires, 28 de julio de 1955.

Vistos los autos: “**Gadea de García María Elena Matilde c/ García Jorge Alfredo s/ divorcio – Dis. Soc. Conyugal**”, en los que a fs. 322 se ha concedido el recurso extraordinario.

Considerando:

Que procede el recurso extraordinario deducido en razón de haberse invocado cláusulas constitucionales cuya validez habría sido desconocida, según el recurrente; art.14 de la ley 48.

Que resulta evidente en esta causa que se encuentra comprometido el orden público, desde el punto de vista de los intereses sociales condicionados y garantizados por la Carta Fundamental con respecto a la protección de la familia; referida en el sub examen al único bien de la familia.

Que aun cuando la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la distinción entre las cláusulas constitucionales directamente operativas y aquellas que no lo son por requerir la correspondiente legislación suplementaria (Fallos: 213:185), estando la concerniente al bien de familia en la segunda categoría, esta Corte Suprema tiene resuelto que en la interpretación de las leyes no ha de olvidarse que, siendo éstas consecuencia de la Constitución Nacional, sus conclusiones deberán conformarse a tales enunciados y, si de la letra de sus preceptos ellos no resultare en forma expresa, la jurisprudencia habrá de suplir la deficiencia del texto, fijando la inteligencia de la cláusula, ajustándola en su alcance a la proyección que la Constitución reclama; Fallos: 215:568. La Carta Fundamental no impone necesariamente la caducidad de las leyes anteriores a su reforma mientras no sean incompatibles con aquélla, Fallos: 213:185, y siempre que su interpretación admita coincidencia con los postulados fundamentales.

Que, por definición, el bien de familia ha de ser del goce de todos sus miembros en razón de que el principio constitucional que se refiere al mismo tiene por finalidad proteger a la familia. La dificultad aparece cuando una familia se encuentra separada judicialmente, por cuanto en este supuesto correspondería determinar cuál de las partes constituye la familia defendida por la Constitución.

(15) **N. de S.:** El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Que es evidente que quienes necesitan mayor amparo legal son los niños, por cuanto ellos no pueden bastarse a sí mismos y, en el sub causa, el cónyuge a quien se ha confiado la tenencia del menor se encuentra —a mérito de esta disposición de la justicia— en el derecho de usar también del único bien de la familia, pues lo contrario sería repugnante al designio constitucional.

Que ello no obstante, tal arbitrio tiene que ser complementado con algún otro referente a los legítimos derechos del marido, quien formando también parte de la familia debe ser igualmente partícipe de dicho bien no habiendo disposición legal que lo excluya de ello. Las propias constancias de autos nos aproximan a la solución. En efecto, en el memorial presentado por la actora en esta instancia se hace referencia a conversaciones mantenidas por ambas partes con el fin de llegar a “una solución decorosa” sobre la base de la tesis sostenida por ella, y “con su deseo de llegar cuanto antes a un acuerdo, aun transaccional”, confr. fs. 327 vta. Y agrega: “La esposa nunca se manifestó en forma personal en primer término aludió ante todo a la familia, al hijo menor...”. “La actora no formuló su oposición a la venta para seguir gozando exclusiva e indefinidamente del inmueble”.

Que a lo que se deja expuesto cabe agregar que la sentencia disponiendo el divorcio y la separación de bienes ha sido consentida por ambas partes. Ahora se trata sobre la forma en que deba y pueda realizarse esa resolución, en cumplimiento de la sentencia y teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales, art. 37, II, 2, 3 y 4, Constitución Nacional.

Que con arreglo a lo expuesto en este pronunciamiento sobre la base de lo que establece el art. 37, II, 2, 3 y 4 de la Constitución Nacional y teniendo en cuenta lo previsto en el art. 2715 del Código Civil para una situación que guarda alguna analogía con la presente, en cuanto aquí se persigue la división de un bien evidentemente nociva para los intereses del hijo menor de los cónyuges y de la esposa inocente que lo habitan, corresponde mantener en esas condiciones la indivisión hasta que el niño llegue a la mayor edad, debiendo fijarse por los tribunales de la causa la suma que en concepto de su parte en el valor locativo de la casa corresponda percibir mientras tanto al marido, todo ello sujeto a la liquidación final que oportunamente haya de practicarse.

Por tanto, y habiendo dictaminado el Sr. Procurador General, se modifica la sentencia de fs. 311 en el sentido expuesto en el precedente considerando.— RODOLFO G. VALENZUELA — FELIPE SANTIAGO PÉREZ — ATILIO PESSAGNO — LUIS R. LONGHI.

Guarda de menores - Competencia originaria - Domicilio

Márquez Osorio, Rafael s/ amparo - 19/04/1983 - Fallos: 305:494

Antecedentes:

El actor, agregado comercial de la Embajada de España, inició un proceso sumarísimo para lograr la restitución de la guarda de su hijo menor —acordada por medio de un convenio— quien fuera trasladado clandestinamente por su madre fuera del territorio nacional.

La Corte declaró su competencia originaria en atención al carácter diplomático del actor y ordenó la restitución del menor a su padre.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Sentencias - Menores.**
- b) **Domicilio conyugal - Jurisdicción - Guarda de menores.**
- c) **Tratado Civil Internacional de Montevideo de 1940 - Patria potestad - Residencia.**
- d) **Convenio entre cónyuges - Guarda.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales, habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, como asimismo que tratándose de medidas cautelares pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte (art. 198 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

- La referencia al domicilio conyugal que contiene el art. 104 de la ley 2393 debe entenderse en el sentido del último de la efectiva convivencia de los esposos a fin de sentar las pautas de la jurisdicción internacional para todas las controversias que afecten a las relaciones personales de los cónyuges, por lo que no existe mérito para prescindir de la aplicación de ese criterio en supuestos de separación de hecho donde se discute la guarda de los hijos menores.

- El art. 18 del Tratado Civil Internacional de Montevideo de 1940 somete las cuestiones vinculadas a la patria potestad en lo referente a derechos y obligaciones personales, a la ley del domicilio y más específicamente el art. 30 al referirse a las “medidas urgentes” concernientes a las relaciones personales entre cónyuges como las derivadas de aquel instituto, las rige por la ley del lugar donde residen, y el art. 61 resuelve lo atinente a la jurisdicción.

- No existe impedimento alguno para desconocer validez a un acuerdo de voluntades como el que según las declaraciones testimoniales han celebrado los cónyuges y que al conferir la tenencia al padre no aparece como contrario al orden público en la materia ni encuentra impedimento en lo prescripto por el art. 76 de la ley 2393 al que no cabe asignar un valor absoluto.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación: (16)

Sentencia de la Corte Suprema:

Buenos Aires, 19 de abril de 1983.

Vistos los autos: “**Márquez Osorio, Rafael s/ amparo**”, de los que,

Resulta:

Que a fs. 22/27 se presenta el señor Rafael Márquez Osorio, agregado comercial de la Embajada de España, iniciando proceso sumarísimo para lograr la restitución de la guarda de su hijo menor José Márquez González de Gregorio, trasladado clandestinamente fuera del territorio nacional.

Tras señalar la competencia originaria del Tribunal para entender en el caso, hace una reseña de los hechos que dan lugar a su petición. Dice que radicado en nuestro país desde el año 1979 con su esposa e hijo, el día 9 de enero de 1982 ésta hizo abandono del hogar familiar en el que el peticionario quedó residiendo con el menor, por entonces de 3 años de edad. Poco después, el 5 de febrero, ambos cónyuges suscribieron el convenio que adjunta como anexo 9, en el que dejaron acordado que la guarda y custodia del niño continuaría a cargo del padre estableciéndose un régimen de visitas y de vacaciones. Prevalecía por entonces una relación amigable y el convenio aludido se fue cumpliendo sin inconvenientes.

El 3 de enero de 1983, madre e hijo se trasladaron a Mar del Plata en un primer período de vacaciones. Regresaron el 2 de febrero y tras permanecer aquél con su padre por los días 3 y 4, el 5 emprendieron un nuevo viaje a la Provincia de Córdoba que debía extenderse hasta el 15 de ese mes, inclusive.

El día 8 de febrero —continúa el actor— recibió una llamada telefónica proveniente de la Ciudad de San Lúcar de Barrameda donde se encuentra la residencia de su suegra, doña Luisa Isabel Alvarez de Toledo y Maura, Duquesa de Medina Sidonia, oportunidad en que su esposa le hizo saber que se encontraba en España con su hijo y que no abrigaba intención de restituirse. Esas circunstancias fueron confirmadas por un amigo del matrimonio, el señor Carlos Gereda de Borbón, quien los encontró en la Ciudad de Madrid.

A los fines de acreditar lo expuesto y que el último domicilio de los cónyuges estuvo establecido en la Ciudad de Buenos Aires ofrece información sumaria y solicita que de acogerse su petición se libre exhorto diplomático a los fines de determinar el paradero de su esposa e hijo y de verificarlo se haga entrega al menor a sus abuelos paternos hasta que pueda viajar a España.

Funda la competencia de esta Corte en la jurisprudencia que cita y arts. 104 de la ley 2393 y 90, inc. 9º, del Código Civil y su derecho en el acuerdo celebrado y los arts. 264, 275, 276 y concs. de ese cuerpo legal, señalando que las medidas urgentes que conciernen a las relaciones entre cónyuges, como las derivadas del ejercicio de la patria potestad, se rigen por la ley del lugar del último domicilio. Además, invoca los arts. 235 y 321, inc. 2º, del Código Procesal. A fs. 51 vta. se dio intervención al Sr. Defensor Oficial de Incapaces.

(16) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

A fs. 52/53, el actor pone en conocimiento del Tribunal hechos sobrevinientes, entre ellos, que la señora de Márquez Osorio ha regresado a nuestro país sin su hijo habiéndole reiterado su deseo de conservarlo consigo. Pide, asimismo, pronunciamiento sobre su demanda.

Considerando:

1º) Que en atención al carácter diplomático que ostenta el actor corresponde ejercer la competencia originaria de la Corte suprema en los términos y por los fundamentos que se expresarán en los considerandos subsiguientes.

2º) Que para la solución del diferendo suscitado debe tenerse presente que las resoluciones judiciales vinculadas a la guarda de hijos pueden dictarse sin estricto sometimiento a todas las reglas procesales habida cuenta que no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior si la necesidad de proveer al interés de los menores lo aconseja, como asimismo que tratándose de medidas cautelares pueden decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte (art. 198 del Código Procesal).

3º) Que a los fines de determinar la jurisdicción internacional de esta Corte para entender en el presente caso, es necesario recordar la doctrina establecida en Fallos: 246:87 y reiterada en la sentencia registrada en el tomo 291, pág. 540 (consid. 8º) donde se sostuvo que la referencia al domicilio conyugal que contiene el art. 104 de la ley 2393 debe entenderse en el sentido del último de la efectiva convivencia de los esposos. Habida cuenta que el propósito de esa norma legal es sentar las pautas de la jurisdicción internacional para todas las controversias que afecten a las relaciones personales de los cónyuges, no existe mérito para prescindir de la aplicación de ese criterio en supuestos de separación de hecho como el aquí denunciado, donde se discute la guarda de los hijos menores, consecuencia de aquella situación.

4º) Que relacionando estos principios con los antecedentes de la causa e incluso con la doctrina de Fallos: 302:557 e implicancias de los arts. 6º del Código Civil, 6º inc. 3º, y 235 del Código Procesal, hay que concluir que la acción ha sido correctamente radicada toda vez que el último domicilio conyugal ha sido el de la calle Callao 1211, piso 6º, según lo informan las declaraciones testimoniales de los Sres. Carlos Gereda de Borbón y Aymar Javier Alfonso Rumeu obrantes a fs. 46/47 (respuesta a la pregunta 2ª del cuestionario). Por lo demás, de esos mismos testimonios (ver contestación a la pregunta 7ª) y las constancias del acta notarial de fs. 5/6, surge que la esposa del Sr. Márquez Osorio continúa residiendo en esta ciudad donde también éste tiene fijado su domicilio.

5º) Que reconocida la aptitud jurisdiccional argentina, queda decidir sobre la regulación legal del caso, debiendo advertirse, ante todo, que la ley positiva interna carece de previsión expresa internacional en lo que se refiere a medidas de la naturaleza de la aquí pretendida.

En tales condiciones, es necesario integrar el orden normativo mediante la aplicación analógica de principios semejantes a los contenidos en el Tratado Civil Internacional de Montevideo de 1940 a los que, aun descartando como acontece en el sub lite su aplicación directa, aludiera alguna vez esta Corte como valiosa pauta de referencia (Fallos: 273:363).

6º) Que admitido ese criterio, es de señalar que el art. 18 del mencionado Tratado, somete las cuestiones vinculadas a la patria potestad en lo referente a derechos y obligaciones personales, a la ley del domicilio y que más específicamente, su art. 30 al referirse a las “medidas urgentes” —y la aquí requerida participa de ese carácter— concernientes a las relaciones personales entre cónyuges como las derivadas de aquel instituto, las rige por la ley del lugar donde

residen. A su vez, y corroborando tal criterio, el art. 61 resuelve concordantemente el punto en lo atinente a la jurisdicción.

7º) Que está suficientemente acreditado con la prueba rendida que la última residencia conyugal ha sido, al tiempo de producirse los hechos que motivan el pleito la Ciudad de Buenos Aires. A ello debe agregarse —como ya se dijera— que es también esta ciudad donde viven actualmente. Aunque separados el Sr. Márquez Osorio y su esposa. Todo ello conduce a dirimir el conflicto en torno a la ley aplicable a favor del derecho argentino en cuya prioridad debe gravitar la notoria conveniencia de que se atienda al ordenamiento legal vigente en el lugar donde la guarda ese efectiviza.

8º) Que en ese ámbito, no existe impedimento alguno para desconocer validez —en principio y a los efectos de que se trata— a un acuerdo de voluntades como el que según las declaraciones testimoniales han celebrado los cónyuges y que al conferir la tenencia al padre no aparece, objetivamente considerado, como contrario al orden público en la materia ni encuentra impedimento en lo prescripto por el art. 76 de la ley 2393 al que, según las circunstancias del caso, no cabe asignar un rigor absoluto. En efecto, los testigos coinciden en afirmar que se celebró un convenio regulador que involucraba el régimen de tenencia, que ésta le fue conferida al padre, que la esposa hizo abandono del hogar y que tras un período en el que el acuerdo se cumplió normalmente ejerciendo aquélla su derecho de visita y de pasar las vacaciones con su hijo, lo trasladó sin conocimiento del padre a España como tuviera ocasión de comprobarlo personalmente el Ing. Gereda de Borbón (respuesta 8ª). Por otra parte y aun sin considerar la validez frente a nuestro derecho del predicho acuerdo celebrado ante la autoridad consular española, de su copia, glosada a fs. 17/20, se desprende plena conciencia con lo declarado.

Por lo expuesto y fundamentos legales citados, corresponde ordenar la restitución del menor José Márquez González de Gregorio a su padre, Rafael Márquez Osorio, a cuyo fin se librará exhorto diplomático para que por intermedio de las autoridades judiciales españolas y una vez determinado el paradero del mismo, se otorgue su guarda en la forma que se solicita a fs. 26 vta., punto 3º.— ADOLFO R. GABRIELLI — ELIAS P. GUASTAVINO — CARLOS A. RENOM.

Guarda – Adopción – Retención y ocultamiento de menores

Siciliano, Romina Paola – 05/09/1989 – Fallos: 312:1580

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al pedido de cambio de guarda provisoria de la menor Romina Paola Siciliano solicitado por la Sra. Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio. Susana Siciliano —madre adoptiva de la niña, procesada en dicha causa como autora del delito de retención y ocultamiento de un menor— interpuso recurso extraordinario.

La Corte declaró la nulidad de las actuaciones.

En disidencia, los jueces Fayt y Petracchi sostuvieron que el art. 19 de la ley 10.903(17) no establecía que sólo los padres o tutores de los menores dispuestos tienen aptitud para interponer recursos y que la abuela de la menor, cuyos padres se encontrarían desaparecidos, tenía legitimación para actuar en el incidente de guarda. Además desestimaron la nulidad del trámite pues la intervención del Ministerio de Menores en la instancia ante la Corte saneó el procedimiento.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Tenencia – Sentencia definitiva.**
- b) **Incidente tutelar – Representación.**
- c) **Incidente tutelar – Interés del menor.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Corresponde hacer excepción al principio que establece que las decisiones referentes a la tenencia provisoria de menores no configuran sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario toda vez que por las especialísimas circunstancias de la causa podría configurarse un gravamen a la salud y a los intereses de la incapaz, de imposible o insuficiente reparación ulterior.

- Para coadyuvar el cumplimiento de la finalidad tuitiva el reglamento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dispone el secreto del expediente de disposición tutelar y sólo pueden ser parte los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores, únicos legitimados para interponer recursos y como consecuencia de esto no puede seguirse menoscabo alguno a los derechos que pudieren asistir a las demás partes pues el objetivo es resguardar la salud física y moral del menor que eventualmente puede ser víctima de un delito y no la discusión sobre cuestiones referentes a su filiación y otras de naturaleza civil que deberán resolverse en la sede judicial correspondiente.

- Al resolver incidentes de disposición tutelar deberá tenerse en cuenta que este tipo de cuestiones han de ser juzgadas de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor y sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico.

Texto del fallo:

Buenos Aires, 5 de setiembre de 1989.

Vistos los autos: **“Incidente tutelar de Romina Paola Siciliano”**.

(17) N. de S.: Ley de Patronato de Menores.

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, al revocar lo resuelto por el juez de primera instancia, hizo lugar al pedido de cambio de guarda provisoria de la menor Romina Paola Siciliano, impetrado por la querellante en la causa principal, Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, interpuso recurso extraordinario Susana Siciliano, procesada en dicha causa y madre adoptiva de la niña, el que fue concedido.

2º) Que el a quo estimó que en el auto de prisión preventiva firme dictado contra Susana Siciliano se estableció, con el grado de certeza propio de dicha medida cautelar, que la nombrada sería autora del delito de retención y ocultamiento de un menor de diez años (art. 146 del Código Penal), cometido en perjuicio de la incapaz de cuya guarda se trata.

Por otra parte, sostuvo que los elementos de juicio incorporados a la causa no permitían dudar que la menor era hija de María Gallicchio de Vicario y nieta de Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, a quien asiste por ello derecho a la guarda, habida cuenta de la desaparición de sus padres, y de la carencia de derecho de Susana Siciliano para retenerla, toda vez que el título legal que pretendía ostentar de madre adoptiva lo había logrado mediante engaño. En cuanto a las opiniones de la delegada judicial y del coordinador del área psicológica, así como a las manifestaciones en contrario de la menor, declaró que ellas no podrían prevalecer frente a dicha situación jurídico-legal, que impone reconocer la verdadera identidad de la menor y la convivencia con su familia de sangre.

3º) Que la recurrente aduce que el a quo no atendió a los deseos manifestados por la niña, ni a los dictámenes de la delegada judicial de la Prosecretaría de Patronato de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, del psicólogo de esa misma oficina, ni a lo manifestado por la Asesora de Menores del Departamento Judicial de Morón. Agrega que tampoco tuvo en cuenta la medida de no innovar respecto de la guarda dictada por la juez de dicho Departamento.

4º) Que, además, sostiene que hasta tanto no se decrete la nulidad de la adopción, ella ocupa el lugar de madre de la menor; y destaca que la adopción plena extingue los vínculos con la familia de sangre. Añade que la prisión preventiva que se decretó en su contra no causa instancia, y que, como toda procesada, goza de la presunción de inocencia; que la Cámara efectuó un claro prejuzgamiento, y que la querellante no estaba legitimada para apelar la resolución del juez de primera instancia por la cual se mantenía la guarda de la menor a favor de la recurrente.

Señala que este planteo fue efectuado en su oportunidad ante la Cámara, que no lo contestó, razón por la cual la resolución recurrida es nula.

5º) Que, durante el trámite impuesto a la apelación federal, esta Corte celebró una audiencia de conocimiento de la menor con el objeto de indagar su situación personal y familiar (conf. fs. 498), escuchó a las personas que litigan por su guarda, incorporó informes psicopsicológicos producidos por los delegados inspectores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (fs. 500/526) y dio vista al Defensor Oficial, quien la contestó a fs. 531/539.

En este último escrito, el representante del Ministerio Público de Menores asumió la intervención que por ley le corresponde (arts. 59 y 493 del Código Civil y 4º, ley 10.903), señalando la omisión en que se incurrió sobre el particular en las instancias anteriores y que sería una

de las causales de nulidad que invalidarían el trámite impuesto al incidente, cuya declaración expresamente solicitó. Además, señaló que si por disposición del art. 19 de la ley 10.903 sólo son parte en los incidentes tutelares los padres o tutores del menor dispuesto y el Ministerio Pupilar, de adverso carecen de legitimación el querellante en la causa principal y el fiscal, sin que pueda argumentarse respecto de este último “que su intervención es necesaria, a fin de garantizar la recta aplicación de la ley, desde que esta finalidad se encuentra suficientemente resguardada con la intervención del representante tutelar”.

Como consecuencia de la nulidad pretendida —que, a juicio del señor Defensor Oficial, debería alcanzar a la primera disposición de la menor adoptada a fs. 991 de los autos principales y fs. 6 de este incidente, mas no a los informes emanados de la Prosecretaría de Patronato de la Cámara a quo— el representante pupilar entendió que correspondería, de recibirse favorablemente su solicitud, que el juez de primera instancia decidiese “respecto de la tenencia de la menor citada, ajustándose a pautas de convivencia futura, con uno u otro grupo familiar, lo que necesariamente supone determinar asimismo, un régimen de visitas equitativamente aplicado que consulte los intereses de la niña”.

Postuló el Ministerio Pupilar que, hasta tanto se discierna la guarda por el juez, la menor sea restituida a la madre adoptiva, estableciéndose al mismo tiempo “un amplio régimen de visitas a favor de la Sra. de Gallicchio, pues mi pupila debe conservar y afianzar los vínculos afectivos existentes con respecto a ambas familias (arg. art. 376 bis del Código Civil)”.

Señaló asimismo el representante de dicho Ministerio que en el “sub examine” se dispuso el cambio de guarda, de la madre adoptiva a la abuela aparente, sin que existiesen constancias que determinaran que la menor se encontraba en “grave peligro para su salud física o moral que hiciera necesario el dictado de esa disposición tutelar”.

Indicó además que, sin que se hubiesen configurado los supuestos de “abandono material o moral o peligro moral” especificados por el art. 21 de la ley 10.903, se dictó esa medida tutelar que resulta arbitraria tanto por ello, como porque tampoco tuvo en cuenta los informes de los delegados judiciales, en el sentido de que resultaba conveniente a los intereses de la menor no alterar la guarda provisoria, y hasta sus propias manifestaciones.

6º) Que en el *sub examine* cabe hacer excepción al principio que establece que las decisiones referentes a la tenencia provisoria de menores no configuran sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario, habida cuenta de que en las especiales circunstancias de esta causa podría configurarse un gravamen a la salud y a los intereses de la incapaz, de imposible o insuficiente reparación ulterior (causa E. 302.XXI., “Echeverría de Villalba Díaz, María del Carmen c/ Villalba Díaz, Jorge Luis s/ divorcio art. 67 bis”, resuelta el 13 de mayo de 1988, y su cita).

7º) Que la lectura de las actuaciones con el objeto de examinar los agravios expresados en el recurso extraordinario que trajo aquéllas a conocimiento de esta Corte, pone al descubierto una actividad procesal formalmente defectuosa de tal entidad que, más allá de los vicios que pudieren descalificar a la resolución apelada con arreglo a la doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad de sentencias, afecta la validez misma de su pronunciamiento, circunstancia que debe ser atendida y declarada con antelación al tratamiento de las cuestiones planteadas por el recurrente. Ello tanto más cuanto que algunas de las anomalías han sido puestas de manifiesto por el defensor oficial, quien ha solicitado su condigna sanción.

En efecto, si bien es doctrina de esta Corte que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario (Fallos: 297:133; 298:354; 302:346, 656; 306:2088, entre muchos otros), constituye un requisito previo emanando de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público (confr. doctrina de la causa: R.227.XXII., “Rodríguez Soca, Eduardo Manuel (U. 2) s/ acción de hábeas corpus”, resuelta el 25 de abril de 1989, considerando 9º, y sus citas), toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional, no podría ser confirmada por las sentencias ulteriores (Fallos: 183:173; 189:34); y aun cuando se entendiese que alguno de los vicios acarrearían una nulidad sólo relativa, al expreso pedido del Ministerio Pupilar hace insoslayable su declaración.

8º) Que la ley 10.903 de “Patronato de Menores” dispone que los jueces del crimen “ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, ...como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral... Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores bajo vigilancia del tribunal” (art. 14).

La misma ley establece que solamente los padres o tutores de los menores dispuestos tienen aptitud para interponer recursos (art. 19).

Por su parte, las normas reglamentarias para la aplicación de las leyes 10.903 y 22.278 en los Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, aprobadas por acordada N° 28, del 29 de agosto de 1980, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, determinan que, después de recibir las actuaciones, el juez “deberá disponer del menor... víctima del hecho que la ley reputa delito (art. 1º, párrafo segundo, ley 22.278), quedando el mismo bajo su vigilancia exclusiva y necesaria (art. 3º, ley 22.278). Cuando se dispusiera en esta forma preventiva, se desglosarán del proceso los informes a los cuales se refiere el art. 4º de las presentes normas, antecedentes de aquél y de sus padres, guardadores o grupo conviviente, partida o constancia de nacimiento o inscripción del mismo, dejando las notas necesarias en el principal, y con ello se formará el expediente de disposición tutelar que será ‘secreto’ y, salvo con respecto a la aplicación de las leyes 10.903 y 22.278, no podrá ser invocado en otro juicio...” (art. 5º).

A su vez, el art. 59 del Código Civil, establece que “a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación” (concs. arts. 494 y ss. del Código Civil). Y el art. 4º de la ley 10.903, prescribe que “el patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del ministerio público de menores...”

El Tribunal ha tenido ocasión de expedirse en salvaguarda de tales principios (Fallos: 305:1945) y especialmente en materia penal, a los efectos de la aplicación de la ley 10.903, ha reconocido la intervención de dicho ministerio en el precedente registrado en Fallos: 279:170), afirmando que la función de representación tutelar la cumplen en los tribunales federales —sean de la Capital o interior— los defensores de pobres —“que también lo son de incapaces” y ausentes— que ante ellos se desempeñan.

9º) Que del juego armónico de las normas transcritas en el considerando anterior y habida cuenta de que propenden a la protección integral de los menores, lo que permite afirmar su finalidad eminentemente tuitiva, resulta que, para coadyuvar al cumplimiento de esa finalidad, el reglamento de la Cámara de la que depende el juez interviniente dispone el carácter secreto del expediente de disposición tutelar y que en dicho expediente sólo pueden ser parte de los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores, quienes son los únicos legitimados para interponer recursos. No puede seguirse como consecuencia de esta interpretación menoscabo alguno a los derechos que pudieren asistir a las demás partes en el proceso principal, pues el objeto del presente incidente es el resguardo de la salud física y moral de la menor que eventualmente pudiere ser víctima de un delito (art. 14, ley 10.903), y no la discusión sobre cuestiones referentes a su filiación u otras de naturaleza civil, las que deberán resolverse, en el caso de ser planteadas, en la sede judicial correspondiente.

Para lo que interesa al caso, debe resaltarse que la menor Romina Paola Siciliano es hija adoptiva de Susana Siciliano en virtud de una sentencia de adopción plena que, de acuerdo con la ley sustituye a la filiación de origen, y extingue el parentesco con los integrantes de su familia de sangre (ley 19.138, art. 14); y tal situación, como se ha señalado, no puede ser modificada en este legajo, sino por la vía civil pertinente.

10) Que, asimismo, el estudio de las actuaciones tutelares permite advertir al Tribunal la existencia de los siguientes vicios:

a) No se ha dado al Ministerio Público Tutelar de Menores la intervención que, en su calidad de parte necesaria, le adjudican las normas transcritas en el considerando 4º.

b) En cambio, se ha permitido la actuación como partes de este incidente tutelar a quienes no cuentan con legitimación legal para serlo, como es el caso de la querellante en los autos principales, su asistencia letrada y profesionales de parte designados por ellos, quienes presentaron los escritos de fs. 15/19, 20, 41/47, 48, 54, 66, 75, 95/96, 98, 101, 102/107 vta., 124, 128, 234/236, 237, 264/268, 348/350, 351/352, 355/358, 365/367, 401/410 vta., 420/422, 433, 472/474.

Cabe hacer notar al respecto, que estas intervenciones no se limitaron a formular manifestaciones u opiniones, sino que incluyeron el pedido de cambio de guarda provisoria (fs. 20), que es el que dio origen a que las actuaciones llegaran hasta esta Corte; así como también la interposición de apelaciones que fueron concedidas (fs. 48, 101, 128); el ofrecimiento de perito de parte, que finalmente dio como resultado la incorporación al expediente de los informes producidos por profesionales designados por la querellante (fs. 66, 85/96, 122, 264/268, 348/350, 355/258, 365/367, 420/422, 433/435, 472/474); la oposición a un régimen de visitas para la madre adoptiva (fs. 234/236), y la actuación como contraparte en las apelaciones (fs. 72, 401/410 vta.).

Además, se ha conferido intervención al fiscal, que no es parte en este tipo de expedientes en los que el orden público está resguardado, conforme a la exigencia de la ley, por el Defensor de Pobres, Incapaces y Ausentes ante los Tribunales Federales (vistas de fs. 72, evacuada a fs. 73; de fs. 342, evacuadas a fs. 399 vta.).

c) Se ha transgredido el carácter secreto de las actuaciones, no solamente al darle intervención a las personas mencionadas en el punto anterior, sino también con la autorización de la profusa extracción de fotocopias del incidente, de acuerdo con lo que consta a fs. 54/55, 69, 89, 94, 98/100, 124/125, 127, 237 y 237 vta., 240 y 240 vta., 251, 307, 347, 397, 412 y 412 vta., 436/437.

En este sentido es necesario resaltar, por su gravedad, lo expresado por el juez de primera instancia en su resolución de fs. 138, ante un planteo de la madre adoptiva respecto del carácter secreto de las actuaciones, en la cual, fundándose en un reglamento extraño al de su fuero, y contraviniendo las expresas y más rigurosas disposiciones de este último, manifestó: “la disposición genérica del art. 179 del Reglamento para la jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, adoptado para este Fuero Federal, admite soluciones intermedias entre el secreto estricto del expediente de disposición y su libre consulta, siempre teniendo en cuenta los intereses del menor dispuesto...”

d) Con arreglo a lo expuesto en el considerando anterior, toda vez que sólo tienen el carácter de parte en este incidente de disposición tutelar los padres o tutores de los menores dispuestos y el representante tutelar del Ministerio Público de Menores, el juez no debió dar trámite al escrito de fs. 20; en consecuencia, no debió resolver como lo hizo a fs. 33, ni conceder el recurso de fs. 48 (fs. 49) en virtud del cual la Cámara emitió, habilitando incorrectamente su competencia devuelta, el fallo que es materia del recurso extraordinario.

11) Que los vicios mencionados revisten gravedad suficiente como para que esta Corte haga uso de las facultades de excepción que empleó en casos similares habida cuenta de que en el *sub lite* ha mediado violación a la garantía constitucional del debido proceso (Fallos: 234:233; 305:1945; 308:1972 y sus citas; causas C.257.XXI. “Cardozo, Miguel Oscar”, resuelta el 9 de enero de 1987; M.361.XXI. “Magui Agüero, Ciriaco” del 1 de diciembre de 1988 R. 227.XXII. “Rodríguez Soca, Eduardo Manuel” del 25 de abril de 1989, entre otros), y anule las siguientes actuaciones: fs. 991 de los autos principales; y fs. 6/8, 15/21, 33, 39, 41/49, 54/55, 59/60, 66, 69, 72/75, tercer párrafo del auto de fs. 89, 94/108, 111/112, párrafos 2º, 3º y 5º del decreto de fs. 122; 124/128, decreto de fs. 130, 2º párrafo; 131, 138/139, 142, 147/226, 228, 230/252, 264/276, 279/283, 285/287, 290/300, 304/344, 347/352, 355/367, 372/378, 382, 388, 392/397, 399/416, 420/429 y 433/476, de este incidente.

Asimismo, deberá el juez de primera instancia adoptar el mismo temperamento respecto de todas aquellas actuaciones complementarias labradas con posterioridad al envío de la causa a la Cámara de apelaciones y que padezcan de los mismos vicios que motivan la nulidad de las piezas arriba indicadas. Por otra parte, de persistir los motivos que dieron lugar a la intervención de la Secretaría de Estado de Desarrollo Humano y Familia (fs. 384 segundo párrafo), conviene hacer presente al magistrado que para cumplir las medidas tutelares que deban realizarse dentro y fuera de la Capital Federal, pondere lo establecido en el art. 11 —primera parte— de la ley 22.278, atento el carácter de regla general que a tales fines posee dicha norma.

12) Que aun cuando varias actuaciones deban anularse y jurídicamente se las tenga como si nunca hubieran existido, no es posible retrotraer completamente la situación jurídica de la menor tomando únicamente en cuenta el estado físico y emocional en que ella se encontraba antes del dictado de la resolución de fs. 991 de los autos principales, sin atender a los hechos ocurridos desde entonces. A ese respecto y al resolver nuevamente sobre el punto, deberá tenerse especialmente en cuenta lo resuelto por el Tribunal en el sentido de que este tipo de cuestiones han de ser juzgadas de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor, y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico (causa: V. 250.XXI., “Vázquez, Osvaldo Fermín c/ Quadraroli de Vázquez, Graciela Mónica”, resuelta el 17 de setiembre de 1987).

13) Que, tampoco podrá ignorarse que, desde que se dispuso provisoriamente de la menor en favor de su madre adoptiva, en virtud de la resolución que debe anularse (fs. 6/8), ha trans-

currido más de un año; y que de ese tiempo, más de la mitad lo ha pasado con Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio y con quienes presumiblemente sean sus parientes de sangre, en virtud de la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, por contener los defectos formales insanables descriptos en los considerandos anteriores, también ha de ser invalidada.

14) Que, las particularísimas características de este tipo de incidentes, donde lo que debe prevalecer, como se ha dicho, son los intereses del menor, hace indispensable que el tribunal llamado a decidir examine los nuevos elementos precedentemente mencionados, de modo tal que las nulidades decretadas por esta Corte no ocasionen, al mismo tiempo un perjuicio a la niña que no sea susceptible de reparación en el futuro o, en otras palabras, que al restablecerse el orden público se ponga en peligro precisamente aquello que está mandado a resguardar.

15) Que, en este sentido y sin perjuicio de la evaluación de todas las circunstancias del caso que se han referido en anteriores considerandos, habrán de merecer consideración aquellas otras —señaladas anteriormente por esta Corte al tratar la situación de menores adolescentes— que suelen producir los cambios en la tenencia provisoria, tales como el replanteo de conflictos de adaptación al medio, con sus secuelas de angustias y desorientación, y la pérdida de valores que pudo haber adquirido el menor en su situación actual (confr. doctrina de la causa: E.302.XXI. “Echeverría de Villalba Díaz, María del Carmen c/ Villalba Díaz, Jorge Luis s/ divorcio art. 67 bis”, resuelta el 13 de mayo de 1988). Al respecto, la consulta a la voluntad y deseo de la niña, dada su edad, serán ponderados siguiendo las pautas fijadas en la causa mencionada, en procura de que sus legítimos afectos —tanto los que demuestra por su familia adoptiva como de sangre— se vean fortalecidos y armonizados. En consecuencia, si bien en un miembro de una de esas familias deberá recaer necesariamente la guarda, la resolución que sobre el punto se dicte habrá de asegurar a la otra parte el derecho de comunicarse libremente con la menor en cualquiera de las formas posibles, derecho que se manifiesta especialmente en la facultad de visita, acerca de la cual deberá fijarse un amplio régimen, atendiendo a las obligaciones escolares de la niña, a la distancia entre los domicilios de los interesados y a sus posibilidades económicas.

Por ello, se resuelve: declarar la nulidad de las actuaciones mencionadas en el considerando 11. Hágase saber y devuélvase para que el juez de primera instancia proceda de acuerdo con lo aquí resuelto.— JOSÉ S. CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (en disidencia) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) — JORGE A. BACQUÉ.

DISIDENCIA DE LOS DOCTORES CARLOS S. FAYT Y ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que contra la resolución de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que, al revocar lo resuelto por el juez de primera instancia, hizo lugar al pedido de cambio de guarda provisoria de la menor de que se trata en estos autos impetrado por la querellante en la causa principal: señora Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio, interpuso recurso extraordinario Susana Siciliano procesada en dicha causa y madre adoptiva de la niña, el que fue concedido.

2º) Que en el *sub examine* cabe hacer excepción al principio según el cual las decisiones referentes a la tenencia provisoria de menores no configuran sentencia definitiva a los efectos

del recurso extraordinario, habida cuenta de que en las especialísimas condiciones en que se desarrolló la causa podría configurarse un gravamen a la salud y a los intereses de la incapaz, de imposible o insuficiente reparación ulterior (doctrina de la causa V.205.XXI., “Vázquez, Osvaldo Fermín c/ Quadraroli de Vázquez, Graciela Mónica”, resuelta el 17 de setiembre de 1987).

3º) Que, primeramente, cabe descartar toda posibilidad de que esta Corte pueda tratar *ex officio* la validez del procedimiento llevado a cabo por cuanto las circunstancias que darían lugar a tal examen evidencian que, en todo caso, las eventuales nulidades en juego serían de carácter relativo.

4º) Que, por otro lado, tampoco cabe acoger favorablemente el planteo de nulidad fundado por el señor Defensor Oficial. En efecto, es indudable que la intervención en este proceso del Ministerio de Menores era necesaria (arts. 4º, de la ley 10.903 y 59 del Código Civil). Empero, no lo es menos que por iniciativa de esta Corte el citado funcionario ha tomado dicha intervención, y que los motivos por él expuestos en sustento de su petición no poseen entidad suficiente para considerar que, en la actualidad, persista algún perjuicio para la menor que pudiese ser reparado mediante la declaración que se pretende.

5º) Que, en tal sentido, se advierte que el art. 19 de la ley 10.903 no establece que solamente los padres o tutores de los menores dispuestos tienen aptitud para interponer recursos. Esto es así, pues una interpretación semejante no es admisible si se atiende al contenido integral de esa ley, único medio de conocer cuál ha sido el supuesto que, preponderantemente, tomó en consideración el legislador para analizar una problemática que, como regularmente acontece, excede el aludido modelo. En efecto, resulta por demás claro que la mención de los padres o tutores en el art. 19 se vincula con una de las situaciones a las que atiende ese cuerpo legal, esto es: cuando el menor, por el estado de abandono material o moral o peligro moral en que se encuentre, es separado de sus padres o tutores y entregado “a una persona honesta, pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia, privado o público, o a un reformatorio...” (art. 14). La atención al contexto legal es prueba acabada de que, el referido supuesto, ha sido el tenido principalmente en cuenta. Obsérvese, en este sentido, el art. 14, al señalar que, además de que los jueces puedan entregar al menor a los sujetos antes mencionados, agrega que “podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores bajo la vigilancia del tribunal”; y el art. 21, en cuanto puntualiza que se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, “la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales...” o cuando, en determinadas condiciones, “ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores”. Todavía más, el art. 18 prevé expresamente sanciones para los padres, tutores o guardadores “culpables de malos tratos o de negligencia grave o continuada respecto a los menores a su cargo...”

6º) Que, de tal suerte, resulta claro que el art. 19 se vincula con la hipótesis regular a juicio del legislador (*Id quod plerumque accidit*). Pero, de ahí a sostener que fuera de los padres o tutores, ningún otro sujeto posee legitimación para intervenir en el incidente en cuestión, hay una distancia que no puede recorrerse sin graves consecuencias.

En efecto, cómo puede sostenerse sino a punta de mera interpretación literal y reduccionista que en un supuesto como el de autos, la abuela de una menor cuyos padres se encontrarían desaparecidos, carece de toda legitimación para actuar en el incidente sobre la guarda provisoria de aquélla, su nieta, cuando dicho incidente deriva del ejercicio del Patronato de Menores del juez que interviene en una causa en la que se imputa a la adoptante de la niña la comisión del delito de retención y ocultamiento de esa menor. ¿Cuál sería la *ratio* de seme-

jante exégesis?; ¿cuál la finalidad a la que tributa? Por el contrario, una hermenéutica discreta que, sin abjurar de la regla del art. 19 cit., tampoco excluya, en casos que así lo justifiquen, la actividad procesal de otros sujetos, coadyuva al logro del interés prevalente de la menor toda vez que, como en este caso, posibilita escuchar y conocer a uno de los indudables protagonistas de la delicada situación en la que aquélla se encuentra inmersa. Si la verdad jurídica objetiva es el norte del proceso, cómo puede éste alcanzarse si se mutila la realidad al clausurarse precisamente la aptitud procesal de uno de los sujetos principales de la cuestión a resolver. En tal trance, la respuesta negativa traduciría bien indiferencia por parte del órgano judicial, bien su omnipotencia.

Por ende, si a la luz de la ley 10.903 la actividad procesal de la abuela de la menor es válida, mal podría desprenderse una conclusión contraria con base en una acordada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (Nº 28).

7º) Que, por el contrario, es cierto que la causa no se ha desarrollado con el carácter secreto que imponía dicha acordada; es ello un acto grave por el que esta Corte debe llamar enérgicamente la atención al magistrado interviniente. Empero, ni se advierte que de tal circunstancia derive la nulidad de lo actuado, ni que esta última pudiese ser conducente para reparar el eventual perjuicio que la menor haya podido sufrir al respecto.

8º) Que en cuanto a la intervención tenida por el Ministerio Fiscal, es de observar que ello tampoco ha irrogado perjuicio alguno. Por otro lado, si se admite que la labor de la Asesoría de Menores debe conjugar los derechos e intereses del menor con la observancia de las leyes y el orden público, se podría afirmar, cuanto más, que la actividad del fiscal pudo haber sido sobreadundante; con todo, tal aserto carece de relevancia para fundar la invalidez *sub examine*.

9º) Que, en definitiva, la única causa que exhibe importancia en el aspecto últimamente indicado, es la relativa a la no intervención del Ministerio de Menores. Mas, dado que, como se lo ha anticipado, la actuación de éste en la presente instancia sanea el procedimiento, habida cuenta de que lo ocurrido en su ausencia carece de entidad para descalificar el trámite, corresponde desestimar la nulidad invocada.

10) Que, aclarado el punto, cabe advertir en lo atinente a las impugnaciones de la apelante, que las decisiones de la Corte, además de exigir en estos casos una cuidadosa y prudente valoración de todas y cada una de las particularidades que los configuran, deben atender —como reiterada jurisprudencia lo ha destacado— a las circunstancias existentes al momento en que son dictadas (Fallos: 304: 984; 306:1160; 307:2483 entre muchos otros).

11) Que, en consecuencia, ha de puntualizarse que desde la oportunidad en que fue dispuesta la tenencia provisoria de la menor en favor de su madre adoptiva, ha transcurrido más de un año, y que, de ese lapso, seis meses los ha pasado con Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio y con otros presumibles parientes de sangre. Además, se han producido informes de la Oficina de Patronato de la Cámara a quo.

Por otro lado, esta Corte celebró dos audiencias en las que ha tomado conocimiento directo de la menor y de las personas que disputan su tenencia, a las que ha escuchado detenidamente; a su vez, ha recibido las manifestaciones del Defensor Oficial, el cual, como se lo ha señalado, también realizó la presentación de fs. 531/539.

12) Que el inexcusable deber del Tribunal —antes recordado— de no soslayar las circunstancias existentes al momento en el que se pronuncia, así como una cautelosa valoración de

los elementos de juicio precedentemente indicados, deciden a esta Corte a juzgar inconveniente, en la actualidad, modificar el cambio de guarda dispuesto por el a quo.

En efecto, la consideración de las mencionadas exposiciones personales, de los informes de la Oficina de Patronato citados y de lo señalado, por el defensor oficial, ponen de manifiesto que para la atención del interés prevalente de la menor sea prudente que, en la situación actual, la guarda permanezca en cabeza de Mónaco de Gallicchio.

13) Que, empero, el mismo deber y requerimiento precedentemente mencionados, indican que esa nuda resolución no traduciría sino una solución meramente formal. En efecto, la causa en estudio, sobre todo después del contacto personal y directo que esta Corte tomó con sus protagonistas, demuestra que entre la guarda de la menor así resuelta y un régimen de visitas en favor de la señorita Siciliano, media una relación en tal grado inescindible que su ruptura conllevaría a fraccionar la realidad que se enfrenta. En efecto, uno y otro aspecto se entrelazan vitalmente en la persona de la menor, de tal suerte que decidir sobre uno de aquéllos con prescindencia de hacerlo sobre el otro importaría tanto como ignorar un elemento constitutivo de la realidad objetiva a la cual, a modo de un todo, deben atender los jueces en su función de administrar justicia, máxime en cuestiones tan delicadas como la “sub iudice”. Existen causas, y ésta es una de ellas, en las que no puede prescindirse de la consecuencias que naturalmente derivarían de un fallo, porque su consideración es uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad (doctrina de Fallos: 234:482; 302:1284; sentencia del 27 de junio de 1985, “in re” “Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abandono de personas y encubrimiento”).

Consecuentemente, la unidad que configuran uno y otro aspecto, determina que, junto con el citado mantenimiento de la guarda provisoria deba ser arbitrado un régimen de visitas que posibilite la comunicación de la menor con su madre adoptiva. Ambas conclusiones, como no podría ser de otra manera, participan del carácter modificable —aun por los jueces de la causa— de todo pronunciamiento relativo a las dos materias sobre las que recae.

14) Que, por último, esta Corte exhorta a todos los intervinientes en la causa a obrar en ella con la mayor prudencia y armonía. No ignora el Tribunal que casos como éste conmueven profundamente los valores superiores de la persona; empero, momentos de esa hondura también reclaman por una constante reflexión y comprensión de y entre todos los interesados en el caso. Es precisamente de la conjugación de esas condiciones de las que cabe esperar los mejores resultados, o sea: las soluciones más logradas e imperecederas.

Por ello, el tribunal resuelve: a) mantener la guarda provisoria de la menor en la persona de Darwinia Rosa Mónaco de Gallicchio.; b) autorizar a Susana Siciliano: 1. a que visite a la menor todos los días sábados y domingos desde las 8 horas del primero hasta las 21 horas del segundo; asimismo, en forma alternada, un fin de semana la menor deberá ser retirada del domicilio de la guardadora y reintegrada a éste por la señorita Siciliano, en tanto que en el otro fin de semana deberá encargarse la guardadora de los traslados de la menor a y desde el domicilio de la señorita Siciliano; y 2. a que permanezca con la menor la mitad del lapso de vacaciones escolares. Todo lo expuesto con el alcance que surge del considerando 13). — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

FALLOS POSTERIORES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**ADOPCIÓN****Adopción – Convención sobre los Derechos del Niño – Derecho a la identidad**

I., E. H. s/ adopción - 30/06/1999 – Fallos: 322:1349

 Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó la sentencia de primera instancia y admitió con el carácter de simple la adopción del menor solicitada por el cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre. El adoptante interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo originó la queja.

La Corte hizo lugar parcialmente a la queja, declaró admisible el recurso extraordinario, rechazó el pedido de inconstitucionalidad del art. 313, segundo párrafo, del Código Civil y confirmó la sentencia.

El juez Vázquez en su voto destacó que el marco ético y de valores al que debe atenerse el juzgador es el definido por la Convención sobre los Derechos del Niño, y que el a quo había armonizado los intereses familiares en juego teniendo como eje principal al niño y la mayor satisfacción de sus derechos.

En disidencia parcial el juez Petracchi sostuvo que los principios que rigen el instituto de la adopción resultan ajenos al recurso extraordinario por remitir al examen de cuestiones de derecho común.

 Algunas cuestiones planteadas:

- a) Adopción – Filiación – Convención sobre los Derechos del Niño.**
- b) Convención sobre los Derechos del Niño – Derecho a la identidad.**
- c) Adopción – Derecho a la igualdad – Interés superior del niño.**

 Estándar aplicado por la Corte:

- La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiendo el parentesco con los integrantes de ésta (art. 323 del Código Civil), de modo que de accederse a la adopción pretendida se violaría la finalidad perseguida por dicha norma que es proteger el vínculo existente entre el adoptado y su progenitor de sangre, lo cual se compadece con el derecho del menor a

preservar su verdadera identidad que le ha sido reconocido en el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- La exigencia constitucional consagrada en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño ha quedado plasmada en el art. 313 segundo párrafo del Código Civil pues el interés superior del niño determina que se preserve su identidad de filiación y sus lazos de origen.

- El art. 313 segundo párrafo del Código Civil no puede considerarse lesivo del derecho a la igualdad pues el nuevo régimen de adopción consagrado por la ley 24.779 (18) no contiene una clasificación arbitraria o subjetiva de los menores que pueden ser adoptados plenamente, sino que responde a circunstancias especiales de cada caso que tornan aconsejable su procedencia, dando preeminencia al interés superior de los menores comprendidos en ella.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación: (19)

Sentencia de la Corte Suprema:

Buenos Aires, 30 de junio de 1999.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al modificar la de primera instancia, admitió con el carácter de simple la adopción del menor solicitada por el cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre, el adoptante interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo origina la presente queja.

2º) Que el auto denegatorio se fundó en que el recurrente no había introducido oportuna y debidamente la cuestión federal, consistente en la inconstitucionalidad del art. 313, segundo párrafo *in fine*, del Código Civil, así como en que la doctrina de la arbitrariedad era de carácter excepcional y no tendía a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les eran privativas ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputaran tales, sino a cubrir los defectos graves de fundamentación o de razonamiento que tornasen ilusorio el derecho de defensa y condujesen a la frustración del derecho federal.

3º) Que si bien es cierto que la resolución que deniega el recurso extraordinario por falta de oportuno planteamiento de la cuestión constitucional no es, en principio, revisable por la Corte, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, como en el caso, el auto respectivo no comporta una desestimación válida de la apelación, pues resulta un exceso de rigor formal exi-

(18) **N. de S.:** Nuevo Régimen de Adopción. Derogatoria de la ley 19.134 y del art. 4050 del Código Civil.

(19) **N. de S.:** El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

gir que se invoque la inconstitucionalidad de una ley que al tiempo de responder a los agravios de los ministerios públicos de Cámara —aunque se había publicado— aún no había alcanzado vigencia (art. 2º, *in fine*, del Código Civil), tal como lo pone de manifiesto el señor defensor oficial, a cuyo dictamen cabe remitirse en este aspecto.

4º) Que el apelante impugna la constitucionalidad del art. 313, segundo párrafo *in fine*, del Código Civil, incorporado por la ley 24.779, por cuanto sostiene que resulta violatorio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que asigna jerarquía de ese carácter a la Convención sobre los Derechos del Niño —particularmente a lo dispuesto en sus arts. 2º, párrafos 1 y 2, 3 y 12—, contraviene el interés superior del menor que establece la citada convención y vulnera además la garantía de igualdad ante la ley y el principio de legalidad consagrados por los arts. 16 y 28 de la Ley Fundamental, respectivamente. Asimismo, pretende que se declare arbitraria la sentencia por no constituir aplicación razonable del derecho e incurrir en injustificado rigor formal.

5º) Que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad (Fallos: 300:1088; 302:1149; 303:1709 y 315:923), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (Fallos: 315:923).

6º) Que, frente al planteo del recurrente, interesa señalar que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiendo el parentesco con los integrantes de ésta (art. 323 del Código Civil), de modo que de accederse a la adopción pretendida se violaría la finalidad perseguida por dicha norma que es, precisamente, proteger el vínculo existente entre el adoptado y su progenitor de sangre, lo cual se compadece con el derecho del menor a preservar su verdadera identidad que le ha sido reconocido en el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

7º) Que, por lo demás, la exigencia constitucional consagrada en el art. 3º de la Convención citada ha quedado debidamente plasmada en la disposición impugnada, pues el interés superior del niño determina que se preserve su identidad de filiación y sus lazos de origen que, en este caso, están dados por la relación con su madre, con quien convive desde su nacimiento.

8º) Que la garantía de la igualdad —según reiterada doctrina de esta Corte—, no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 270:374; 271:124; 300:1087).

9º) Que, sobre esa base, la norma impugnada no puede considerarse lesiva del referido derecho a la igualdad pues el nuevo régimen de adopción consagrado por la ley 24.779 no contiene una clasificación arbitraria o subjetiva de los menores que pueden ser adoptados plenamente, sino que responde a circunstancias especiales de cada caso que tornan aconsejable su procedencia, dando preeminencia al interés superior de los menores comprendidos en ella.

10) Que, por último, en lo atinente a la discrepancia de las partes acerca de la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen el instituto de la adopción, por remitir al examen de cuestiones de derecho común resultan ajenas a esta instancia ex-

traordinaria (Fallos: 297:524; 302:1675), sin que se observe un apartamiento de lo que disponen los preceptos legales previstos para el caso ni una decisiva carencia de fundamentación.

Por ello, y habiendo dictaminado los señores defensor oficial y Procurador General, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado en el considerando 3º, se rechaza el pedido de inconstitucionalidad y se confirma la sentencia. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.— JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial) — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al modificar la de primera instancia, admitió con el carácter de simple la adopción del menor solicitada por el cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre, el adoptante interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo origina la presente queja.

2º) Que el auto denegatorio se fundó en que el recurrente no había introducido oportuna y debidamente la cuestión federal, consistente en la inconstitucionalidad del art. 313, segundo párrafo *in fine*, del Código Civil, así como en que la doctrina de la arbitrariedad era de carácter excepcional y no tendía a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les eran privativas ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputaran tales, sino a cubrir los defectos graves de fundamentación o de razonamiento que tornasen ilusorio el derecho de defensa y condujesen a la frustración del derecho federal.

3º) Que si bien es cierto que la resolución que deniega el recurso extraordinario por falta de oportuno planteamiento de la cuestión constitucional no es, en principio, revisable por la Corte, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, como en el caso, el auto respectivo no comporta una desestimación válida de la apelación, pues resulta un exceso de rigor formal exigir que se invoque la inconstitucionalidad de una ley que al tiempo de responder a los agravios de los ministerios públicos de Cámara —aunque se había publicado— aún no había alcanzado vigencia (art. 2º, *in fine*, del Código Civil), tal como lo pone de manifiesto el señor defensor oficial, a cuyo dictamen cabe remitirse en este aspecto.

4º) Que el apelante impugna la constitucionalidad del art. 313, segundo párrafo *in fine*, del Código Civil, incorporado por la ley 24.779, por cuanto sostiene que resulta violatorio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que asigna jerarquía de ese carácter a la Convención sobre los Derechos del Niño —particularmente a lo dispuesto en sus arts. 2º, párrafos 1 y 2, 3 y 12—, contraviene el interés superior del menor que establece la citada convención y vulnera además la garantía de igualdad ante la ley y el principio de legalidad consagrados por los arts. 16 y 28 de la Ley Fundamental, respectivamente. Asimismo, pretende que se declare arbitraria la sentencia por no constituir aplicación razonable del derecho e incurrir en injustificado rigor formal.

5º) Que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o de alguna de sus partes, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad (Fallos: 300:1088; 302:1149; 303:1709 y 315:923), por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto condu-

ce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (Fallos: 315:923).

6°) Que para analizar el planteo del recurrente es menester recordar lo dicho por este Tribunal en cuanto a que la labor del intérprete no debe agotarse en el examen de la disposición, sino que además corresponde consultar la racionalidad del precepto en su aplicación concreta a cada caso particular y la voluntad del legislador (Fallos: 310:464).

Sentado ello, se advierte que el examen del art. 313 del Código Civil que prescribe que “la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple” no puede efectuarse sin tenerse presente el art. 323 del Código Civil, según el cual la adopción plena “confiere al adoptado una filiación que sustituye la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta...”

De la mera lectura de ambas disposiciones, se infiere que la primera de ellas no contiene una restricción antojadiza sino que persigue evitar la ruptura del vínculo entre el adoptado y su progenitor de sangre.

Conforme a lo expresado, cuadra observar que en el sub lite la adopción plena del niño traería aparejado el emplazamiento en el estado de hijo respecto al adoptante y la incongruencia de dejar de serlo de su madre biológica, lo que resulta disvalioso e irracional si se tiene en cuenta la estrecha relación entre ellos y que siempre han vivido juntos.

7°) Que el recurrente entiende que la decisión de la alzada vulnera el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Como puede repararse, este precepto —que suele denominarse “paraguas” y fue recogido en la ley 24.779 (art. 321 del Código Civil, inc. i)—, establece las directrices a seguir en todas las medidas que conciernen al niño.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que el niño es un ser con necesidades propias que debe respetarse en su individualidad, se deduce que el principio mencionado no le da al juez un poder absoluto y discrecional a la hora de decidir el conflicto, sino que por el contrario lo obliga a seleccionar la opción ofrecida que más se identifique con el goce de sus derechos.

En tal sentido, corresponde destacar que el marco ético y de valores al que debe atenerse el juzgador es el definido por la Convención sobre los Derechos del Niño, norma de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) de carácter operativo.

8°) Que sentado lo expuesto, se advierte que además de no ser ostensiblemente incorrecto en su inicio el precepto legal impugnado, tampoco lo fue su aplicación concreta en este caso pues el a quo armonizó los intereses familiares en juego teniendo como eje principal al niño y la mayor satisfacción de sus derechos.

Ello así, porque entre la adopción plena —pretendida por el agraviado con fundamento en que este instituto ofrece al niño seguridad, solidez y la posibilidad de una adecuada y saludable integración familiar— y la adopción simple —que es la que determina la ley—, dio primacía a esta última, por resguardar el derecho a la identidad del niño, en concordancia con el art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar a su identidad, incluidos la nacio-

nalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (parágrafo 1) y que “cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad” (parágrafo 2); el art. 7º, que reconoce al niño el derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (parágrafo 1); el art. 9º que norma el deber de los Estados Partes de velar “por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...” y el de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular...” (parágrafos 1 y 3).

Esta posición, coincide con aquella que entiende que la adopción simple no es menos valiosa que la plena, dado que permite el mantenimiento de vínculos que no necesariamente deben excluirse, preserva la historia personal del adoptado y de su pasado.

No hay que olvidar además, que la adopción plena se caracteriza por ser irrevocable y según surge de las constancias obrantes en esta causa si bien el niño no mantiene vínculos estrechos con su progenitor de sangre nada asegura que en el futuro la situación pueda cambiar, por lo que la adopción simple aparece como más garantista de sus derechos.

9º) Que la garantía de la igualdad —según reiterada doctrina de esta Corte—, no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 270:374; 271:124; 300:1087).

10) Que, sobre esa base, la norma impugnada no puede considerarse lesiva del referido derecho a la igualdad pues el nuevo régimen de adopción consagrado por la ley 24.779 no contiene una clasificación arbitraria o subjetiva de los menores que pueden ser adoptados plenamente, sino que responde a circunstancias especiales de cada caso que tornan aconsejable su procedencia, dando preeminencia al interés superior de los menores comprendidos en ella.

11) Que, por último, en lo atinente a la discrepancia de las partes acerca de la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen el instituto de la adopción, por remitir al examen de cuestiones de derecho común resultan ajenas a esta instancia extraordinaria (Fallos: 297:524; 302:1675), sin que se observe un apartamiento de lo que disponen los preceptos legales previstos para el caso ni una decisiva carencia de fundamentación.

Por ello, y habiendo dictaminado los señores defensor oficial y Procurador General, se hace lugar parcialmente a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado en el considerando 3º, se rechaza el pedido de inconstitucionalidad y se confirma la sentencia. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.— ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que coincido con los considerandos 1º y 2º del voto de la mayoría.

3º) Que, según conocida jurisprudencia de esta Corte, la cuestión constitucional debe ser introducida en la primera oportunidad posible y previsible que brinde el procedimiento (Fa-

llos: 302:583; 312:1872), motivo por el cual el apelante debió haber efectuado el planteo de inconstitucionalidad al tiempo de contestar el traslado a los agravios formulados por los ministerios públicos de Cámara, pues si bien es cierto que para dicho momento la ley impugnada aún no había alcanzado vigencia (art. 2º, *in fine*, del Código Civil), ya había sido publicada y su aplicación constituía una circunstancia previsible que imponía el oportuno planteamiento de la cuestión de que se trata .

4º) Que, por tanto, las objeciones que se formulan en el recurso extraordinario constituyen una reflexión extemporánea sobre el punto que no justifican la habilitación de esta instancia excepcional, máxime cuando no se invocó ni probó que existieran motivos que hubieran impedido al actor proponer a la consideración y decisión del a quo la cuestión relativa a la constitucionalidad de la norma legal atacada desde la fecha de su publicación hasta la de la sentencia definitiva (F.1176.XXXII, “Fernández, Secundino Juan c/ Estado Nacional Argentino - Ministerio de Defensa - Estado Mayor General del Ejército y otros”, del 17 de marzo de 1998).

5º) Que, por último, en lo atinente a la discrepancia de las partes acerca de la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen el instituto de la adopción, por remitir al examen de cuestiones de derecho común resultan ajenas a esta instancia extraordinaria (Fallos: 297:524; 302:1675), sin que se observe un apartamiento de lo que disponen los preceptos legales previstos para el caso ni una decisiva carencia de fundamentación.

Por ello, y habiendo dictaminado los señores defensor oficial y Procurador General, se rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 313, segundo párrafo *in fine*, del Código Civil y se desestima esta presentación directa. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Información complementaria: (20)

Adopción simple - Adopción plena - Vínculo familiar

En la causa “*Torres, Alejandro Daniel s/ adopción*” (15/02/2000 - Fallos: 323:91) la Corte sostuvo que el encasillamiento del otorgamiento de la adopción en los arts. 11 y 16, inc. c) de la ley 19.134, a fin de justificar la adopción plena, resulta insuficiente para concederla toda vez que al dictarse la sentencia la Convención sobre los Derechos del Niño ya había adquirido rango constitucional y su art. 3º manda a los tribunales atender primordialmente el interés superior del niño, el art. 21 de la ley lo reitera en materia de adopción, y el art. 8º compromete a los estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y que el art. 330 del Código Civil sólo establece como recaudo para la adopción simple el hecho de que ésta sea más conveniente para el menor que la plena, es decir, basta la sola conveniencia del mantenimiento del vínculo con la familia biológica y que al haberse otorgado la adopción plena no se consultó el interés del menor lo cual se traduce en un apartamiento de lo expresamente prescripto por el art. 21 de la ley 19.134, a más de no haberse tenido en cuenta la información relativa a la situación jurídica del niño en relación con sus padres (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, y art. 21, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño) lo cual exige llegar a la solución más adecuada al

(20) N. de S.: El texto del fallo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

desarrollo de la personalidad del menor en un contexto de vida sano, equilibrado, afectivo y educativo y que el haber consentido la adopción plena, no obsta al otorgamiento de la adopción simple al tratarse de un proceso voluntario, donde las normas procesales deben adecuarse a las sustanciales, máxime si el adoptante y el propio menor prestaron su conformidad con el cambio requerido por el representante promiscuo.

Adopción - Familia biológica - Guarda - Convención sobre los Derechos del Niño - Prioridades

S., C. s/ adopción - 02/08/2005 - Fallos: 328:2870(21)

Antecedentes:

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, confirmó la sentencia del Tribunal de Familia de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña, quienes interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido.

La Corte dejó sin efecto la sentencia y dispuso que la menor quedara en guarda de sus tenedores.

En su voto los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay opinaron que la regla jurídica que ordenaba sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tenía el efecto de separar conceptualmente aquel interés como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos y que si bien la Convención sobre los Derechos del Niño prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños, esta pauta no es una barrera infranqueable.

Los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti en su voto sostuvieron que el interés superior del niño representaba el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y que resultaba útil asociar dicho interés con sus derechos fundamentales.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Interés superior del niño - Corte Suprema.**
- b) **Convención sobre los Derechos del Niño - Finalidades.**
- c) **Interés superior del niño - Legislación.**
- d) **Prioridad de intereses.**

(21) N. de S.: Ver en similar sentido “Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/ guarda preadoptiva” (Fallos: 331:147).

- e) **Adopción - Criterio aplicable - Condiciones de vida.**
- f) **Identidad filiatoria.**
- g) **Adopción - Fundamentos de la institución.**
- h) **Controversia de derecho - Padres o adoptantes - Interés del menor.**
- i) **Excepción a las normas - Adopción - Interés superior del niño.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3º.1— impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.).

- La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, 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.

- No sólo la Convención sobre los Derechos del Niño contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo y en relación a los procesos de adopción aparece en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que aquel interés sea la consideración primordial.

- Ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad (Convención sobre los Derechos del Niño y art. 321, inc. i, del Código Civil que dispone que el juez o tribunal deberá valorar el interés superior del menor).

- A fin de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta el deber natural de los padres —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 pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores.

- La “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.

- En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social.

- Al controvertirse derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, pauta que no atiende sólo a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte.

- Es aplicable la excepción a la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil como la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica y 7º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño) que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos, cuando el interés superior del niño consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debería evitarse.

Texto del fallo:

***Dictamen de la Procuración General de la Nación* (22)**

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 2 de agosto de 2005.

Vistos los autos: “**S., C. s/ adopción**”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que —al rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley— confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

(22) **N. de S.:** El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

2°) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado.

Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el “orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable”, y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3°) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el sub lite el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda 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; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona 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).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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.

No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

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 menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Tal principio, contenido en éste y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone, entre las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

6°) Que 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.

Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los Estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8°, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9°, 1).

7°) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces.

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273).

8°) Que en el caso particular de autos surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testimoniales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs. 235/244 “se cortó totalmente la comunicación”. No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que —como lo informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244— la señora S. “no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...”

Ese informe revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240).

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que “la alternativa más saludable para todos los involucrados en

esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] ‘triángulo adoptivo’, con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor”.

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) Disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3°) Devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (según su voto) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (según su voto) — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto) — RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto) — CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON E. RAÚL ZAFFARONI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que según resulta de autos, C. S. nació el 13 de enero de 1997 en la localidad de Pigüé, Provincia de Buenos Aires. Su madre, D. M. S., de 32 años de edad a esa fecha, suscribió, en los términos del entonces vigente art. 11 inc. c, de la ley 19.134, al día siguiente de su nacimiento, un acta notarial de entrega en guarda al matrimonio formado por H. R. S. y P. N. H., quienes iniciaron el 11 de febrero de 1997 el trámite de adopción.

El 4 de julio de ese año D. M. S. se presentó al tribunal y solicitó el reintegro de su hija. Después de que se agregó un informe ambiental y otro psicológico, prueba testifical y previo dictamen del Asesor de Incapaces, el Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca —por mayoría— dispuso hacer lugar al pedido de restitución con fecha 13 de octubre de 1997. Para decidir de ese modo, expresó que no existía una situación de extrema gravedad que impidiera el reintegro, más allá del trauma para la niña, que sólo se había relacionado con la familia guardadora. También que la resolución se hallaba fundada en el “natural derecho de la niña a vivir con su grupo familiar, en beneficio de ella y en reconocimiento de sus derechos” (fs. 108 vta./109). De acuerdo con la parte resolutive del fallo, la “inmediata” restitución de la niña debía llevarse a cabo el 24 de octubre de 1997.

Esta restitución nunca se cumplió. Los guardadores solicitaron el cambio de la fecha de la audiencia fijada para el día 24, pues hicieron saber que interpondrían recurso de inaplicabilidad de ley. Dicha solicitud no fue denegada ni otorgada, sino que el juez de trámite proveyó “Téngase presente y hágase saber”. El día 24, el matrimonio S. no concurrió a la sede del tribunal (fs. 129). Una vez más, nada proveyó el a quo. A fs. 134, se encuentra glosado el recurso de inaplicabilidad de ley que fue declarado admisible el 10 de noviembre de 1997 (fs. 150), pese a la oposición del asesor de menores (fs. 148). De acuerdo con la interpretación que de las leyes procesales locales ha practicado el superior tribunal provincial, la concesión del recurso de inaplicabilidad de ley tuvo efecto suspensivo de la resolución impugnada, es decir, la orden de restituir la niña a su madre biológica.

El Subprocurador General dictaminó el 4 de febrero de 1998 y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó —por mayoría— el remedio local, el 12 de septiembre de 2001.

Contra esta decisión los guardadores de la niña interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/203 vta.

Los recurrentes impugnan la sentencia con el argumento de que lo que está garantizado constitucionalmente por medio de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño es el interés superior de éste y no su identidad biológica y destacan que se ha prescindido del espíritu de las normas de ese tratado internacional al descalificarse el instituto de la adopción y aplicarse modelos prefijados con un total desentendimiento de las pruebas producidas en la causa.

Como medida para mejor proveer, esta Corte dispuso que se efectuase un informe ambiental y otro psicológico respectivamente, sobre la situación personal y familiar de las personas involucradas en la causa, con particular referencia a la niña C., en el hogar de sus guardadores y en el de su madre biológica, ya que en el expediente únicamente obraban las pericias agregadas el 18 de julio de 1997 por el tribunal de familia (fs. 213). Luego de realizadas (fs. 238/244; 293/301; 318/320; 352/353), dictaminó el señor Procurador General (fs. 355/357 vta.)

2°) Que en relación con la cuestión federal sometida a consideración de esta Corte, la parte recurrente había criticado la sentencia del Tribunal de Familia en los siguientes términos: “Se ha violentado no sólo lo establecido expresamente en la Convención sobre los derechos del niño en sus arts. 3°, inc. 1 y 9°, inc. 1, sino toda su filosofía y la de la ley vernácula en materia de adopción (ley 24.779) al no analizar la conveniencia del menor, considerándose que sobre ella debe primar el derecho de la madre de sangre y aun el de su familia biológica” (fs. 140, segundo párrafo).

El tribunal superior provincial entendió que el recurso interpuesto por los guardadores que aspiran a la adopción, contradecía el interés superior del niño. Entre los fundamentos dados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se argumenta que la restitución de la niña a su madre biológica constituye, contrariamente a lo alegado en el recurso, una medida obligatoria desde la perspectiva del resguardo del interés superior del niño. El voto que hizo mayoría, textualmente dice: “La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2,24)”. “No existe, en consecuencia, interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre y hermanos y abuelos, rescatándose de una pérdida de identidad personal que de otro modo, va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida. Como ya gravita negativamente en la vida de su madre (y la sentencia en recurso da cuenta de ello)” [el subrayado es agregado].

3°) Que los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso interpuesto, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14.3 de la ley 48). Por otro lado, la cuestionada interpretación del “interés superior del niño” ha sido una premisa concluyente en la sentencia apelada y, por ende, guarda relación directa con el agravio que sirve de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48).

4°) Que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo es una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés del niño respecto del de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su madre y padre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores.

Cuando se afirma en el fallo de la Corte provincial que C. debe incorporarse a su familia de origen y abandonar la de sus guardadores, lo hace por entender que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo, incluso del trauma que, según se acepta en la sentencia del Tribunal de Familia, se derivará para la niña. Pero este razonamiento implica un punto de partida equivocado: es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno. Si la entrega de C. a su madre biológica supone un daño para la niña, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo.

En tales condiciones, la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se aparta de la pauta señalada por el art. 3.1 y 21, párrafo introductorio, de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el art. 321, inc. i, del Código Civil; en esa medida merece ser revisada en cuanto a sus fundamentos constitucionales.

5°) Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca “de acuerdo a derecho”, no lo será.

6°) Que no obstante, lo dicho no implica negar que el derecho vigente —en particular la Convención sobre los Derechos del Niño— prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños. Dicha precedencia no es con todo absoluta, sino que

constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La niña C. S., como ya se describió, desde su nacimiento hasta la actualidad (más de ocho años) ha vivido con el matrimonio S. - H., quienes en los hechos desempeñaron los roles de padre y madre, dato que no puede dejar de ponderarse si se repara en que, en un caso como éste, la identidad filiatoria no necesariamente coincide con la verdad biológica. Así también, ha quedado demostrado que su integración a ese grupo familiar es óptima como su desarrollo evolutivo y psíquico (fs. 235/244).

También debe tenerse en cuenta que la niña llegó a manos de estas personas, a partir de una guarda extrajudicial otorgada por medio de una escritura pública, supuesto permitido durante la vigencia de la ley 19.134, en la que la madre biológica prestó libremente su consentimiento.

Si el acento debe ponerse en los efectos emocionales y psicológicos que la decisión puede tener sobre la persona de C., no resulta posible tomarla, de acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin reparar en el factor tiempo que cuando se trata de un niño, cuya personalidad se encuentra en formación, tiene un efecto constitutivo, pues es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje. Es en este punto donde más evidente resulta el carácter dogmático con que el a quo ha interpretado el interés de la niña, pues remite a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el tribunal de familia casi cuatro años antes como si la situación en ese entonces y la que se presentaba al momento de fallar la Corte provincial no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Sin embargo, en esos años y los que han transcurrido desde entonces, C. ha avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que no se reduce a un dato histórico, sino que abarca todo un proceso vital.

7°) Que teniendo en consideración el marco descripto, se advierte que separarla de sus guardadores implicaría asignar un alcance excesivo de los arts. 7, 8 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, ante el conflicto, darle preeminencia al interés de la progenitora, que es justamente lo contrario a lo que propicia la pauta interpretativa cuya inteligencia se cuestiona.

8°) Que resulta acorde con lo expresado el criterio que señaló la perito Bielsa en su informe de fs. 352/353 en cuanto a que “la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación especialmente para [la menor, es acudir al llamado] ‘triángulo adoptivo’, con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor”.

Por ello, y concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) disponer que la niña C. S. quede en guarda de H. R. S. y P. N. H.; 3°) devolver el expediente al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal

de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase.— CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que —al rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley— confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

2°) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado.

Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el “orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable”, y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse a l de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3°) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el sub lite el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda 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; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar

la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona 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).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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.

No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

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 menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Tal principio, contenido en ése y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho “interés del niño” con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos.

6°) Que 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. Sin perjuicio

de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8º, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9º, 1).

7º) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social. La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces.

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273).

8º) Que, en primer lugar, cabe señalar que el caso de autos presenta el carácter de excepcionalísimo dadas las particularidades que reviste y que serán objeto de análisis a continuación.

Ha llegado el momento del punto de equilibrio entre la familia adoptiva y la familia biológica en la medida que no haya mediado delito y que se hayan dado todos los pasos legales.

Que surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

La intención de entrega de la menor con la plena conciencia por parte de la madre biológica se advierte al tratarse de una madre adulta (contaba con 32 años de edad al momento de la entrega), con dos hijos de 12 y 9 años (fs. 52 vta.), lo que da cuenta que no era madre primeriza.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testimoniales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

De la declaración de la testigo Mónica Gladys Lorenzo (médica que vio a la señora S. al quinto mes de embarazo y luego al final de éste y la atendió en el parto) surge que la decisión de entregar a su hija no fue tomada en el alumbramiento por la señora S., sino que en las dos o tres oportunidades en que la testigo habló con ella, antes del parto, le manifestó que iba a dar a su bebé en adopción (ver fs. 90 vta.). Esta testigo conocía a la señora S. por ser paciente de ella y además manifestó que ya la trataba desde el nacimiento de su hija anterior a C., lo cual denota un conocimiento previo (ver fs. 90 vta., séptima pregunta).

La asistente social del Tribunal de Familia de Bahía Blanca informa que la madre de la señora S. le manifestó que tanto su hijo D. como la esposa de él se sentían molestos por la reacción de D. de querer recuperar a su hija para sí, pues, según la madre, ellos pretendían hacerse cargo de la niña y cuidarla junto con sus otros hijos (ver fs. 68). También con referencia a la madre y el hermano de la señora S., la asistente social designada por este Tribunal, en el informe socio-ambiental presentado, señala que ambos la “presionaron” para que solicitara el reintegro de su hija, comprometiéndose su madre a ayudarla en la crianza, ya que reconoció que “sola no podía asumirla” (ver fs. 242 vta./243).

Debe tenerse presente lo dicho por el padre de la señora S. a la asistente social en cuanto a que él siempre se ocupó de sus nietos y lo sigue haciendo pero piensa que “teniendo en cuenta la situación actual y el tiempo transcurrido sería conveniente que C. permaneciera con las personas que la criaron” (ver fs. 243).

Informa la asistente social que el grupo familiar conviviente de la señora S. y sus dos hijos funciona como tal, se observan dificultades de relación entre sus miembros, algunos explicitados, tales como la relación del hijo con su madre (el que inclusive manifestó “no entender a su madre ni reconocerla y respetarla como tal”) y de ésta con el mismo como así también la mala relación entre los hermanos (ver fs. 242/243 vta.). Agrega que sus hijos, especialmente el varón, manifiestan que el reintegro de C. “no sería bueno ni para C. ni para ellos”, y alegan “no entender la postura materna”.

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs. 235/244 “se cortó totalmente la comunicación”. No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que —como lo informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244— la señora S. “no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...”

También reviste importancia lo informado por la defensora de provincia en cuanto a que la madre biológica le manifestó que no existía voluntad de su grupo familiar (hijos y concubino) para someterse a la posible realización de pericias psicológicas ampliatorias (ver fs. 347).

El informe de la asistente social Martínez de Uberto revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240).

C. está totalmente integrada a las familias S. - H., se desenvuelve con naturalidad y seguridad por la vivienda, desempeñando con comodidad su rol de hija, nieta, sobrina y prima. Se la ve muy estimulada y demuestra un nivel intelectual mayor a su edad cronológica (ver fs. 237/237 vta.).

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Biel-sa, a fs. 352/353, en cuanto a que “la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] ‘triángulo adoptivo’, con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor”.

Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en “el seno de la familia”, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude también a la familia adoptiva, que no es menos familia que la biológica.

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3°) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase.— ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI.

Guarda - Abandono - Familia biológica

A., F. s/ protección de personas - 13/03/2007 - Fallos: 330:642

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión de primera instancia, declaró la nulidad de las resoluciones que habían decretado el estado de abandono del menor F. y otorgó su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M., además, ordenó la restitución del niño a su madre biológica, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento por haberse asentado en ella un nombre falso. Los guardadores y el defensor de menores ante la Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos.

La Corte dejó sin efecto la sentencia y dispuso que el niño quedara en guarda del matrimonio D. y M.

El juez Maqueda en su voto opinó que las alternativas debían ser evaluadas privilegiando la situación real del niño. Existen dos extremos relevantes: la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y la producción y evaluación de los informes de los equipos técnicos a fin de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar.

La jueza Argibay en su voto opinó que era la conveniencia del niño lo que debe justificar su retorno a la familia de origen.

Los jueces Highton de Nolasco y Petracchi en disidencia desestimaron el recurso por aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Familia de sangre – Protección de menores.**
- b) **Interés superior del niño – Adopción.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La precedencia sanguínea constituye una presunción conectada con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio y un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- La preservación del “interés superior” que ampara la Convención sobre los Derechos del Niño puede alcanzarse mediante la concreta realización del denominado “triángulo adoptivo – afectivo” mediante el cual un menor, su familia de sangre y los guardadores entablen una relación que continúe hasta su mayoría de edad.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (23)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 13 de marzo de 2007.

Vistos los autos: “**A., F. s/ protección de persona**”.

(23) **N. de S.:** El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Considerando:

1º) Que la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decretado el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron concedidos por el a quo.

2º) Que, para decidir como lo hizo y en lo sustancial, el tribunal sostuvo que las resoluciones cuestionadas habían sido dictadas sin previa citación de la progenitora, advirtiendo que el juzgado debió haber extremado los medios a su alcance para que compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía. Con ello, entendió la Cámara, se enervaba la finalidad perseguida por el art. 317, inc. a, del Código Civil. Agregó que de la prueba producida surgía que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol y que la decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849, que revestía, tras la reforma del año 1994, incuestionable jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; confr. fs. 352/361).

3º) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles en la medida en que las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Por otro lado, el principio liminar que dicha norma prevé, la protección del “interés superior del niño” —que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso—, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que sirven de fundamento a los recursos (art. 15 de la ley 48).

4º) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros).

5º) Que, en este orden de ideas, cabe recordar que en la misma resolución en la que ordenó la restitución del niño a su madre biológica (por entonces, también menor), el tribunal dispuso que el cambio de guarda y la vinculación consecuente se realizaran de manera gradual y bajo la supervisión de un centro asistencial que específicamente designó al efecto (Equipo de Adopción Reanudar de la “Fundación Campos del Psicoanálisis”). Esta decisión no sólo no fue cuestionada en momento alguno por las partes en pugna sino que fue expresamente avalada por ellas (confr. fs. 360 vta., *in fine*; 364; 459; 463/489; 490/516; 523; 540 y 544). Sobre esta base y tras su notificación y aceptación, la presidente de la entidad (y asesora general del equipo mencionado), tomó intervención en el juicio y convino con aquéllas la metodología a seguir para la concreción del encargo asignado, que se plasmó en un plan de trabajo dividido en cuatro etapas, consistente en la realización de sucesivas entrevistas con todos los involucrados en el conflicto y, asimismo, de reuniones entre ellos (confr. fs. 365; 445; 459; 520 y 531/537).

6º) Que, transcurrido un lapso de aproximadamente tres meses desde el acuerdo citado, el apoderado de la progenitora solicitó que la profesional llevara a cabo “una pormenorizada información acerca de la labor desempeñada y los resultados obtenidos”, lo cual fue cumplido por aquélla en dos momentos distintos. Según constancias de la causa, la supervisión de la reconstrucción del vínculo materno - filial y de la relación con los guardadores fue efectuada por un equipo especializado de acuerdo al tiempo necesario para que el niño pudiera elaborar “una circunstancia conmocionante en su vida”, e incentivada en todo momento por las propias partes. Dicha labor se prolongó desde su aceptación (junio de 2004) hasta octubre de 2005, plasmándose en una serie de nueve informes de minucioso contenido (confr. fs. 459; 523/525; 529/537; 540, punto 2; 544/544 vta.; 585/588 y 595/633).

7º) Que de tales observaciones surgen conclusiones contundentes que permitirán apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes. Así, los informes indicaron:

a. que “no hubo a lo largo de todas las entrevistas ninguna explicitación de algún orden —respecto de los hechos ocurridos con F.— de responsabilidad y por lo tanto alguna manifestación de culpa en alguno de los integrantes de la familia biológica. Esta familia, que se caracteriza por la desunión, produjo una unión desde una posición de reivindicación para llegar a ‘tenerlo’ a F.” (Informe N° 2, fs. 605);

b. que “no se verificó en la familia biológica una trama familiar consistente. La inconsistencia puede comprobarse entre otras cuestiones con el no anociamiento del embarazo por parte del padre y madre, lo cual ubicó a L. como una menor en riesgo: durante 9 meses de embarazo no fue mirada por sus padres. Como menor en riesgo realiza un intento de suicidio. Se trata de un grupo familiar en el que el lugar de la madre estuvo ocupado por la abuela materna, ahora fallecida, produciéndose luego de este hecho la separación de los padres de L. Desaparecido el personaje aglutinante, colapsó la familia” (Ibíd. asimismo, Informe N° 2, fs. 605);

c. que L. “dispone de la posibilidad de escindir y por lo tanto ser ‘una’ y ‘otra’ al mismo tiempo, se trata de una ‘severa escisión del yo’. Esto fue lo ocurrido durante el embarazo: era ‘la de siempre’ y ‘estaba embarazada’ al mismo tiempo. Esto tuvo efectos sobre ella. Sostuvo una simulación durante 9 meses que no le permitió enterarse cabalmente de que estaba embarazada, por lo tanto cuando llega al parto, nace un niño pero no tiene un hijo, por eso puede dejarlo abandonado: no tuvo un hijo” (Ibíd.);

d. que “no aparecen manifestaciones que permitan saber algo de lo que el niño realmente representa para ella, de lo que el niño vino —finalmente— a colmar en ella. A la inversa sí habla acerca de lo que —supuestamente— ella significa para el niño. (...) En su discurso no aparecen signos que indiquen que pasaron casi tres años desde que dejó de verlo (con un día de vida), consecuencia de ello es que sólo puede ver en él lo igual a ella, o al padre del niño. No ve las marcas que la crianza en manos de otros dejaron en el niño. En esta omisión aparece dicha continuidad entre el primer día de vida de F. y el vínculo que comienza a entablar tres años después: L. [dice que] ‘sabe lo que le pasa a F’ y lo conoce como si hubiera estado siempre junto a él; no lo ve a él, ve lo que quiere ver (...). Su presentación excesivamente ‘maternal’ revela en realidad una posición reivindicativa solidaria de una falla de un genuino deseo de maternidad. Se trataría más de una impostura que de una posición con la que ha consentido. Se presenta con insistencia el *ser reconocida como madre, más allá de la significación que el niño tendría para ella*. A esto nos referimos con que en su relación con F. hay una respuesta sintomática en el lugar de un real deseo de ser madre del niño” (Informe N° 3, fs. 613 *in fine*/614);

e. que existieron, en la primera semana de entrevistas, tres versiones distintas respecto de la identidad del padre biológico: la de la abuela y la del padre maternos, y la de la progenitora, lo cual fue “un comienzo inconveniente cuando media la justicia” (Informe N° 2, p. 606);

f. que “fueron reiteradas las muestras de apuro de la madre biológica y sus padres, quedando en evidencia que nadie pensó en F. sino en las necesidades de cada uno. El apuro da cuenta del no tener el lugar del hijo, nieto, aún para la familia biológica. Incluso, en las entrevistas, el abuelo biológico lo ha nombrado a F. como ‘tipo,’ ‘piedra’ o de otros modos muy bizarros y singulares” (Informe N° 2, fs. 606. Asimismo y con relación a este integrante, ver Informe N° 3, fs. 620/621);

g. que “el primer acto de irresponsabilidad fue hablarle L. aparte a F. por cuenta propia sin haberlo convenido y a escondidas de los guardadores que son los que lo criaron y los que el niño reconoce como padres. Luego de los primeros encuentros, el siguiente paso era que L. saliera con F. a solas. A partir de verificar que había escenas de complicidad con F. que fueron evaluadas como inconvenientes por el Equipo, se postergó la decisión. Los niños entran solos en complicidades, es importante no ayudarlos. Se consideró que se trataba de agregar una familia, no hacer trampa para suplantarla. (...) Si no hubiera habido trampas hubiéramos recomendado que la familia biológica viera a F. a solas pero consideramos una irresponsabilidad lo antedicho: haber hablado aparte, a solas con F. la segunda vez que lo vio L.; eso es no tener idea de qué es un niño o qué es un hijo. No fue tomado por L. en cuenta ni como hijo ni como niño de 2 años y medio, fue un verdadero exceso. Se decidió velar por lo que entendemos es el mejor interés para el niño” (Informe N° 2, fs. 606). Con mayor detalle y sobre las consecuencias nefastas de tal conducta, ver Informe N° 4, fs. 622/623 e Informe N° 5, fs. 624/625. En el primero se señala, a raíz de ciertas manifestaciones del menor aparentemente inducidas por la madre biológica —que deseaba arrojarlo por la ventana—, que “en el período donde el control de esfínteres se está produciendo un niño realiza la operación de distinción entre lo que sirve y la basura ‘caca’ lo que no sirve, los restos que se tiran. La frase de F. presenta que en vez de tirar basura se tira él. Realizo una segunda lectura. Este niño está más desalojado que el año pasado, está al riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia. Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada”. Por su parte, en el Informe N° 6 se destaca que “F. en sus entrevistas ha dicho respecto de su madre biológica que le ha dicho: ‘que A. y A. [los guardadores] son viejitos, son como tus abuelos.’ Esto verifica que en las instancias en que L. está sola, atenta en secreto contra los soportes de F. Ir contra el lazo paterno final vigente es altamente peligroso. Es posible calcular que con la aptitud para la escisión que le permitió ‘estar y no estar’ al mismo tiempo, esa misma escisión le permite ser muy amable en todas las entrevistas y simultáneamente actuar en un sentido totalmente contrario a escondidas con F. Esa complicidad la coloca indebidamente en un lugar excesivamente par respecto de F.” (fs. 626). Esta circunstancia, observada en forma reiterada y contra lo originalmente pactado, importó que se retrasara el avance de la vinculación con los abuelos maternos (Informe N° 7, fs. 627/629). Además, la dualidad de marras fue advertida con relación a un hecho personal afirmado por la progenitora —la concurrencia a la universidad—, que no era tal. “Las mentiras constituyen un síntoma respecto de la relación del orden simbólico con lo real: las palabras van por un lado y los hechos van por otro. Esta relación distorsionada a la palabra, dificulta o impide la posibilidad de pactar. No se trata de un abordaje moral del estatuto de la mentira, sino de un abordaje ético. Es decir, no se trata de que esté mal o bien mentir, sino de la imposibilidad de pactar en un recorrido de vinculación donde necesariamente se trata del consentimiento a sucesivos pactos. La mentira impide disponer de confianza en que se cuide el mejor interés del niño” (Informe N° 9, fs. 632/633);

h. que los abuelos biológicos cuestionaron “la decisión del Equipo de ir progresando en la vinculación por generaciones e importancia del lazo según les fue propuesto: primero la madre, segundo los abuelos, luego la tía, es decir la hermana de L. argumentan que no podrían conseguir que su hija R. entienda que primero conocerían ellos a F. y luego R. con este pedido de simultaneidad declaran que no pueden decirle que ‘no’ a su hija, lo cual da cuenta de un problema de autoridad en la familia, ya que esto le sucede a ambos padres” (Informe N° 2, fs. 606 *in fine*);

i. que “ninguno de los integrantes de la familia biológica ha pensado que el niño tenía que metabolizar la existencia de dos familias: esto necesita tiempo, más tiempo que un adulto porque no dispone del recurso del lenguaje para dar cuenta de las experiencias que va viviendo” (Informe N° 2, fs. 607); y, finalmente,

j. que “para F. la madre es A. y el padre es A. Gracias a que eso funcionó, no es hoy un psicótico. F. dispone de la función del padre y lugar de la madre en su estructura subjetiva, contruidos a partir de los guardadores y ocupados dichos lugares por éstos. El niño se conformó en relación a la función del padre y el lugar de la madre con ellos (...). Con esta estructura familiar se constituyó la subjetividad [del niño]. Se necesita tiempo para que entienda que tiene dos familias, el lazo con los guardadores está constituido y sería absolutamente no aconsejable someterlo a una nueva pérdida, sería una nueva adopción ya que el lazo de sangre sin el vínculo no es una referencia para nadie...” (Ibíd.). “En este momento, F. sólo reconoce a sus guardadores como sus padres, no hay espacio psíquico en este niño para pensar otra posibilidad familiar. Se puede calcular que mediante un trabajo psicoanalítico será posible la entrada de la familia biológica agregándose a la familia de crianza” (Informe N° 3, fs. 618/619).

8º) Que de lo descripto precedentemente se desprende que uno de los fundamentos esenciales que tuvo en cuenta el a quo para resolver de la forma en que lo hizo, esto es, la aptitud exigible a la madre biológica (confr. fs. 357 vta. *in fine*), no presenta actualmente la calidad de tal. Ello es así, pues de la actuación del equipo profesional que la propia cámara designó para intervenir en el proceso de restitución del menor surge con meridiana claridad que ni su progenitora ni sus abuelos maternos se encontrarían —por el momento— en una situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza, y así brindarle la contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual, en el marco de la difícil contingencia en la que se encuentra inmerso. Por el contrario, las observaciones formuladas en dichos estudios —cuyo valor convictivo es concluyente por su mayor precisión, inmediación con la evolución de la situación y proximidad temporaria con ella— son reveladoras de la falta de aptitud actual de la familia biológica para concretar por sí sola tal cometido, lo cual, a su vez, demuestra que el cambio de guarda no haría efectiva la protección del interés superior que la sentencia apelada intentó defender.

9º) Que la conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar —siquiera implícitamente— algún tipo de preeminencia material a la familia adoptiva respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar —de modo expreso o solapado— a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos

cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 312:371, disidencia de los jueces Fayt y Baqué, en especial, considerandos 6° y 7°).

10) Que, en este sentido y en época reciente, este Tribunal ha puntualizado que la precedencia sanguínea “no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6°).

11) Que, de acuerdo a lo expuesto y en hipótesis como la de autos, la preservación del “interés superior” que ampara la Convención sobre los Derechos del Niño puede alcanzarse mediante la concreta realización del denominado “triángulo adoptivo - afectivo” mediante el cual el menor F., su familia de sangre y los guardadores entablen una relación que continúe hasta su mayoría de edad.

En efecto, frente a la constitución psico-emotiva que presenta el niño respecto del matrimonio guardador y al hecho de que la vinculación biológica se encuentra en la actualidad indiscutiblemente producida, por lo que no hay peligro de desvanecimiento (confr. fs. 608; 624, *in fine* y 626, *in fine*), no aparece como mejor alternativa, a juicio de esta Corte, que la de propender a afianzar los lazos existentes en forma pautada y progresiva, prestando especial atención a la salud integral de F. Ello, como lo puntualiza la Procuración General, con el pertinente apoyo profesional para todas las partes —y tratando de salvaguardar, en lo posible, los derechos en conflicto—, a fin de superar la crítica situación que atraviesan. Llevado en debida forma, el proceso redundará en un beneficio general para todos los involucrados teniendo en cuenta que la existencia real de “dos familias” lleva ínsita una renuncia para todos y cada uno de sus integrantes: “L. que desea ocupar el lugar de A., esto no le va a ser posible. A. y A. [los guardadores] que hubieran deseado continuar criando a F. solos, no les va a ser posible. Y para F. también hay una pérdida: de paz, pues de tener padre y madre ahora tiene que hacer el trabajo de comprender y consentir con que tiene otra familia, la biológica” (fs. 608, *in fine*).

12) Que, en este orden de ideas, en un estudio de reciente aparición difundido por la Academia Nacional de Ciencias Norteamericana y llevado a cabo por un equipo interdisciplinario que incluyó al economista y premio Nobel James Heckman, se puso de relieve que las experiencias vividas por las personas a temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva o económica (Knudsen, Eric I., Heckman, James J., Cameron, Judy L. & Shonkoff, Jack P. “*Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America’s future work-force*” (24)).

Y hace algunos años, el Consejo Científico Nacional para el Desarrollo de la Niñez de Estados Unidos —que agrupa a los científicos líderes en desarrollo infantil de ese país— recordaba que la crianza como la existencia de relaciones estables con adultos responsables son

(24) Publicado en “*Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*”, el 26 de junio próximo pasado. Dada su reciente aparición, el texto íntegro puede consultarse en Internet en la siguiente dirección: www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0600888103.

esenciales para un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. “Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan —confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no-violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal—. (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: ‘... para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su respecto una relación emocional irracional. Alguien tiene que ‘perder el juicio’ por la criatura. Eso es lo primordial. El principio, el final, siempre” (25).

13) Que, para finalizar, viene al caso recordar lo dispuesto recientemente en el decreto 415/2006, que aprueba la reglamentación de la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Así y mediante dicho acto, se reitera que el concepto “familia” o “núcleo familiar” no sólo comprende a los progenitores y a las personas vinculadas a los menores por líneas de parentesco, sino también a “otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección” (confr. decreto citado, art. 7º).

14) Que una mención especial merece la forma en que tanto el ministerio público de segunda instancia como el a quo defendieron las posiciones que adoptaron en el presente juicio. Así, la formulación de aiosos enunciados —más propios de un ámbito académico que judicial—, como la existencia de reproches mutuos sobre la actuación que les cupo y su fundamento, algunos implícitos y otros no tanto, no condicen con la mesura y serenidad de espíritu que deben gobernar la actuación de la magistratura y del ministerio pupilar en la excelsa misión de impartir justicia y de colaborar con ella; máxime en casos como el de autos, en que se hallan en juego derechos particulares de la más alta sensibilidad y relevancia que, a su vez, interesan a la sociedad en su conjunto. En este orden de ideas, es oportuno rememorar las palabras que en alguna ocasión refirió Colmo al señalar que la administración de justicia resulta *“hasta un ideal de belleza. Arraiga en pasiones i conflictos que en definitiva (...) tienen que ver con la noción de lo solidario i el sentimiento de altruismo. I supone una tarea en que los elementos más elevados del espíritu, la inteligencia, la cultura, la ecuanimidad i todo lo demás, son puestos a contribución para prevenir diferencias, aplacar resquemores, restablecer situaciones vulneradas, reprimir inconductas, en una palabra, para hacer imperar las normas de distributiva i armónica cooperación, que es fuente de coeducación, prenda de paz i base de esfuerzos conjugados que permiten la unidad i el engrandecimiento del conjunto i de todos. (...Así,) i con sobrado motivo, ha podido sentar Voltaire que ‘la plus belle fonction de l’humanité est celle de rendre la justice”* (Colmo, Alfredo, “La Justicia”, Obra póstuma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 135 y sgtes.).

Por ello, y lo dictaminado en concordancia por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: 1º) declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos y dejar sin efecto

(25) “Young children develop in an environment of relationships.” National Scientific Council on the Developing Child. Working paper N° 1. El texto íntegro de este ensayo puede consultarse en internet, en la siguiente dirección: <http://www.earlychildhoodnm.com/Documents/Early%20Ed%20Report.pdf>.

el fallo apelado; 2º) disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M.; 3º) devolver los expedientes al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los términos de esta sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvanse los autos.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) — JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decretado el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron concedidos por el a quo.

2º) Que, para decidir como lo hizo y en lo sustancial, el tribunal sostuvo que las resoluciones cuestionadas habían sido dictadas sin previa citación de la progenitora, advirtiendo que el juzgado debió haber extremado los medios a su alcance para que compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía. Con ello, entendió la Cámara, se enervaba la finalidad perseguida por el art. 317, inc. a, del Código Civil. Agregó que de la prueba producida surgía que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol y que la decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849, que revestía, tras la reforma del año 1994, incuestionable jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; confr. fs. 352/361).

3º) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles en la medida en que las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Por otro lado, el principio liminar que dicha norma prevé, la protección del “interés superior del niño” —que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso—, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que sirven de fundamento a los recursos (art. 15 de la ley 48).

4º) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales de protección referidas al derecho de los niños a gozar de aquellas, establecidas en el art. 19 de la misma convención, constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a los menores, reconociendo que se “ha dado vida al contenido sustantivo de dicha norma, incorporando para su interpretación y aplicación

el corpus normativo y doctrinario que han permitido ampliar los estándares en la materia, fenómeno que se ha visto desarrollado en el concepto de ‘interés superior del niño’, todo lo cual ha permitido un avance sustancial en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, asegurándoles una mejor y más acabada garantía en el ejercicio de sus derechos y garantías” y, bajo tal presupuesto, agrega algunas consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de “interés superior del niño”, afirmando que “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención”.

A este respecto señala que el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios... para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad...”, reconoce que el principio anterior se reitera y desarrolla en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone “que una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A su vez, considera que tanto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño como el art. 19 de la Convención Americana determinan que la necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales de protección “proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”. En conclusión, debe ponderarse “no sólo el requerimiento de medidas especiales sino las características particulares de la situación en la que se hallan los niños”.

En este contexto recuerda que el art. 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta “...Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre...” Y, a los efectos de brindar algunas pautas para resolver los casos concretos ha manifestado que “Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño”.

Al respecto la directriz 14 de Rial ha establecido que “cuando exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad de ayudar a los padres en ese aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y adopción, que en la medida posible deberán reproducir un ambiente de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro”.

En tal sentido señala que “La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño... debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor... en conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal” (Opinión Consultiva OC -17 /2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28 de agosto de 2002, Cap. VII, puntos 56, 57, 58, 62, 73, 74, 75, 77). En

el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade se sostiene que “En el propio derecho de familia —enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional— el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia...” “la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que les son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección (párr. 28)...’ reconocida de ese modo ‘su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres...’” (puntos 36, 38, 40, 41 del voto indicado). A su vez, el juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente, se interroga acerca de “cómo negar, en efecto que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay?...” y al referirse a los conflictos o dilemas en la materia sostiene que “Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina, su íntima razón de ser y devolvería a la palabra tutela su sentido genuino” (puntos 23 y 24 del voto indicado).

5°) Que, a partir de estas consideraciones es posible concluir que en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. Por ello, y más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar.

6°) Que las circunstancias fácticas presentes por dolorosas que sean son la consecuencia de hechos ajenos al niño, que lo colocaron en una situación de desamparo que imperiosamente debía ser revertida. Al tiempo de nacer el interés superior del niño estaba representado por la urgencia en satisfacer sus necesidades vitales, las que excedían en mucho las meramente materiales, ya que apuntaban al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual, para el cual los primeros tiempos de vida son trascendentes. Para ello, el principio constitucional de proveer una tutela efectiva en el caso concreto se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al recién nacido un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en la construcción de su personalidad.

El Tribunal Constitucional Español al pronunciarse en similares cuestiones a las que dan origen al presente conflicto, y a los efectos de ponderar la relevancia de valorar en el ámbito

de un proceso “el riesgo para la salud psíquica” de un menor, ha sostenido que “...cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado...”, estándar que le habilita a sostener que “no es preciso que la lesión a la integridad moral haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (SSTC 221/2002).

7°) Que, en el sentido expuesto, la declaración de nulidad de todo el procedimiento con el único fundamento de no haber extremado el juez de primera instancia los recaudos para notificar a la madre biológica peca de un exceso de rigorismo formal que impide ponderar equilibradamente las circunstancias fácticas del caso al tiempo de producirse los actos procesales que se cuestionan. Asimismo, concluir que, al no haberse extremado los recaudos de notificación, se ha afectado el derecho de defensa de la madre biológica, a partir de considerar que la notificación efectuada en los autos era insuficiente, omite evaluar que aquélla ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde el momento de su presentación judicial.

8°) Que, teniendo en cuenta que el desamparo del niño al momento de su nacimiento fue el hecho que determinó la intervención judicial, la restitución de aquél a su madre biológica necesariamente debe sustentarse en la conveniencia de tal medida para los intereses del menor en el contexto de su realidad. Por ello, el análisis de tal conveniencia debe integrarse, por lo menos, con la ponderación de dos factores. Uno de ellos, el grado de riesgo de provocar un daño psíquico y emocional al niño al modificar su emplazamiento actual y, por el otro, la aptitud exigible a la madre biológica para minimizar los posibles o eventuales riesgos. La verificación de tales extremos, que constituyen los presupuestos constitucionales para dar contenido sustantivo a la garantía de protección del interés superior del niño, es absolutamente relevante para justificar la restitución del menor y de apreciación ineludible para los jueces. Para la valoración de dichos extremos el instituto procesal de la nulidad no parece constituir un medio razonable que brinde una respuesta sustantiva acorde con la protección del interés superior del niño.

9°) Que, por aplicación de tales principios, y partiendo de la regla según la cual todo niño tiene el derecho de vivir, de ser posible, con sus progenitores, no es posible soslayar la necesidad de que tales vínculos que hacen a la identidad filiatoria de una persona se sustenten en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Sin perjuicio de ello el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, “la verdad biológica” no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del menor. Ello, claro está, respetando el derecho de aquel a conocer y preservar su identidad, tal como los Estados partes firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (arts. 8°, 1 y 9°, 1) (conf. considerando 6 del voto de la mayoría en Fallos: 328:270).

10) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros).

11) Que, en este orden de ideas, cabe recordar que en la misma resolución en la que ordenó la restitución del niño a su madre biológica (por entonces, también menor), el tribunal dispuso que el cambio de guarda y la vinculación consecuente se realizaran de manera gradual y bajo la supervisión de un centro asistencial que específicamente designó al efecto (Equipo de Adopción Reanudar de la “Fundación Campos del Psicoanálisis”). Esta decisión no sólo no fue cuestionada en momento alguno por las partes en pugna sino que fue expresamente avalada por ellas (confr. fs. 360 vta., *in fine*; 364; 459; 463/489; 490/516; 523; 540 y 544). Sobre esta base y tras su notificación y aceptación, la presidente de la entidad (y asesora general del equipo mencionado), tomó intervención en el juicio y convino con aquéllas la metodología a seguir para la concreción del encargo asignado, que se plasmó en un plan de trabajo dividido en cuatro etapas, consistente en la realización de sucesivas entrevistas con todos los involucrados en el conflicto y, asimismo, de reuniones entre ellos (confr. fs. 365; 445; 459; 520 y 531/537).

12) Que, transcurrido un lapso de aproximadamente tres meses desde el acuerdo citado, el apoderado de la progenitora solicitó que la profesional llevara a cabo “una pormenorizada información acerca de la labor desempeñada y los resultados obtenidos”, lo cual fue cumplido por aquélla en dos momentos distintos. Según constancias de la causa, la supervisión de la reconstrucción del vínculo materno - filial y de la relación con los guardadores fue efectuada por un equipo especializado de acuerdo al tiempo necesario para que el niño pudiera elaborar “una circunstancia conmocionante en su vida”, e incentivada en todo momento por las propias partes. Dicha labor se prolongó desde su aceptación (junio de 2004) hasta octubre de 2005, plasmándose en una serie de nueve informes de minucioso contenido (confr. fs. 459; 523/525; 529/537; 540, punto 2; 544/544 vta.; 585/588 y 595/633).

13) Que de tales observaciones surgen conclusiones contundentes que permitirán apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes. Así, los informes indicaron:

a. que “no hubo a lo largo de todas las entrevistas ninguna explicitación de algún orden —respecto de los hechos ocurridos con F.— de responsabilidad y por lo tanto alguna manifestación de culpa en alguno de los integrantes de la familia biológica. Esta familia, que se caracteriza por la desunión, produjo una unión desde una posición de reivindicación para llegar a ‘tenerlo’ a F.” (Informe N° 2, fs. 605);

b. que “no se verificó en la familia biológica una trama familiar consistente. La inconsistencia puede comprobarse entre otras cuestiones con el no anoticiamiento del embarazo por parte del padre y madre, lo cual ubicó a L. como una menor en riesgo: durante 9 meses de embarazo no fue mirada por sus padres. Como menor en riesgo realiza un intento de suicidio. Se trata de un grupo familiar en el que el lugar de la madre estuvo ocupado por la abuela materna, ahora fallecida, produciéndose luego de este hecho la separación de los padres de L. Desaparecido el personaje aglutinante, colapsó la familia” (Ibíd. Asimismo, Informe N° 2, fs. 605);

c. que L. “dispone de la posibilidad de escindirse y por lo tanto ser ‘una’ y ‘otra’ al mismo tiempo, se trata de una ‘severa escisión del yo’. Esto fue lo ocurrido durante el embarazo: era ‘la de siempre’ y ‘estaba embarazada’ al mismo tiempo. Esto tuvo efectos sobre ella. Sostuvo una simulación durante 9 meses que no le permitió enterarse cabalmente de que estaba em-

barazada, por lo tanto cuando llega al parto, nace un niño pero no tiene un hijo, por eso puede dejarlo abandonado: no tuvo un hijo” (Ibíd.);

d. que “no aparecen manifestaciones que permitan saber algo de lo que el niño realmente representa para ella, de lo que el niño vino —finalmente— a colmar en ella. A la inversa sí habla acerca de lo que —supuestamente— ella significa para el niño. (...) En su discurso no aparecen signos que indiquen que pasaron casi tres años desde que dejó de verlo (con un día de vida), consecuencia de ello es que sólo puede ver en él lo igual a ella, o al padre del niño. No ve las marcas que la crianza en manos de otros dejaron en el niño. En esta omisión aparece dicha continuidad entre el primer día de vida de F. y el vínculo que comienza a entablar tres años después: L. [dice que] ‘sabe lo que le pasa a F’ y lo conoce como si hubiera estado siempre junto a él; no lo ve a él, ve lo que quiere ver (...). Su presentación excesivamente ‘maternal’ revela en realidad una posición reivindicativa solidaria de una falla de un genuino deseo de maternidad. Se trataría más de una impostura que de una posición con la que ha consentido. Se presenta con insistencia el ser reconocida como madre, más allá de la significación que el niño tendría para ella. A esto nos referimos con que en su relación con F. hay una respuesta sintomática en el lugar de un real deseo de ser madre del niño” (Informe N1 3, fs. 613 *in fine*/614);

e. que existieron, en la primera semana de entrevistas, tres versiones distintas respecto de la identidad del padre biológico: la de la abuela y la del padre maternos, y la de la progenitora, lo cual fue “un comienzo inconveniente cuando media la justicia” (Informe N° 2, p. 606);

f. que “fueron reiteradas las muestras de apuro de la madre biológica y sus padres, quedando en evidencia que nadie pensó en F. sino en las necesidades de cada uno. El apuro da cuenta del no tener el lugar del hijo, nieto, aun para la familia biológica. Incluso, en las entrevistas, el abuelo biológico lo ha nombrado a F. como ‘tipo’, ‘piedra’ o de otros modos muy bizarros y singulares” (Informe N° 2, fs. 606. Asimismo y con relación a este integrante, ver Informe N° 3, fs. 620/621);

g. que “el primer acto de irresponsabilidad fue hablarle L. aparte a F. por cuenta propia sin haberlo convenido y a escondidas de los guardadores que son los que lo criaron y los que el niño reconoce como padres. Luego de los primeros encuentros, el siguiente paso era que L. saliera con F. a solas. A partir de verificar que había escenas de complicidad con F. que fueron evaluadas como inconvenientes por el Equipo, se postergó la decisión. Los niños entran solos en complicidades, es importante no ayudarlos. Se consideró que se trataba de agregar una familia, no hacer trampa para suplantarla. (...) Si no hubiera habido trampas hubiéramos recomendado que la familia biológica viera a F. a solas pero consideramos una irresponsabilidad lo antedicho: haber hablado aparte, a solas con F. la segunda vez que lo vio L.; eso es no tener idea de qué es un niño o qué es un hijo. No fue tomado por L. en cuenta ni como hijo ni como niño de 2 años y medio, fue un verdadero exceso. Se decidió velar por lo que entendemos es el mejor interés para el niño” (Informe N° 2, fs. 606). Con mayor detalle y sobre las consecuencias nefastas de tal conducta, ver Informe N° 4, fs. 622/623 e Informe N° 5, fs. 624/625. En el primero se señala, a raíz de ciertas manifestaciones del menor aparentemente inducidas por la madre biológica —que deseaba arrojarlo por la ventana—, que “en el período donde el control de esfínteres se está produciendo un niño realiza la operación de distinción entre lo que sirve y la basura ‘caca’ lo que no sirve, los restos que se tiran. La frase de F. presenta que en vez de tirar basura se tira él. Realizo una segunda lectura. Este niño está más desalojado que el año pasado, está al riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia. Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada”. Por su parte, en el Informe N° 6 se destaca que “F. en sus

entrevistas ha dicho respecto de su madre biológica que le ha dicho: ‘que A. y A. [los guardadores] son viejitos, son como tus abuelos’. Esto verifica que en las instancias en que L. está sola, atenta en secreto contra los soportes de F. Ir contra el lazo paterno final vigente es altamente peligroso. Es posible calcular que con la aptitud para la escisión que le permitió ‘estar y no estar’ al mismo tiempo, esa misma escisión le permite ser muy amable en todas las entrevistas y simultáneamente actuar en un sentido totalmente contrario a escondidas con F. Esa complicidad la coloca indebidamente en un lugar excesivamente par respecto de F.” (fs. 626). Esta circunstancia, observada en forma reiterada y contra lo originalmente pactado, importó que se retrasara el avance de la vinculación con los abuelos maternos (Informe N° 7, fs. 627/629). Además, la dualidad de marras fue advertida con relación a un hecho personal afirmado por la progenitora —la concurrencia a la universidad—, que no era tal. “Las mentiras constituyen un síntoma respecto de la relación del orden simbólico con lo real: las palabras van por un lado y los hechos van por otro. Esta relación distorsionada a la palabra, dificulta o impide la posibilidad de pactar. No se trata de un abordaje moral del estatuto de la mentira, sino de un abordaje ético. Es decir, no se trata de que esté mal o bien mentir, sino de la imposibilidad de pactar en un recorrido de vinculación donde necesariamente se trata del consentimiento a sucesivos pactos. La mentira impide disponer de confianza en que se cuide el mejor interés del niño” (Informe N° 9, fs. 632/633);

h. que los abuelos biológicos cuestionaron “la decisión del Equipo de ir progresando en la vinculación por generaciones e importancia del lazo según les fue propuesto: primero la madre, segundo los abuelos, luego la tía, es decir la hermana de L. argumentan que no podrían conseguir que su hija R. entienda que primero conocerían ellos a F. y luego R. con este pedido de simultaneidad declaran que no pueden decirle que ‘no’ a su hija, lo cual da cuenta de un problema de autoridad en la familia, ya que esto le sucede a ambos padres” (Informe N° 2, fs. 606 *in fine*);

i. que “ninguno de los integrantes de la familia biológica ha pensado que el niño tenía que metabolizar la existencia de dos familias: esto necesita tiempo, más tiempo que un adulto porque no dispone del recurso del lenguaje para dar cuenta de las experiencias que va viviendo” (Informe N° 2, fs. 607); y, finalmente,

j. que “para F. la madre es A. y el padre es A. Gracias a que eso funcionó, no es hoy un psicótico. F. dispone de la función del padre y lugar de la madre en su estructura subjetiva, contruidos a partir de los guardadores y ocupados dichos lugares por éstos. El niño se conformó en relación a la función del padre y el lugar de la madre con ellos (...). Con esta estructura familiar se constituyó la subjetividad [del niño]. Se necesita tiempo para que entienda que tiene dos familias, el lazo con los guardadores está constituido y sería absolutamente no aconsejable someterlo a una nueva pérdida, sería una nueva adopción ya que el lazo de sangre sin el vínculo no es una referencia para nadie...” (Ibíd.). “En este momento, F. sólo reconoce a sus guardadores como sus padres, no hay espacio psíquico en este niño para pensar otra posibilidad familiar. Se puede calcular que mediante un trabajo psicoanalítico será posible la entrada de la familia biológica agregándose a la familia de crianza” (Informe N° 3, fs. 618/619).

14) Que, en aspectos directamente ligados con el interés del menor es preciso destacar algunas consideraciones realizadas en los informes presentados por el equipo de profesionales indicado. A tales efectos es necesario tener presente que:

1.- “Este niño está más desalojado que el año pasado, está el riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia.

Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada” (Informe N° 4 diciembre de 2004 p. 623).

2.- “Es una gran responsabilidad intervenir en un caso en el que por la edad del menor su estructura psíquica se está conformando: a menor edad del menor mayor vulnerabilidad... Era absolutamente calculable que hubiera efectos sobre la salud mental de F como consecuencia del proceso de vinculación...Es nuestra responsabilidad informar que, más allá de lo calculado, los efectos en F son peores que los calculados. Contando con que tiene casi un año más que la edad del comienzo de la vinculación, encontramos una llamativa labilidad psíquica y el riesgo de que termine siendo ‘hijo de nadie’, con la consiguiente pérdida de identidad. No se puede atentar contra los soportes con los que se construye la estructura de una persona, sus referentes, los que funcionaron como padres. Hay que avanzar lentamente... es necesario contemplar los tiempos propios, es decir el tiempo subjetivo de F, no la necesidad de los mayores...” (Informe N° 7 agosto de 2005 fs. 629).

3.- “Por el momento hablar de dos madres es dirigirnos en el futuro que no haya ninguna, está todavía constituyéndose el lugar fundamental y fundacional desde su estructura mental, que es el lugar de la madre” (Informe N° 8 octubre de 2005 fs. 629).

15) Que de lo descripto precedentemente se desprende que uno de los fundamentos esenciales que tuvo en cuenta el a quo para resolver de la forma en que lo hizo, esto es, la aptitud exigible a la madre biológica (confr. fs. 357 vta. in fine), no presenta actualmente la calidad de tal. Ello es así, pues de la actuación del equipo profesional que la propia cámara designó para intervenir en el proceso de restitución del menor surge con meridiana claridad que ni su progenitora ni sus abuelos maternos se encontrarían —por el momento— en una situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza, y así brindarle la contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual, en el marco de la difícil contingencia en la que se encuentra inmerso. Por el contrario, las observaciones formuladas en dichos estudios —cuyo valor convictivo es concluyente por su mayor precisión, inmediación con la evolución de la situación y proximidad temporaria con ella— son reveladoras de la falta de aptitud actual de la familia biológica para concretar por sí sola tal cometido, lo cual, a su vez, demuestra que el cambio de guarda no haría efectiva la protección del interés superior que la sentencia apelada intentó defender.

16) Que la conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar —siquiera implícitamente— algún tipo de preeminencia material a la familia adoptiva respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar —de modo expreso o solapado— a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 312:371, disidencia de los jueces Fayt y Baqué, en especial, considerandos 6° y 7°).

17) Que, en este sentido y en época reciente, este Tribunal ha puntualizado que la prece-dencia sanguínea “no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una du-

plicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6°).

18) Que, asimismo, surge de los informes del equipo de profesionales designados un concreto riesgo, cuyos efectos han comenzado a percibirse, para la integridad psíquica del niño y su desarrollo futuro si se produce el cambio de su situación.

La preservación del interés superior del niño en situaciones de grave conflicto como la que motiva la intervención de esta Corte, encuentra en el sistema legal argentino alternativas que en el contexto del régimen de adopción permiten, por un lado, garantizar aquel interés superior en una estructura estable y previsible, y por el otro, y en razón de las especiales circunstancias de la causa, configurar soluciones equilibradas para contener el conflicto y asegurar la efectiva tutela de la “verdad biológica” en una de sus vertientes sustantivas que es el derecho del menor a saber y a decidir en un momento determinado. Si bien en la práctica puede ser considerado un “triángulo adoptivo-afectivo”, encuadrado en el marco legal específico y disponible importa una clara definición de derechos y obligaciones (conf. arts. 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

19) Que, en este orden de ideas, en un estudio de reciente aparición difundido por la Academia Nacional de Ciencias Norteamericana y llevado a cabo por un equipo interdisciplinario que incluyó al economista y premio Nobel James Heckman, se puso de relieve que las experiencias vividas por las personas a temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva o económica (Knudsen, Eric I., Heckman, James J., Cameron, Judy L. & Shonkoff, Jack P. “*Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America’s future work-force*” (26)).

Y hace algunos años, el Consejo Científico Nacional para el Desarrollo de la Niñez de Estados Unidos —que agrupa a los científicos líderes en desarrollo infantil de ese país— recordaba que la crianza como la existencia de relaciones estables con adultos responsables son esenciales para un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. “Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan —confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal—. (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: ‘...para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su

(26) Publicado en “*Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*”, el 26 de junio próximo pasado. Dada su reciente aparición, el texto íntegro puede consultarse en Internet en la siguiente dirección: www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0600888103.

respecto una relación emocional irracional'. Alguien tiene que 'perder el juicio' por la criatura. Eso es lo primordial. El principio, el final, siempre" (27).

20) Que, para finalizar, viene al caso recordar lo dispuesto recientemente en el decreto 415/2006, que aprueba la reglamentación de la ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Así y mediante dicho acto, se reitera que el concepto "familia" o "núcleo familiar" no sólo comprende a los progenitores y a las personas vinculadas a los menores por líneas de parentesco, sino también a "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección" (confr. decreto citado, art. 7°).

21) Que una mención especial merece la forma en que tanto el ministerio público de segunda instancia como el *a quo* defendieron las posiciones que adoptaron en el presente juicio. Así, la formulación de aiosos enunciados —más propios de un ámbito académico que judicial—, como la existencia de reproches mutuos sobre la actuación que les cupo y su fundamento, algunos implícitos y otros no tanto, no condicen con la mesura y serenidad de espíritu que deben gobernar la actuación de la magistratura y del ministerio pupilar en la excelsa misión de impartir justicia y de colaborar con ella; máxime en casos como el de autos, en que se hallan en juego derechos particulares de la más alta sensibilidad y relevancia que, a su vez, interesan a la sociedad en su conjunto. En este orden de ideas, es oportuno rememorar las palabras que en alguna ocasión refirió Colmo al señalar que la administración de justicia resulta "*hasta un ideal de belleza. Arraiga en pasiones i conflictos que en definitiva (...) tienen que ver con la noción de lo solidario i el sentimiento de altruismo. I supone una tarea en que los elementos más elevados del espíritu, la inteligencia, la cultura, la ecuanimidad i todo lo demás, son puestos a contribución para prevenir diferencias, aplacar resquemores, restablecer situaciones vulneradas, reprimir inconductas, en una palabra, para hacer imperar las normas de distributiva i armónica cooperación, que es fuente de coeducación, prenda de paz i base de esfuerzos conjugados que permiten la unidad i el engrandecimiento del conjunto i de todos. (...Así,) i con sobrado motivo, ha podido sentar Voltaire que 'la plus belle fonction de l'humanité est celle de rendre la justice'*" (Colmo, Alfredo, "La Justicia," Obra póstuma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 135 y sgtes.).

Por ello, y lo dictaminado en concordancia por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: 1°) declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos y dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M.; 3°) devolver los expedientes al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los términos de esta sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvanse los autos.— JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DON CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decreta-

(27) "Young children develop in an environment of relationships". National Scientific Council on the Developing Child. Working paper N° 1. El texto íntegro de este ensayo puede consultarse en internet, en la siguiente dirección: <http://www.earlychildhoodnm.com/Documents/Early%20Ed%20Report.pdf>.

do el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la Cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales que fueron concedidos por el *a quo*.

2°) Para así decidir, los jueces sostuvieron que las resoluciones cuestionadas habían vulnerado el artículo 317, inciso a, del Código Civil, pues habían sido dictadas sin que el juzgado hubiera extremado los medios a su alcance para que la progenitora compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía.

Añadieron, que la prueba producida en la causa daba cuenta de que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol, por lo que su decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994 en el artículo 75, inciso 22 (fs. 352/361).

3°) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles, pues el *a quo* ha tomado una decisión contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (artículo 14, inciso 3° de la ley 48) apartándose de la pauta señalada por el art. 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil.

4°) El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es decir, que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito.

5°) Cabe destacar, que el amplio margen interpretativo de los primeros abordajes judiciales dado por la indeterminación de la norma, fue acotándose con el correr del tiempo.

Esta Corte, en su rol de máximo intérprete de la Constitución Nacional estableció pautas que deben guiar la interpretación y aplicación del principio rector establecido por el artículo 3°.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el expediente “S.C. s/ adopción”, (Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay).

6°) Entre otras cosas, se afirmó que, la regla establecida en dicha norma que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres.

Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes

acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente.

7°) En el fallo impugnado en esta oportunidad los camaristas afirman que “Si su futuro ya se encuentra comprometido porque no se ignora que la restitución requerirá un nuevo y fundamental cambio en la vida del menor, mucho más lo estará de no adoptarse la solución que se propicia, ya que nunca podrá sostenerse que la guarda —si se hubiera confirmado— fue producto del abandono de su madre, de su desamor, cuando como en estas actuaciones quedará la huella imborrable del reclamo materno” (fs. 359).

Puede advertirse que el razonamiento empleado es similar al que inspiró la sentencia publicada en Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay. Que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo.

En consecuencia, resulta de aplicación lo ya dicho por la Corte en el precedente citado en cuanto a que esa idea implica un punto de partida equivocado en términos constitucionales: es la conveniencia del niño lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno.

De lo dicho se deriva, que si la entrega de F. a su madre biológica suponía un daño para el niño, entonces los jueces debieron haber justificado su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo.

8°) Este Tribunal también ha sostenido, que la precedencia que la Convención sobre los Derechos del Niño da a la familia biológica, no es absoluta. Que sólo establece una presunción conectada con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial en la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. Pero que sin embargo, esto no es una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida desde los primeros momentos de la vida derivándose una identidad filiatoria que no necesariamente coincide con la verdad biológica.

En el caso examinado, cuando los camaristas se pronunciaron, F. llevaba, toda su vida, tres años y medio, viviendo con sus guardadores, quienes en los hechos desempeñaban los roles de padre y madre, a lo que se suma que su integración a ese grupo familiar resultaba óptima como su desarrollo evolutivo y psíquico. Es decir, que el niño ya había avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que —según lo dicho por esta Corte (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay— no se reducía a un dato histórico, sino que abarcaba todo un proceso vital que debía ponderarse. Como puede advertirse, la presunción a favor del vínculo biológico se ve rebatida en casos como el presente.

9) Teniendo en consideración el estado emocional y psicológico del niño respecto del matrimonio guardador (confr. fs. 608; 624, *in fine*, y 626 *in fine*) y el hecho de que la vinculación se encuentra en la actualidad indiscutiblemente producida, se advierte que separarlo de ellos implicaría tomar como absolutos los derechos consagrados en los artículos 7, 8 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. y, ante el conflicto, darle preeminencia al interés de la progenitora, que es justamente lo contrario a lo que propicia la pauta interpretativa cuya inteligencia se cuestiona.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios, dejar sin efecto la resolución recurrida, disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M. y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo al presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvase los autos principales.— CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los recursos extraordinarios de fs. 370/443 y 446/453 son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestiman los mencionados recursos extraordinarios. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Información complementaria: (28)

Tenencia - Guarda - Jueces - Instituciones - Preservación del menor

La Corte en la causa “*M., D. H. c/ M. B. M. F.*” (29/04/2008 - Fallos: 331:941), remitió a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal que, entre otras cosas, sostuvo que el derecho de familia se erige en armas imprescindibles para cualquier intervención judicial apropiada entre las que se destaca el “interés superior del niño”, que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad, que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos por lo que las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución, también que la conveniencia de la persona en formación y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial impone como primordial e impostergable que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Agregó que al tratarse de la vida de una persona menor la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para el menor, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad y en estos asuntos el interés superior del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél y que un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo vedada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (arts. 2.2 y 16.1) e incluso abren la posibilidad de que se configure abuso del derecho en la elección del domicilio familiar que —si apareciere injustificada y dañosa para el interés de la prole por afectar sin motivos sus afectos,

(28) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

educación u otros aspectos igualmente valorables— habilitaría el reclamo para impedir o reparar el daño ocasionado. Agregó que un cambio de guarda es siempre un asunto de extrema trascendencia para el hijo lo que impone un juicio que balancee con especial esmero las consecuencias para el infante en términos beneficio-daño; que en los procesos donde se debate la custodia de un niño el derecho a la salud interpela directamente a los jueces como una manda de jerarquía superior, que reclama la búsqueda de los medios más idóneos para su consagración efectiva y que las complejidades que presenta el derecho de familia reclaman el apoyo técnico, a punto tal que se ha llegado a decir que el deber tutelar del Poder Judicial no puede desarrollarse sin la intervención de expertos en las disciplinas de la salud, como tampoco sin la investigación de los datos de la realidad que para su comprensión, requieren de esos otros auxiliares.

Estado de adoptabilidad - Guarda provisoria - Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos

La Corte en la causa “*G., M. G s/ protección de persona —causa Nº 73.154/05— (16/04/2008 - Fallos: 331:2047)* sostuvo que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten. Agregó que el hecho de que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño imponga que la falta de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción no constituya por sí solo un motivo suficiente para impedir dicha guarda si ello entraña desatender al interés superior del niño, no implica pasar por alto, en definitiva, que no se han producido hasta el presente evaluaciones comparables con las requeridas por la ley 25.854 para determinar la aptitud adoptiva del menor y que el otorgamiento de una guarda es un momento privilegiado de gran trascendencia sociojurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere, según lo dispone el art. 21.a de la Convención sobre los Derechos del Niño en términos atinentes a la adopción pero aplicables a la faz de la mencionada guarda, contar con “toda la información pertinente y fidedigna” al respecto.

ALIMENTOS

Alimentos - Insolvencia del padre - Convención sobre los Derechos del Niño - Jueces

Guckenheimer, Carolina Inés y otros c/ Kleiman, Enrique y otro - 06/02/2001 - Fallos: 324:122

Antecedentes:

La madre en representación de sus hijos suscribió un convenio de alimentos con los abuelos paternos por el incumplimiento del padre. Al reiniciar éste el cumplimiento de la prestación, los abuelos dedujeron un incidente de cesación de alimentos, petición rechazada mediante sentencia firme. Luego la actora firmó un convenio con la hija de los abuelos en

concepto de pago único y total y en el cual estipulaba el cese definitivo de la obligación de los abuelos, que fue impugnado de nulidad e inoponibilidad por la recurrente. El juez de primera instancia decidió que debía tramitar por la vía ordinaria e hizo lugar al pedido de la madre que prosiguiera la ejecución de alimentos contra los abuelos. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo decidido. La actora interpuso recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja.

La Corte dejó sin efecto la sentencia.

Los jueces Nazareno, Petracchi, Boggiano y Vázquez desestimaron la queja al no dirigirse el recurso extraordinario contra una sentencia definitiva.

Algunas cuestiones planteadas:

a) **Interés superior del niño – Preclusión.**

b) **Alimentos – Jueces.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, por lo que no resulta fundado impedir la continuidad de un procedimiento que busca asegurar la subsistencia de los menores sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad.

- Cuando se trata de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional (29).

Texto del fallo

Dictamen de la Procuración General (30)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 6 de febrero de 2001.

Vistos los autos: **“Recurso de hecho deducido por Carolina Inés Guckenheimer por sí y en representación de sus hijos menores Gastón y Sofía Kleiman y Guckenheimer en la**

(29) **N. de S.:** Ver en similar sentido “**F., L. c/ L., V.**”, Fallos: 328:4013.

(30) **N. de S.:** El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

causa Guckenheimer, Carolina Inés y otros c/ Kleiman, Enrique y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que en razón de que el padre de los menores no cumplía con la obligación alimentaria a su cargo, la madre, en nombre y representación de sus hijos, suscribió con los abuelos paternos un convenio —que fue homologado judicialmente— por el cual éstos se comprometieron a abonar una cuota mensual por tal concepto y asumieron el gasto correspondiente a la medicina prepaga (fs. 91/92, expte. n° 48724/94). Con posterioridad, los alimentantes dedujeron un incidente de cesación de alimentos alegando que su hijo había reiniciado el cumplimiento de la prestación respectiva, petición que fue rechazada mediante sentencia que se encuentra firme (fs. 106/107 y 142/143, expte. n° 61291/95).

2°) Que con fecha 2 de diciembre de 1997, la actora celebró un nuevo convenio con la hija de los codemandados mediante el cual percibió la suma de \$ 130.000, en concepto de pago único y total, estipulando que cesaba definitivamente la obligación alimentaria de los abuelos en favor de sus nietos, acuerdo que fue impugnado de nulidad e inoponibilidad por la demandante, quien alegó haberlo firmado en estado de necesidad y con su voluntad viciada, por lo que solicitó que no se homologara ni se levantaran las medidas cautelares pues no había intervenido el ministerio pupilar y contenía una renuncia a alimentos futuros prohibida por la ley (fs. 8/9 y 14/20, expte. n° 9724/98).

3°) Que en razón de entender que la cuestión propuesta excedía el marco procesal del juicio de alimentos, el juzgado decidió que debía tramitar por la vía ordinaria (fs. 21, expte. n° 9724/98); por su parte, la madre de los menores pidió que prosiguiera la ejecución de alimentos contra los abuelos sobre la base del convenio originario, lo cual dio lugar a que el magistrado finalmente intimara al cumplimiento de la prestación alimentaria en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 648 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 17, expte. n° 96270/98).

4°) Que al expedirse sobre la apelación interpuesta por los demandados, la alzada revocó dicha resolución porque había sido consecuencia de otra anterior que se encontraba firme, aparte de que consideró que, sin perjuicio de lo que se resolviera en el juicio sobre nulidad, no debió darse curso a la intimación solicitada por la actora pues no podía pretenderse la prosecución de este proceso como si tal acuerdo no existiera, máxime cuando había tenido principio de ejecución al haberse reconocido que aquélla había percibido la suma anteriormente recibida (fs. 42, expte. n° 96270/98 y fs. 497, expte. n° 48724/94).

5°) Que las impugnaciones de la apelante suscitan materia federal para su consideración por esta Corte, habida cuenta de que no obstante referirse a cuestiones fácticas y de derecho común y procesal, ajenas —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice decisivo para abrir el recurso cuando, con menoscabo del derecho de defensa en juicio, el tribunal ha incurrido en exceso ritual al postergar el derecho alimentario de los menores a las resultas del proceso ordinario de nulidad, lo cual no sólo desvirtúa la brevedad de trámite previsto por la ley para reclamos de esta índole y desatiende el interés superior de los menores, sino que también pone de manifiesto en forma inequívoca la existencia de un agravio de insuficiente reparación ulterior.

6°) Que limitado el problema a decidir a la posibilidad de continuar la ejecución de los alimentos oportunamente pactados mediante el convenio originario que se encuentra ho-

mologado (fs. 91/92, expte. n° 48724/94), no resultan sustento suficiente de la resolución los argumentos utilizados por el a quo ya que, más allá de las vicisitudes procesales que pone de manifiesto el trámite de esta causa, no puede soslayarse en el caso que el acuerdo posterior no fue homologado y que a ello se ha opuesto el ministerio pupilar, como representante promiscuo de los menores, alegando que importaba una transacción referente a derechos de carácter litigioso que no había sido incorporada a la causa, que su parte no había tomado oportuna intervención y que el pacto contendría una renuncia a alimentos futuros vedada por la ley (arts. 59, 374, 833, 1044 del Código Civil; fs. 332).

7°) Que atento a que la resolución del a quo difiere por un término irrazonable la solución del caso, resulta necesario destacar que la consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (Fallos: 322:2701); por lo que no resulta fundado impedir la continuidad de un procedimiento que busca asegurar la subsistencia de los menores sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad (Fallos: 317:757).

8°) Que ello es así pues cuando se trata de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional, lo cual se produciría en el caso si el reclamo efectuado por la actora tuviese que aguardar a la resolución del referido juicio ordinario y en ese lapso quedaran sin protección alguna los intereses cuya satisfacción se requiere en estos autos (art. 27, inc. 4, de la convención citada).

9°) Que, por lo demás, la adecuada consideración del interés superior de los menores choca en el caso con una decisión que se basa en motivaciones que vuelven inoperantes las normas de fondo y de forma que prevén una vía sumaria para la acción de alimentos e impiden su acumulación a otra que deba tener un procedimiento ordinario (arts. 375 y conc. del Código Civil y 638, 650 y concs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

10) Que, en tales condiciones, y sin perjuicio de lo que pudiere resolverse en el proceso aludido con relación a los vicios de ilegalidad que se atribuyen al segundo convenio no homologado al presente, procede el acogimiento del recurso federal pues media nexo directo e inmediato entre lo resuelto y el derecho de defensa en juicio, por lo que corresponde descalificar el pronunciamiento apelado (art. 15, ley 48).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia de fs. 497. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.— JULIO S. NAZARENO (en disidencia) — EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) — ANTONIO BOGGIANO (en disidencia) — GUILLERMO A. F. LÓPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ (en disidencia).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DON ANTONIO BOGGIANO Y DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima esta presentación directa. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales.— JULIO S. NAZARENO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO

Información complementaria: (31)

Tenencia - Capacidad para estar en juicio - Menores

La Corte en la causa “*M., G. c/ P., C. A.*” (M. 394. XLIV - 26/06/2012) dijo que las prescripciones de la ley 26.061 (32) deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En tal sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por dicha ley; por tanto de acuerdo a este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2º el Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte. Agregó que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal y que la interpretación contextual del art. 27 de la ley 26.061 (32), incardinándolo en el sistema vigente del Código Civil, no luce incoherente ni ofende a los principios de igualdad y debido proceso consagrados por la Carta Magna y la Convención sobre los Derechos del Niño.

CUESTIONES PROCESALES

Información complementaria: (33)

Nulidad de notificación - Fijación de domicilio de menores

En la causa “*Haag, Holly Marie c/ Kaufer, Robert Anthony*” (21/05/2001 - Fallos: 324:1672) la Corte estableció que si bien las sentencias que rechazan el incidente de nuli-

(31) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

(32) N. de S.: Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

(33) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

dad de notificación de la demanda no revisten el carácter de definitiva cabe hacer excepción cuando se encuentran en juego intereses que exceden a los de las partes, como son los que importan a los hijos menores, pasibles de protección especial (Convención sobre los Derechos del Niño y Resolución P.G.N. 30/97) y con la probabilidad cierta de ser afectados si un juicio se extendiera más de lo inevitablemente necesario.

DERECHO A LA INTIMIDAD

Protección del menor - Juicio de filiación - Libertad de prensa - Publicidad de los juicios (34)

S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias - 03/04/2012 - Fallos: 324:975

Antecedentes:

En primera instancia se decidió hacer saber a los medios de prensa que deberían abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor. Apelada esta resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

La Corte Suprema revocó la resolución recurrida.

Los jueces Nazareno y Bossert, por su voto, señalaron que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, evitando una injustificada restricción de la libertad de prensa.

(34) **N. de S.**: Respecto los derechos de los menores, ver “**Menem Carlos S c/ Editorial Perfil S.A y otros**” (Fallos: 324:2895). En la causa “**R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra**” (Fallos: 326:4165), relativa a un reclamo por indemnización del daño moral ocasionado por la difusión de una noticia sobre la violación de la actora cuando era menor de edad, la Corte dejó sin efecto por arbitraria la sentencia que lo había acogido, en virtud de falencias en el análisis del material probatorio. La mayoría del Tribunal señaló que si los jueces de la causa deben ser estrictamente respetuosos en todos los casos de fundar debidamente sus sentencias, esta obligación se intensifica cuando los temas que deciden a través de sus fallos están impregnados de una mayor implicancia, como es el ejercicio de la libertad de expresión. El Juez Vázquez, en disidencia, hizo lugar a la responsabilidad del medio, sosteniendo que si el diario hizo caso omiso de la advertencia formulada por una funcionaria del tribunal oral, —de que debía abstenerse de dar a conocer los datos filiatorios de la víctima por tratarse de una menor de edad— ello denotaba el carácter arbitrario de la intromisión y excluía la causal de justificación en virtud del legítimo ejercicio del derecho de informar. Ver, asimismo, “**Perelmuter, Isaac Gabriel y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.**” (Fallos: 326:4638) y “**Keylián, Luis Alberto y otro c/ Santillán, María Laura y otros s/ sumario**” (Fallos: 327:3536) —en la que el Tribunal rechazó los agravios fundados en la invocada autorización tácita del interesado para la reproducción de las fotografías, y en el hecho de que fueran agregadas a la causa por el padre del menor como prueba de la relación familiar, pues no existían elementos que hagan presumir la autorización del padre para darlas a publicidad—. En la causa “**Sciammaro, Liliana E. c/Diario ‘El Sol’ s/daños y perjuicios**” (Fallos: 330:3685), la Corte señaló que los lineamientos de la doctrina “Campillay” no eran de aplicación cuando media una prohibición legal de difusión respecto de la noticia propalada por el medio, como cuando la finalidad tuitiva del legislador fue evitar la publicidad de ciertos hechos, en cuanto conciernen a la persona del menor.

Los jueces Moliné O'Connor, López, Boggiano y Vázquez, consideraron que un modo de conciliar la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de un menor es restringir la difusión de cualquier información relacionada con el juicio de filiación que permita identificar al menor.

El juez Fayt, por su voto, dijo que la sola reserva de aquellos datos que pudieran conducir a la identificación en el juicio de filiación en nada afecta el debate público, a la par que conjura el inmensurable daño que podría causar a la niña la exposición de su padecer.

El juez Belluscio, en disidencia, expresó que el derecho a la intimidad no se diluye cuando su titular decide promover un proceso judicial, pues conduciría a limitar el acceso a la jurisdicción de quienes persiguen esclarecer su estado de familia.

El juez Petracchi, en disidencia, dijo que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sólo impone el criterio para guiar la actuación de los órganos del Estado, que tendrán que atender primordialmente al “interés superior del niño”.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Régimen normativo - Menores - Derecho a la intimidad.**
- b) **Interés del menor - Libertad de Prensa - Publicación del nombre del menor - Conflicto entre el derecho de intimidad del menor y el de libertad de expresión.**
- c) **Filiación.**
- d) **Protección del niño.**
- e) **Derecho a la intimidad.**
- f) **Identidad del menor.**



Estándar aplicado por la Corte:

-Los derechos del menor, entre los cuales se encuentra el derecho a la intimidad —contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional—, encuentran un ámbito de protección inequívoco en los arts. 16 y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en términos amplios, en el art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

-Corresponde a la Corte Suprema armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa —que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno— con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el art. 16, inc.1º, de

la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto.

- La protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

- La prohibición de propalar “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuración General (35)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 3 de abril de 2001.

Vistos los autos: “**S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias**”.

Considerando:

1°) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3). Apelada esta resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

2°) Que a tal efecto, el tribunal sostuvo que los aspectos de la personalidad comprendidos en la esfera secreta de los individuos no mudan su naturaleza cuando constituyen la base de un proceso judicial, pues ello “provocaría inevitablemente que los habitantes de la República autolimiten su derecho a acceder a la justicia”; que la reserva en el trámite de ciertos expedientes en los que tratan aspectos íntimos de las personas se encuentra prevista en los arts. 63 a 66 del Reglamento para la Justicia Nacional, en la acordada 2 de 1981 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y en la ley 20.056; que la intimidad de los niños y la atención primordial de su interés superior se encuentra contemplado en los arts. 3° y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño; que cuando están en conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación que carecen de discernimiento para disponer de un

(35) **N. de S.:** El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

aspecto tan íntimo de su personalidad y merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces; que esta protección preventiva de la intimidad se encuentra prevista también en otros ordenamientos positivos como el español y el francés.

Contra este pronunciamiento la agencia de noticias dedujo el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 215.

3°) Que los agravios del recurrente se centran en sostener: a) Que la sentencia de Cámara contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional; b) que resulta inaplicable la ley 20.056; c) que el fallo omite toda referencia al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) que existe un apartamiento de la jurisprudencia de esta Corte en la materia.

4°) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas.

5°) Que la resolución apelada resulta equiparable a sentencia definitiva pues las características de la medida ordenada hacen que la demandada sufra un agravio de insuficiente reparación ulterior por el fallo que pudiera dictarse en la causa.

6°) Que respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” contemplado en el art. 14 de la Constitución Nacional, esta Corte tuvo oportunidad de señalar que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica. De lo contrario existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas (Fallos: 248:291; 315:1943).

7°) Que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido (Fallos: 315:1943).

8°) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona pautas inexcusablemente atendibles para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión.

En este sentido, el art. 13 de la convención establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

9º) Que por otra parte el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Y a su vez, el art. 3º de esta convención dispone que:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14.1 que “...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

10) Que dicho régimen normativo establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos del menor entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos: 306:1892) y también protegido, en términos amplios, en el art. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11) Que los derechos reconocidos en la Constitución —y por ende en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna— deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales.

12) Que, por consiguiente, corresponde al Tribunal armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa —que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno— con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el art. 16, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto.

13) Que en la ya señalada tarea de armonización de las garantías constitucionales cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa, ya que como esta Corte ha señalado, el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente por ley y su interpretación deba ser restrictiva (Fallos: 316:1623).

14) Que la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite —cuya exhibición se encuentra reservada a las partes y direc-

tamente interesados (conf. art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional)— reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre, representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña. Ello, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente, agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores.

15) Que el Tribunal advierte que la prohibición de propalar “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación. Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca, con el alcance indicado, la resolución recurrida. Costas por su orden. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese.— JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR (según su voto) — CARLOS S. FAYT (según su voto) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO (en disidencia) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) — ANTONIO BOGGIANO (según su voto) — GUILLERMO A. F. LÓPEZ (según su voto) — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ (según su voto).

VOTO DEL VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LÓPEZ

Considerando:

1º) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3/3 vta.). Apelada dicha resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse a la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados” (fs. 159/164).

2º) Que, en lo sustancial, el tribunal sostuvo que cuando, como en el caso, están en aparente conflicto el derecho de intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad. Señaló, en tal sentido, que los arts. 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantizan a los menores la protección de la ley para repeler las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, estableciendo como pauta corroborante de las decisiones que se adopten al respecto, que los actos emanados de cualquiera de los poderes del Estado deben atender a sus intereses primordiales. Consideró que el derecho a la prevención asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados. Agregó que, por su situación de inferioridad, “los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos”.

3°) Que contra tal decisión Diarios y Noticias S.A. interpuso recurso extraordinario con sustento en que la sentencia contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por otra parte, la sentencia es equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

5°) Que la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida también en precepto de igual jerarquía, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país por la ley 23.849.

6°) Que respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, esta Corte tuvo oportunidad de señalar que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica” (Fallos: 248:291, considerando 25). De lo contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas.

7°) Que, sin perjuicio de ello, constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídicamente protegido. Ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permissionarios de los medios de difusión (395 U.S. 367, “Red Lion Broadcasting Co. v. FCC”; Fallos: 315:1943).

8°) Que el citado Pacto Interamericano de Derechos Humanos proporciona pautas para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión. En lo que aquí interesa, el art. 13 establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades

ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley, y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En materia de espectáculos públicos, el Pacto admite una limitación al principio sentado, al prever que “pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2” (inc. 4).

9º) Que de la reseña hasta aquí efectuada se desprende que tanto en el texto original de nuestra constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el Pacto de San José de Costa Rica, la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen. Claro ejemplo de ello se advierte en el inc. 1º antes transcrito, en el que se describen los actos que configuran el ejercicio de la libertad de expresión y de pensamiento —buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas—, los que pueden ser dados a conocer por diversos medios —oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o cualquier otro idóneo para su difusión—, sin que esos medios se confundan con los actos previamente indicados.

Los medios de comunicación son pues el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional —libre expresión de ideas— o por el pacto mencionado —búsqueda, recepción y difusión de ideas e información—. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas (Fallos: 315:1943, considerando 9º). No obstante ello, habida cuenta de la estrecha relación existente entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión —desde que aquéllos constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por esa libertad y que ordenan primordialmente a ese fin su actividad— toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (Fallos: 315:1943, considerando 10).

10) Que, en este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación del modelo democrático y del ejercicio de las libertades fundamentales que le son inherentes. Así, en el tema sub examine, la Corte Suprema Norteamericana ha manifestado —en sentido coincidente con lo expresado por este Tribunal— que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (“Freedman v. Maryland”, 380 U.S. 51 —1965—; “Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann”, 393 U.S. 175 —1968—; “Bantam Books, Inc. v. Sullivan”, 372 U.S. 58 —1971—; “Organization for a Better Austin et al. v. Keefe”, 402 U.S. 4315 —1971—; “Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad”, 420 U.S. 546 —1976—). Sin embargo, ha señalado también en reiteradas oportunidades que la libertad de expresión y de prensa no confiere una inmunidad absoluta de estas restricciones. En este sentido, en el *leading case* Near v. Minnesota, la Corte —por medio de la opinión del Justice Hughes— señaló que “se ha juzgado que el principio de inmunidad de restricción previa está proclamado en forma demasiado amplia, si tal restricción es juzgada siempre prohibida. Esto es indudablemente cierto; la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada”. Se agregó en esa oportunidad que el interés del Estado justifica las restricciones previas sólo en casos excepcionales: cuando se ponga en peligro la seguridad del país en tiempos de guerra, se amenacen los principios de decencia pública (publicaciones obscenas) o se invada el derecho a la privacidad (283 U.S. 697).

Estos principios fueron reiterados en “*Schenck v. United States*” (249 U.S. 47) donde la Corte expresó que ciertas palabras que comúnmente estarían comprendidas en la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda, pueden ser prohibidas cuando son de tal naturaleza y utilizadas en tales circunstancias que existe un peligro claro que causarán perjuicios sustanciales que el Congreso tiene derecho a prevenir. En este sentido el tribunal estableció que “el principio de la prohibición de restricciones previas a la prensa se limita cuando la publicación pudiera constituir un obstáculo contra el esfuerzo del gobierno en tiempos de guerra...”. Como corolario de esta doctrina jurisprudencial, en “*Kingsley Books, Inc. v. Brown*” (354 U.S. 436) —luego de citar el caso “*Near v. Minnesota*” como uno de los precedentes más importantes en este ámbito— la Corte señaló que “*Near* no dejaba duda alguna de que la libertad de expresión y de prensa no es un derecho absoluto...y que la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada”, afirmándose más tarde (“*Seattle Times Co. v. Rhinehart*” 467 U.S. 20 —1984—) que “el control que pueda ejercer una corte respecto a la información obtenida en el transcurso de un proceso judicial no tiene el mismo sentido que la censura de gobierno (...) Una orden prohibiendo la publicación de información obtenida durante el proceso no es la clase de censura que se puede prohibir a la luz de la Primera Enmienda”.

11) Que, de conformidad con la distinción sentada en el considerando 9º, los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar judicialmente si —en el caso de que se trata— concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción (Fallos: 315:1943). Cuando se invoquen situaciones que puedan transponer esa frontera el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad o, como en la presente, si enfrentada circunstancialmente con el ejercicio de otro derecho de jerarquía constitucional —la intimidad de un menor— al que se le otorgó el beneficio de una tutela preventiva judicial, corresponde determinar si esa protección cautelar puede considerarse alcanzada por la prohibición de censura consagrada en la Ley Fundamental.

12) Que, con relación a la tutela constitucional de los menores, el art. 16 de la mencionada convención estatuye que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” (punto 1.) y que “El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (punto 2.), derecho que también es reconocido en forma genérica por la Convención Americana (art. 11, incs. 2º y 3º). Por el art. 8º, los 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”.

Por su parte, el art. 3º, punto 1. de la convención establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esta consideración rectora, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte (conf. Fallos: 322:2701), cuando —como en el caso— procede a la hermenéutica de los textos constitucionales.

13) Que, además, como pauta de interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos —que comprende además del texto el preámbulo y anexos— y teniendo

en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena). Asimismo, en lo que concierne al caso sometido a estudio es dable recurrir a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

14) Que, en este sentido cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 29 que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados... d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza”. Por su parte, el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

15) Que, por otra parte, este Tribunal en numerosos precedentes ha expresado que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

16) Que el art. 75, inc. 22, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece —en su última parte— que aquéllos “...no derogan artículo alguno de la primera parte de ésta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales, y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente (Fallos: 319:3148; 321:885; 322:875).

17) Que, sentados estos principios hermenéuticos, como primera conclusión se advierte que la Convención Americana confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño, los que —entre otros derechos fundamentales de la persona— no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 19), suspensión que sí podría alcanzar en las condiciones de marcada excepción previstas a los derechos reconocidos en el art. 13 del pacto. Con idéntica significación, según ya se adelantara, el tratado admite la censura previa —en desmedro de la libertad de expresión en materia de espectáculos públicos—, “para la protección moral de la infancia y adolescencia”, previsión reveladora de la primacía que se reconoce a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos.

18) Que, de ese modo, la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial analogía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una “protección especial” enunciada en el preámbulo de la última, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella

solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del niño, que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal” (conf. preámbulo ya citado), lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (conf. art. 19 del pacto).

19) Que, a la luz de estos principios, no cabe duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes (art. 12.2 de la Convención del Niño) y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados.

20) Que, en efecto, es evidente el derecho del niño —ejercido por su madre— a esclarecer su filiación en un proceso rodeado de la mayor reserva en lo atinente a su persona, sin que la notoriedad del presunto padre justifique el agravio constitucional alegado por la recurrente, toda vez que la medida restrictiva se vincula exclusivamente a los datos que hacen a la privacidad de la menor, ámbito escindible de la exposición pública propia de la figura demandada. Como ha expresado esta Corte, nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892).

Asiste razón por ello al a quo, cuando afirma que, por tratarse la actora de una persona en plena formación y carente de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad —como el que ya había comenzado a difundirse por algunos medios periodísticos— correspondía evitar preventivamente la producción de daños que tornarían ilusoria la garantía constitucional invocada.

21) Que, en este orden de ideas, corroboran a la conclusión precedente otras normas internacionales de jerarquía constitucional, que preservan específicamente la intimidad de los menores sometidos a juicio. Así, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece —como regla— que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, sienta una expresa excepción “en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores” (art. 14. punto 1.); a la vez que la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a los menores —en las actuaciones penales que los involucran— el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40, punto 2., inc. b, ap. VIII). Bajo este marco normativo, adquiere especial sentido la reflexión de la cámara, en cuanto a que si se ha concedido protección especial a los menores aun en casos en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, con mayor razón debe reconocerse tal reserva cuando se trata del ejercicio de una acción de la naturaleza de la presente, en la que está en discusión el emplazamiento en un determinado estado de familia, cuyo resultado es incierto y forma parte de la esfera reservada del individuo.

22) Que en cuanto a los planteos vinculados con la falta de vigencia y eventual inconstitucionalidad de la ley 20.056 —invocada como argumento corroborante por la Cámara—, los mismos carecen de relevancia para desvirtuar las conclusiones del a quo, que reconocen sustento propio en normas convencionales de jerarquía constitucional. En tales condiciones,

no existe una relación directa e inmediata entre la materia del pronunciamiento apelado y la norma invocada, en grado tal que la solución de la causa dependa de su validez constitucional.

23) Que tampoco la tutela preventiva dispuesta con el alcance indicado importa una restricción a la publicidad de los actos de gobierno —inherente a la esencia del sistema republicano—, pues no se encuentra enderezada en este caso al ocultamiento de la actividad jurisdiccional, sustrayéndola por esta vía del escrutinio de la opinión pública, sino a la protección de la identidad de quien ocurre en demanda de justicia en una materia extremadamente sensible y reservada al claustro de su intimidad. Tal restricción, dispuesta cautelarmente para el decurso del proceso, guarda coherencia por la revisión de los expedientes judiciales de carácter reservado por su referencia a cuestiones de familia (art. 64, inc. b, Reglamento para la Justicia Nacional); y las que corresponde adoptar con la publicidad de las sentencias definitivas, “por razones de decoro” o en resguardo de “la intimidad de las partes o de terceros,” supuestos en que los nombres pertinentes deben ser eliminados de las copias para publicidad (conf. art. 164, 2º párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Estas son excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de dichos valores (Fallos: 316:1632, votos de los jueces Boggiano y Petracchi, considerando 8º).

24) Que los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar —como en el caso— aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (art. 25 del pacto), atento a la insuficiencia de las “responsabilidades ulteriores” para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio. Como bien lo destaca en su dictamen el señor Procurador General, “una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación ulterior subsane el daño que dicha divulgación provoque”. Ello máxime cuando no se ha invocado que la intervención periodística responda al esclarecimiento de asuntos vinculados con la cosa pública, móvil que podría justificar la existencia de un interés social en la intromisión de la esfera privada.

25) Que a ello no empece que, para conciliar ambos derechos —libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor— el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva. Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el “conflicto de derechos” traído por las partes, sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego.

26) Que, en el caso, un modo de conciliar ambos derechos —evitando darles un sentido que los ponga en pugna destruyendo unos por otros, y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efecto— es restringir la difusión de cualquier información relacionada con el juicio de filiación que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen así como el de su madre, domicilio, o de cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación.

27) Que, por último, cabe poner de relieve la tutela preventiva de la índole de la dispuesta —ordenada a evitar la ocurrencia de un daño cierto o en extremo verosímil, e irreparable en sus consecuencias— no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más

vivas reacciones de los hombres libres —las provenientes de los Poderes Legislativo o Ejecutivo—. “La intervención preventiva de los jueces —que impropriamente podría denominarse censura—, supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados” (Fallos: 315:1943, voto del juez Boggiano, considerando 9°; voto del juez Barra, considerando 8°). Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvase.— EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR - GUILLERMO A. F. LÓPEZ.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DON ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ

Considerando:

1°) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3/3 vta.). Apelada dicha resolución por la agencia Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

2°) Que, en lo sustancial, el tribunal sostuvo que cuando, como en el caso, están en aparente conflicto el derecho de intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños a aquéllos, por tratarse de personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad. Señaló en tal sentido, que los arts. 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantizan a los menores la protección de la ley para repeler las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, estableciendo como pauta corroborante de las decisiones que se adopten al respecto, que los actos emanados de cualquiera de los poderes de Estado deben atender a sus intereses primordiales. Consideró que el derecho a la prevención asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados.

Agregó que, por su situación de inferioridad, “los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos”.

3°) Que contra tal decisión “Diarios y Noticias S.A.” interpuso recurso extraordinario con sustento en que la sentencia contradice la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3 de la ley 48). Por otra parte, la sentencia es equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

5°) Que la cuestión a resolver reside en determinar si la prohibición de la censura previa contenida en el art. 14 de la Constitución y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— constituye un principio de alcances absolutos, o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas de la libertad de expresión con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida en preceptos de igual jerarquía, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país por la ley 23.849.

6°) Que el Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse acerca de los alcances de la censura previa consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional así como del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, al consagrar el principio de libertad de expresión, declara que su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores (inc. 2). La única limitación se relaciona con los espectáculos públicos, los que pueden ser sometidos por la ley a la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2 (Fallos: 315:1943 —votos concurrentes—).

7°) Que, en efecto, en dicho precedente se destacó que el sentido de la libertad de expresión y su importancia para una sociedad democrática fueron elementos valorados con similar alcance tanto en la Constitución como en el referido pacto, haciendo especial énfasis en que la diferencia radicaba en la mayor precisión de las normas del pacto, que define el ámbito irreductible de tal derecho al conjurar cualquier tipo de interdicción previa en asuntos que puedan afectar el derecho al honor o a la intimidad. Sobre tal base se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, para lo cual habrá que apreciar en cada caso si la eventual intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (voto del juez Boggiano en la causa citada).

8°) Que, cabe entonces indagar si corresponde hacer extensiva la doctrina allí expuesta al caso de autos, en los que, a diferencia de dicho precedente, se halla en juego el derecho de intimidad de un menor, el cual encuentra protección especial en la Convención del Niño —que también ostenta jerarquía constitucional—, y sobre tal base analizar si la interdicción de la jueza, en aras de preservar la protección del menor en una cuestión de estricta índole familiar, vulnera la censura previa consagrada en las normas invocadas por el recurrente.

9°) Que, de manera preliminar, cabe poner de relieve que no corresponde encuadrar el caso en la doctrina invocada por el recurrente respecto a la libertad de expresión cuando involucra personalidades públicas pues, en el caso, la intromisión a la vida privada que alega la peticionaria —a través de sus representantes legales— no lo es respecto a su presunto padre —figura pública conocida— sino en su propio interés, alegando que se encuentra sometida a

un constante acoso por parte de medios televisivos, gráficos y radiales apostados en su domicilio particular.

10) Que, en segundo lugar, cabe tener presente la doctrina de Fallos: 315:1943, en la que se expresó que aun considerando los riesgos que puede traer aparejado establecer ex ante la existencia de un abuso de la libertad de expresión, la señalada censura judicial no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres inspirando proposiciones jurídicas análogas a las examinadas, esto es, a la que pudiese provenir de los poderes legislativo o ejecutivo. La intervención preventiva de los jueces —que impropiamente podría denominarse censura— supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados. Allí se expresa “No es la oportunidad o conveniencia política lo que guía la conducta del juez, sino la justicia del caso que llega a sus estrados, por lo que los celos que despertó en los convencionales bonaerenses las intenciones del titular del Poder Ejecutivo no tienen justificación” (voto del juez Boggiano).

11) Que, en el precedente citado también se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia —incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso— y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión: máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Tal como se señaló en el precedente citado “La interdicción de la censura previa, en la Constitución Nacional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable”.

12) Que, sobre tal base es que corresponde analizar la cuestión planteada.

13) Que el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica —invocado por el recurrente— dispone que:

1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°.

14) Que, por su parte el art. 3º, punto 1. de la Convención del Niño establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Asimismo, el art. 16º.1 de la mencionada convención estatuye que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” y 2. “El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

15) Que, en forma concordante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su art. 14º.1 que “...toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

16) Que como pauta para la interpretación de los tratados es necesario acudir al principio de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos —que comprende además del texto el preámbulo y anexos— y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena). Asimismo, en lo que concierne al caso sometido a estudio es dable recurrir a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

17) Que, en este sentido cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su art. 29 que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados... d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros pactos internacionales de la misma naturaleza”. Por su parte el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en a) el derecho de un estado parte o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

18) Que, por otra parte, este Tribunal en numerosos precedentes ha expresado que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

19) Que el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden

los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente (Fallos: 319:3148; 321:885; 322:875).

20) Que los niños gozan, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación, que requieren del adulto y de la sociedad —incluidos los medios de difusión—, comportamientos que los garanticen; tal es el sentido de la limitación que prevé el Pacto de San José de Costa Rica a la libertad de expresión al disponer que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el objeto de proteger la moral de la infancia y la adolescencia.

21) Que, por otra parte, algunos derechos fundamentales no pueden ser derogados aun en tiempo de guerra o de otras emergencias que amenacen a la Nación. La Convención Americana establece que los derechos a la personalidad jurídica, a la vida y trato humanitario, libertad de esclavitud, libertad de leyes *ex post facto*, libertad de conciencia y religión, los derechos de la familia, al nombre, los derechos del niño, de la nacionalidad y de la participación en el gobierno son inderogables —arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 12, 17, 18, 19, 20, 23 y 27— (confr. R. Higgins, “Derogation Under Human Rights Treaties,” 48 *British Yearbook of International Law*, 1976-7, pág. 281).

22) Que, en tales condiciones, la Convención Americana misma confiere un lugar especial en la jerarquía interna del tratado a los derechos del niño. Así la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial armonía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos del niño y sólo una lectura o interpretación parcializada o dudosamente regionalista de la Convención Americana podría hallar un conflicto de derechos cuando su misma normativa expresamente lo resuelve o previene.

23) Que, en consecuencia, pierde sustento la crítica que el recurrente efectúa a la ley 20.056 a la que tacha de inconstitucional, no sólo por ajustarse a los principios que emanan del pacto sino por conformarse a las pautas hermenéuticas señaladas por el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica y el 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establecen que deberá prevalecer cualquier disposición de derecho interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores. Esta norma prohíbe en todo el territorio de la república la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años, que se encuentren, entre otros supuestos, en peligro moral o material a efectos de evitar que el menor pueda ser identificado, y le otorga a los jueces la facultad de autorizar la difusión cuando lo estimen conveniente. Dicha normativa es aplicable a casos como el presente, en los que está en discusión el emplazamiento en un determinado estado de familia, cuyo resultado es incierto y su contenido forma parte de la esfera reservada del individuo.

24) Que la “protección especial” enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º —dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos—, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes.

25) Que no hay duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes

(art. 12.2 de la Convención del Niño) y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados.

26) Que, en efecto, en primer lugar, en el art. 16 que lo habilita para repeler cualquier injerencia arbitraria o intromisión abusiva en su vida privada. En segundo lugar, cabe señalar que si bien es cierto que, de acuerdo a la Convención del Niño, el menor tiene un indiscutible derecho a conocer su verdadera identidad (arts. 7° y 8°), también lo es que el tratado citado obliga a los Estados Partes a preservar su identidad...sin injerencias ilícitas (art. 8°.1). El Pacto de San José de Costa Rica, también pone especial énfasis en la protección de los menores al expresar que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

27) Que, en el caso, es evidente el derecho del niño, ejercido por su madre, a establecer su identidad en un proceso rodeado de la mayor delicadeza y discreción en el cual sea posible hacerle justicia acerca del aspecto más interno de su personalidad, sin que la notoriedad del presunto padre justifique la publicidad de una controversia que indudablemente interesa más a las partes que a la sociedad, pese a que el resultado del litigio trascienda al interés público en cuanto constituya con certeza el estado de familia del niño, pues establecida la filiación, confluirán en vigorosa armonía los derechos de informar y del niño en dar a conocer su filiación definitiva. Mientras dure el proceso, la información habrá de aguardar. Los detalles y vicisitudes del proceso pertenecen, hasta el fallo, a la intimidad del niño. La publicidad de tales circunstancias, además de lesionar irreparablemente la intimidad del niño, puede hacer peligrar la objetividad del juicio y, por ende, la defensa de los derechos del menor, por el peligro más o menos concreto de la influencia de prejuicios anticipados sobre la decisión final de la causa (confr. en el mismo sentido art. 64, inc. b, del Reglamento para la Justicia Nacional).

28) Que a tal conclusión también se llega por vía de aplicación analógica del art. 40-2. inc. b, VII, de la Convención del Niño en cuanto se establece “que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”. En este sentido —como sostuvo el a quo— si la convención ha concedido una protección especial a los menores aun en el caso en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, tanto más en el de su propia filiación.

29) Que según la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados Partes se obligan a impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34, inc. c). Ello demuestra que los estados se obligan en determinados supuestos a subordinar los derechos de la libertad de expresión a los del niño. Tal norma halla clara armonía con el art. 13.4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

30) Que, en sentido concordante, el Comité de los Derechos del Niño, al evaluar el informe inicial de la Federación de Rusia acerca de la aplicación de la convención (art. 44) se expidió positivamente respecto a la legislación de esa federación, a la que consideró como innovadora al garantizar los derechos de intereses de los niños. En relación al art. 16 destacó la normativa dirigida a impedir la difusión ilícita de información sobre la vida privada de un menor, sin su consentimiento, o la difusión de esa información en los medios de comunicación cuando ello se realice con ánimo de lucro o para satisfacer otros intereses personales, causando daño a los intereses morales y legales de los niños (Informes periódicos de los Estados Partes correspondientes a 1995-CRC/65/Add.5 20 de noviembre de 1998).

Asimismo, al evaluar el informe presentado por Georgia se destacó que las normas jurídicas en vigor se ajustaban en grado suficiente a las exigencias de la convención. Con relación al

art. 16 se puso de relieve las normas relativas a los intereses de los niños encaminadas a impedir las interferencias arbitrarias en la intimidad del niño, así como toda conducta perjudicial para su dignidad y fama y también aquellas relativas al derecho de rechazar por vía judicial las informaciones o fotografías, incluidas las publicadas por los medios de comunicación, que vulneren el propio honor y dignidad, la vida privada, la inviolabilidad personal o la fama —disposiciones incorporadas al Código Civil, con arreglo a lo que establece la Constitución— (Informes Iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1996 CRC/C/4/Add.4 Rev.1 15 de septiembre de 1998).

31) Que los jueces, a quienes el art. 3º dirige una petición expresa de atender el interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar en cada caso cuándo la prevención del daño es preferible a la reparación ulterior. Tratándose de la intimidad de un menor no es difícil descubrir que su agravio genera un daño irreparable, porque no es mensurable y porque producida la información lesiva a los intereses del menor ésta no se puede retrotraer. En estos casos resulta importante reconocer al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión pues el daño a la intimidad puede “adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios” (doctrina de Fallos: 315:1943 voto del juez Boggiano). Es cierto que si la tutela preventiva de los jueces se extralimita, puede agravar el derecho de información y no ser constitucionalmente aceptable. Pero lo que es carente de razonabilidad es que la tutela preventiva judicial pueda equipararse a la censura administrativa —en el sentido de la Constitución y los tratados de derechos humanos— hasta el límite que en su nombre se pueda eliminar el ejercicio de un derecho constitucional como es el de solicitar y obtener la tutela judicial efectiva de otros derechos fundamentales, donde la gravedad e irreparabilidad de los perjuicios se presentan de modo mucho más acentuado que en los daños que pueden darse en otros ámbitos del derecho.

32) Que a ello no empece que, para conciliar ambos derechos —libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor— el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario.

33) Que, sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el “conflicto de derechos” traídos por las partes, sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego. En efecto, tal como se señaló, la tutela preventiva dirigida a hacer efectiva la protección a la intimidad del menor, no obsta a que ésta pueda limitarse a lo estrictamente indispensable, permitiendo de este modo el derecho de informar, pero evitando que a través de la publicación pueda provocarse un daño irreparable a un menor.

34) Que esta conclusión coincide con la interpretación que la Corte Interamericana otorga a la libertad de expresión al afirmar que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas” (OC 5/85). Ello significa que la prohibición de censura no es absoluta sino que puede ser restringida en supuestos especialísimos, como ocurre en autos.

35) Que, en el caso, un modo de conciliar ambos derechos —evitando darles un sentido que los ponga en pugna destruyendo unos por otros y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efecto— es restringir la difusión que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen así como el de su madre, domicilio, o cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación.

36) Que el control preventivo de los jueces, a fin de evitar un daño irreparable a un menor no implica, por cierto que el Poder Judicial avasalle la prensa, sino la utilización de una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales brindándole un amparo adecuado.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia con el alcance indicado. Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvanse.— ANTONIO BOGGIANO — ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que en el presente juicio de filiación, la juez de primera instancia dispuso “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3/3 vta.). La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó esa decisión, “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de los terceros afectados” (fs. 164). Contra este pronunciamiento, Diarios y Noticias S.A. interpuso la apelación federal, que fue concedida.

2°) Que la apelante sostiene en el caso, al que atribuye gravedad institucional, que la sentencia de Cámara desconoce la prohibición de censura previa, a la que asigna carácter absoluto, con base en el art. 14 de la Constitución Nacional y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Postula que si el ejercicio del derecho de prensa llegara a vulnerar otras libertades constitucionales, sólo procederían reparaciones ulteriores. Sostiene que el derecho a la intimidad de las personas no es absoluto, y que si su titular decidió someterlo a la consideración pública mediante un proceso judicial, —y más aún cuando la causa involucra a una personalidad pública— no puede negarse el derecho a ejercer la libertad de expresión. Expresa que el pronunciamiento apelado omitió la aplicación de la citada convención; que invocó una ley derogada, como es la 20.056 —cuya inconstitucionalidad planteó en subsidio— y que se apartó de la jurisprudencia de esta Corte. Por último, señala que están “fuera de duda las buenas intenciones que inspiraron a V.E., aunque ellas no se compadecen con nuestra Ley Fundamental, con un sistema democrático constitucional y con la realidad tecnológica en materia de comunicación” y, por último, propicia “un profundo cambio cultural...[que]...en materia de libertad de expresión, debe erradicar toda forma de restricción o censura y, simultáneamente, propender al desarrollo de una política educacional que permita transformar en una idea social dominante a la responsabilidad ética, así como también a la eliminación de falsos prejuicios sociales basados sobre la hipocresía” (fs. 193 vta./194).

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas constitucionales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión impugnada resultó contraria a los derechos que el recurrente pretende fundar en aquéllas. Cabe recordar que cuando se debaten cuestiones como la presente, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones de la cámara ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente otorga al derecho federal involucrado.

4°) Que en primer lugar, y a la luz del texto constitucional y de los tratados de igual jerarquía, corresponde establecer con toda nitidez la inteligencia que esta Corte ha trazado respecto de la prohibición de censura previa, esto es, genéricamente, la garantía que impide a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su difusión.

Como criterio rector, se ha establecido que el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se ha reconocido el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene “una fuerte presunción de inconstitucionalidad” (doctrina de Fallos: 315:1943).

También se ha dicho que las garantías que rodean el derecho de prensa en el sistema constitucional argentino tienen un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa (Fallos: 257:308). Estas impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, como así toda acción u omisión que restrinja la publicación y circulación de la prensa. Se ha expresado, asimismo, que la libertad de prensa estaría gravemente comprometida si después de reconocer y admitir en todo hombre el derecho de publicar libremente lo que crea conveniente, la autoridad pública pudiera reprimirlo y castigarlo por publicaciones de carácter inofensivo (Fallos: 270:268, 289; 312:916, entre otros).

5°) Que en el mismo sentido se ha postulado que la concepción del derecho de prensa como un valor absoluto rodeado de inmunidades y privilegios, encuentra su justificación en la protección de la esencia democrática “contra toda desviación tiránica” (Fallos: 248:291 y 321:2250, entre otros) y ostenta, en la sociedad contemporánea, una situación estratégica sin la cual la participación resultaría imposible. Tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a aquéllos vigilar el funcionamiento del gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción de gobierno. Y como función social, contribuir mediante la crónica a dar noticias de la ciencia, la cultura, la educación, el deporte y el entretenimiento, los acontecimientos cotidianos y cuanto ocurre en el mundo que nos rodea y que tenga interés público (doctrina de Fallos: 315:1943). Se ha expresado, asimismo, que el derecho de información, con el derecho a la información, de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos, los recursos de la cultura y las manifestaciones del espíritu como un derecho humano esencial (Fallos: 314:1517). La acción de informar ha de ser preservada al máximo, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información que constituye al periodismo escrito en el reducto privilegiado para el pleno ejercicio de la libertad de expresión autónoma (Fallos: 313:740, disidencia del juez Fayt).

De igual modo, se ha resaltado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es categórica cuando proscribe toda forma de censura previa (Fallos: 316:2845). Este instrumento internacional establece que las “reparaciones ulteriores” son la única restricción ante al abuso de la libertad de expresión y prevé, a su vez, que las excepciones a esa prohibición consisten solamente en que la ley puede someter a censura previa los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, y dispone la prohibición por ley de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial y religioso, con las especificaciones de la norma (art. 13, incs. 4 y 5 de la convención). Por otra parte, también se ha pronunciado esta Corte en el sentido de que ese especial reconocimiento constitucional no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues no existe el propósito de asegurar la impunidad de

la prensa (Fallos: 310:508 y 316:703, entre otros). Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (Fallos: 167:121, 138).

6°) Que con base en todo lo reseñado, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal ha sido consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada. Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso (Alexis de Tocqueville, “La democracia en América”, traducción de Luis R. Cuéllar, F.C.E., México, 1957, págs. 202 y sgtes.).

7°) Que en tales condiciones, corresponde resolver si esos principios fundamentales fueron desconocidos en la causa, como postula el apelante. Esto es, si lo decidido impide la discusión pública sobre las cuestiones debatidas en el expediente principal, y si así se afecta a la prensa, como el más poderoso baluarte de opinión y de información que hace a la esencia de los principios republicanos.

8°) Que teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que sirve de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514), debe reconocerse que la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 5-85 ha sido terminante cuando expresó que el Pacto de San José de Costa Rica “evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el art. 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto [de Derechos Civiles y Políticos] (art. 19), demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas” (número 50).

En verdad, la Convención Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana, estos dos últimos de jerarquía constitucional —como se ha recordado en el precedente registrado en Fallos: 315:1943, voto del juez Fayt—, establecen que los derechos que consagran pueden ser objeto de restricciones. Sin embargo, el alcance de esas limitaciones, en materia de libertad de prensa, es marcadamente más riguroso en la Convención Americana. Tan así es, que en la misma oportunidad, esa Corte expresó que la comparación entre aquella y otros tratados internacionales, si bien es útil como pauta interpretativa “no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier tratado internacional”.

También puede mencionarse que en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 11/96 se reafirmó que las restricciones autorizadas en el art. 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica sólo generan responsabilidades ulteriores, y en tanto fuesen necesarias para proteger los bienes que ese instrumento internacional enumera.

9°) Que en relación con lo anterior, corresponde examinar los contenidos de los principios establecidos en los ordenamientos fundamentales de los estados modernos.

En los regímenes constitucionales latinoamericanos conviven con genéricas prohibiciones a la censura previa —como en el caso de Costa Rica y Colombia, entre otros países—, regímenes que prevén esa proscripción para determinados supuestos. Esto último sucede con claridad en la Constitución Política de la República de Honduras, que establece la posibilidad

de censura previa a fin de proteger, entre otros valores, “los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud” (art. 75). El Salvador, de su lado, prevé que los espectáculos públicos pueden estar sujetos a censura, conforme a la ley (art. 6º de la Constitución de la República de El Salvador).

Por otra parte, del innegable aserto según el cual la Convención Americana reduce al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (conf. Opinión Consultiva *ut supra* mencionada), no se sigue sin más que los países signatarios de la Convención Europea hayan desconocido un tórrido pasado de despotismo extremo con gobiernos que se mantuvieron en el poder merced —entre otras cosas— a la propaganda política, imponiendo largos períodos de censura.

Como evidente reacción ante esa realidad, los países miembros del Consejo de Europa declararon en el Convenio Europeo de 1950, que entre sus objetivos debía prevalecer la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por tal razón, establecieron que ninguna de sus disposiciones debía ser “interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o cualquier otro Convenio, del que ésta sea Parte” (art. 60). Ese carácter subsidiario que se asigna al Convenio Europeo obliga a examinar con mayor detenimiento los ordenamientos internos de los países firmantes.

Así, la Constitución de la República italiana (1947), prescribe en su art. 21 que “la prensa no puede ser sujeta a autorización o censura”; la Ley Fundamental alemana (1949) establece en su art. 5º, inc. 1, tercer supuesto, que no se ejercerá censura —“eine Zensur findet nicht statt”—; y la Constitución española (1978) prevé en su art. 20, inc. 2, que la libertad de expresión “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

Si bien algunos ordenamientos reconocen limitaciones al derecho de prensa, resulta necesario puntualizar qué valor le ha sido asignado a aquéllas. Así, en el derecho alemán, se establecen “límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal” (art. 5º, inc. 2 de la Constitución alemana); sin embargo, de ello no se sigue que se encuentre autorizada la censura previa; sólo se describe el ámbito preciso en el que la vulneración de esos derechos es fuente de “medidas de control y represión posterior” (*nachträgliche Kontroll- und Repression-massnahmen*). En efecto, con base en la ubicación sistemática de la prohibición de la censura, se ha afirmado que la existencia de censura previa fundada en estas previsiones “debe ser rechazada” sin más (Pieroth/Schlink, “Grundrechte”, ed. Müller, Heidelberg, 1998, págs. 145 y sgtes.).

10) Que la derrota del autoritarismo y la consiguiente protección de los derechos del individuo no se cristalizó exclusivamente en la por cierto preexistente prohibición de censura previa, tan celosamente defendida a escala mundial.

Nuestra Constitución sumó a sus principios fundacionales nuevos derechos y garantías que fueron contruidos también sobre un reciente pasado autoritario. Lo ha hecho mediante diversas previsiones que regulan las relaciones de quienes viven en nuestro país, las que deben interpretarse como una estructura coherente y sistemática, de modo tal que cada disposición ha de ser entendida de acuerdo con el contenido de las demás.

Es por ello que todo anclaje fragmentario y dogmático en la prohibición de la censura previa como única herramienta valedera en el presente caso, en primer lugar, no resulta sino de una construcción que desconoce y vacía de contenido las demás previsiones constitucionales.

En segundo lugar, pasa por alto que otros derechos merecieron protecciones específicas que también encuentran fundamento en la preservación y el desarrollo de los principios republicanos.

11) Que, en efecto, de la prohibición de censura previa que establece nuestra Constitución, no se sigue, sin más, que otros derechos queden anulados o reducidos a meras articulaciones declamatorias.

La Convención sobre los Derechos del Niño, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, goza de jerarquía constitucional.

Establece la primera que “los 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”; que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”; y que “el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (arts. 8º y 16, incs. 1 y 2).

12) Que ese claro mandato erige en un deber ineludible el de proteger —con la fuerza misma de la Constitución— la intimidad de la menor de autos. Desde esta perspectiva, la publicación de las cuestiones que se ventilan presenta un serio reparo en la Ley Fundamental, que consagra derechamente la protección de la privacidad del niño como un compromiso estatal ineludible.

De allí que pueda afirmarse que en la presente causa el censor no se ha encarnado en la justicia. Esta ha debido asumir los mandatos superiores de tutela a los niños, sin discrecionalidad, a fin de establecer frente a ellos el ámbito que le es propio a los derechos involucrados en el derecho de expresión: informar e informarse.

13) Que el derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución, por cierto, no es absoluto. Pero si su protección está garantizada en ella para todas las personas, los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, aspecto que está considerado expresa o implícitamente en profusos instrumentos internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 8 y 16; la Convención Americana, arts. 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su preámbulo, con cita de la Declaración de los Derechos del Niño, que éste “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”. También dispone que los niños deben “recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y reconoce que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe(n) crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Estas singularidades en torno a la situación de los niños, ya fueron señaladas por la Corte en la causa *Arenzón*; al valorarse entonces la figura de los docentes, se reconoció que éstos “trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible”, lo que los convierte en modelo de identificación para los niños, a quienes “estampan significativamente en su futuro comportamiento social” (Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi).

14) Que cabe destacar que estas circunstancias han sido valoradas de manera categórica por los países latinoamericanos, los que por un lado ratificaron la Convención sobre los

Derechos del Niño poco tiempo después de su aprobación, y por otro, establecieron en sus ordenamientos internos normas que los protegen especialmente. Tal es el caso de la República Federativa de Brasil, cuyo Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8069 del 13 de julio de 1990) dispone que éstos tienen derecho al respeto (art. 15), entendiéndose por tal, entre otras cosas, la preservación de la imagen e identidad (art. 17). De igual modo, se reconoce el ejercicio del derecho al reconocimiento de la filiación “observándose el secreto de justicia” (art. 27).

De manera contundente, la Constitución de la República del Paraguay, garantiza la libre expresión y difusión del pensamiento y la opinión “sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución” (art. 26). Y como clara restricción de jerarquía constitucional dispone que “los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente” (art. 54).

15) Que la citada convención también ha sido suscripta por los países europeos, en cuyos ámbitos internos, los gobiernos han dictado normas tuitivas de la intimidad de los niños y adolescentes.

En este sentido, advirtiendo a los países en los que la protección se considera insuficiente, el Informe Anual sobre el Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea del año 1995 (Parlamento Europeo, Comisión de Libertades públicas y Asuntos interiores), señaló que “todos los países europeos tienen que ratificar solemnemente el derecho ilimitado del niño a la niñez, el derecho al libre desarrollo, el derecho a una vida digna de vivirse y humana. Ya no hay posibilidad alguna de eludir la inclusión de disposiciones sobre la protección de los niños en el Tratado de la Unión Europea”.

16) Que similar cuestión a la que aquí se resuelve ha sido materia de recientes pronunciamientos del Tribunal constitucional alemán, dictados el 31 de marzo de 2000. En ellos se afirmó que los niños gozan de una protección especial contra los peligros que se derivan cuando son objeto de la información a través de los medios, toda vez que se puede afectar el desarrollo de su personalidad de un modo más grave que en el caso de los adultos: el ámbito en el cual los niños deben sentirse y desarrollarse libres de la observación pública debe ser protegido de un modo mucho más amplio.

Esto se fundamenta —sostuvo ese tribunal— en el propio derecho del niño a un desarrollo de la personalidad sin perturbaciones, las que se generarían mediante la publicación de asuntos que resulten “indecorosos”, “vergonzantes” o que impliquen “reacciones adversas” alrededor del niño. Con base en estos argumentos se confirmó la sentencia que ordenaba a una editorial de revistas el cese en la publicación de artículos y fotografías que involucraban a un menor. Cabe señalar que no fue objeto de consideración por ese tribunal si se estaba o no ante un supuesto de censura previa. Se perseguía, en definitiva, lograr “la protección eficaz de la personalidad”.

La decisión no se fundó, entonces, en las limitaciones a la libertad de prensa que la Ley Fundamental alemana establece (art. 5º, inc. 2), pues —como ya se afirmó— éstas sólo describen el ámbito en el que puede generarse la responsabilidad ulterior. Por el contrario, el citado tribunal se basó exclusivamente en el art. 2º, inc. 1, en función del art. 1º, inc. 1, de la Constitución alemana (derecho al libre desarrollo de la personalidad en función del principio de intangibilidad de la dignidad humana), enfatizándose el derecho de todo niño a “ser una persona” (*Person-werden*) y destacándose que su intimidad comprende tanto la esfera privada como el desenvolvimiento infantil (*Urteile des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts*, 1 BvR 1353/99; 1454/97).

El tribunal constitucional alemán distingue, a su vez, el concepto de privacidad, según se trate de un niño o de un adulto. En el precedente 1 BvR 653/96, del 15 de diciembre de 1999, se consideró que no podía aceptarse que las publicaciones que involucraban a una personalidad pública europea, afectaran el derecho a la intimidad con la misma intensidad que en el caso del hijo menor de edad de aquélla, a quien sí se le reconoció —como se expresó en el considerando precedente— la pretensión del “cese de publicar”. Ello es así —aclaró en el fallo BvR 1454/97 ya citado— independientemente de su condición de hijo de una figura pública.

17) Que en síntesis, es un valor aceptado que el adulto cuenta con mayores herramientas que el niño para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se cause, lo que obliga a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores.

Ya en un caso vinculado con la publicidad de una sentencia —que no involucraba a menores— esta Corte expresó que “el órgano judicial del que emana la decisión impondrá limitaciones a su publicación —más o menos extensas por ‘razones de decoro’ o en resguardo de ‘la intimidad de las partes o de terceros’ (conf. art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)—”. Se dijo que “estas son las excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de dichos valores [y que] sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona ‘el decoro’ o ‘la intimidad’” (del voto de los jueces Boggiano y Petracchi en Fallos: 316:1632).

Es claro que la irrupción de un daño de esta naturaleza al niño —máxime si este último es protagonista de un conflicto familiar— atentará, inevitablemente, contra el libre desarrollo de una personalidad en plena formación, de conformidad con la inteligencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por ello que se ha entendido que la identidad, nombre y relaciones de éstos merecen la tutela prevista por el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849, norma que veda su publicidad a través de “versiones periódicas” (doctrina de Fallos: 318:541 - disidencia de los jueces Petracchi y Fayt).

Asimismo, en oportunidad de pronunciarse en un caso que involucraba a un menor al que se atribuía ser hijo de padres desaparecidos, la mayoría del Tribunal enfatizó que “las cuestiones suscitadas en el incidente de disposición tutelar [debían ser juzgadas] de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico”. Así se entendió que, entre otros vicios, la transgresión del carácter secreto de las actuaciones configuraba causal de nulidad (Fallos: 312:1580). La minoría, por su parte, si bien no consideró tal extremo como causal de nulidad de lo actuado, entendió que esa sanción no hubiera reparado “el eventual perjuicio que la menor haya podido sufrir al respecto” (disidencia de los jueces Petracchi y Fayt).

18) Que, justamente, proteger es resguardar de un perjuicio o peligro; de modo tal que sólo un desconocimiento de ese contenido —en los términos de la Convención del Niño y de otros instrumentos internacionales— podría justificar una conclusión que limitara a una reparación ulterior el alcance de esa protección. Nada más desacertado: proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo.

De modo tal, las reparaciones ulteriores que como principio proceden ante el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa, resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediamente antifuncionales.

Y ello es así porque las construcciones técnicas como la postulada, como así también las doctrinas generales no impuestas por la Constitución, valen en la Corte Suprema sólo en prin-

cipio. Todo en la Corte es en principio, salvo la Constitución misma, que ella sí y sólo ella, vale absolutamente (Alfredo Orgaz, “El recurso de amparo”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, págs. 37/38).

19) Que del mismo modo, el paradigma del pleno y armonioso desarrollo de la personalidad desde la infancia constituye, entre otras cosas, la plataforma básica para la construcción de la ciudadanía en un estado democrático, y libre de toda manipulación autoritaria.

El logro de ese objetivo no supone desconocer el interés general que puede suscitar la discusión pública de cuestiones como las de esta causa.

Sin embargo, esta Corte considera que la sola reserva de aquellos datos que pudieran conducir a la identificación de la menor en nada afecta el pleno debate público en un Estado democrático, a la par que conjura el inconmensurable daño que podría causar a la niña la exposición de su padecer. Este simple cotejo demuestra que la extrema rigidez de la posición del recurrente sólo trasunta la aparente preservación de un dogma.

Igualmente entiende que la prohibición formulada por el a quo de difundir “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la Convención sobre los Derechos del Niño, a la par que restringe la posibilidad del debate público. Ambos valores quedarían asegurados —en cambio— con la sola abstención de publicar todo dato que pudiera conducir a la identificación de la niña. En suma: la menor tiene derecho a no ser convertida en un objeto mediático.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca, con el alcance indicado, la resolución recurrida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítanse.— CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que en el curso de este juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de la primera instancia, en concepto de medida esencialmente tuitiva o tutelar preventiva, la decisión de hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que “deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3/3 vta.). En consecuencia, ordenó librar los pertinentes oficios al COMFER y a la Secretaría de Información Pública a efectos de su pertinente comunicación, como así también a los diferentes medios de prensa involucrados. Apelada la resolución por la agencia

Diarios y Noticias S.A. (DYN), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil limitó la prohibición a “la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”. Contra tal pronunciamiento, Diarios y Noticias S.A. interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido mediante el auto de fs. 215.

2º) Que la recurrente solicitó la apertura de la instancia extraordinaria sobre la base de que los jueces de la causa han desconocido sus derechos amparados por la Constitución Nacional

y por el art. 13, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostuvo que la prohibición de la censura previa era una garantía absoluta y que cuando el ejercicio de la libertad de expresión vulneraba arbitrariamente otras libertades constitucionales, sólo podía acarrear responsabilidades ulteriores fijadas expresamente por la ley. Afirmó que el derecho a la intimidad tampoco era absoluto y que cuando su titular decidía someterlo a la consideración pública mediante la promoción de un proceso judicial —y máxime cuando la causa involucraba a una personalidad pública— no se podía negar el derecho a ejercer la libertad de expresión sobre el particular. Argumentó que los arts. 3º y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño no autorizaban la censura previa. El recurrente invocó, asimismo, gravedad institucional, que estaría configurada por la estrecha relación del tema litigioso con la forma republicana de gobierno, y arbitrariedad de sentencia, por cuanto los magistrados habrían sustentado la resolución en una ley derogada, cuya inconstitucionalidad planteó subsidiariamente.

3º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible por cuanto se ha cuestionado la inteligencia y aplicación de normas constitucionales y de tratados internacionales con jerarquía constitucional, y la decisión apelada es contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48). A los fines del recurso federal, la sentencia apelada es equiparable a definitiva puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela de los derechos cuya lesión aduce el recurrente.

4º) Que el punto central a dilucidar es la alegada contradicción entre la prohibición de censura previa consagrada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional por voluntad de los constituyentes de 1994, por una parte, y, por la otra, el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a preservar su identidad y sus relaciones familiares sin injerencias ilícitas, tal como están consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que también goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

5º) Que si bien es doctrina del Tribunal que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la coordinación es el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos los derechos subsistan en armónica coherencia (doctrina de Fallos: 272:231; 308:789 considerando 5º; entre muchos otros), ello es así en tanto no haya sido el constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior. Ello es lo que sucede con el derecho de expresarse libremente por la prensa, a punto tal que el constituyente no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa (Fallos: 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 10).

6º) Que la prohibición de censura previa es absoluta en la Constitución Nacional, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. La Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección de la dignidad y de la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles (Fallos: 306:1892, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 5º; 308:789; 310:508; 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 11). Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad.

7°) Que la distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso, han sido aceptadas también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refleja la tradición constitucional latinoamericana, y que consagra sin matices en el art. 13, inc. 2: “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (la libertad de pensamiento y de expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...” Sólo admite la censura previa de los espectáculos públicos “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. Es decir, ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones (Fallos: 315:1943, voto del juez Belluscio, considerando 13).

8°) Que el respeto a los derechos humanos es un elemento esencial de la forma republicana de gobierno e inspiró a nuestros constituyentes para redactar el primer capítulo del texto fundamental (Fallos: 321:885, disidencia del juez Belluscio). Ante una eventual imposibilidad de coordinar estos derechos y los consagrados en los textos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, tras la reforma de 1994, la correcta hermenéutica obliga a dar primacía a los primeros. Ello es así no sólo porque los tratados que comprometen a la República Argentina deben estar conformes a “los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27 de la Carta Magna), sino en razón de que los constituyentes de 1994 expresaron claramente que los tratados enunciados en el inc. 22 del art. 75 “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (el énfasis no está en el texto) (Fallos: 321:855, considerando 7°, disidencia del juez Belluscio).

9°) Que la absoluta prohibición de la censura previa es inescindible del presupuesto que justifica la rigidez de la norma, es decir, el ejercicio de la libertad de prensa propia de un estado republicano de derecho. No cubre el delito ni alienta su comisión.

En el sub examine, es equivocado el argumento del apelante en cuanto a que el derecho a la intimidad se diluye cuando su titular decide promover un proceso judicial; esa interpretación conduciría a limitar el acceso a la jurisdicción de quienes persiguen esclarecer su estado de familia. La imposibilidad de prohibir una información o idea antes de que se imprima o emita no significa abrir juicio sobre el carácter lícito o ilícito de los actos que realicen los medios. Las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño dan el criterio para que una conducta se califique de acto ilícito civil, sin perjuicio de su tipificación penal si correspondiera. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar.

10) Que el art. 3°, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor.

Nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamiento en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la decisión apelada y se rechaza la pretensión deducida por la parte actora (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que en el presente juicio de filiación la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión —incluida por la magistrado dentro de las “vías esencialmente tutelares preventivas” — de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general que deberán abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia” (fs. 3/3 vta.). A renglón seguido se ordenó librar “los pertinentes oficios al COMFER y a la Secretaría de Información Pública, a efectos de su pertinente comunicación, como así también a los diferentes medios de prensa involucrados”.

2°) Que la mencionada resolución fue apelada por el apoderado de “Diarios y Noticias S.A.” (DYN), agencia de noticias que —al decir de aquél— “fue constituida y está integrada, con el carácter de accionistas, por las más importantes empresas editoras de diarios del país, tanto en el orden nacional como provincial” (fs. 88).

3°) Que en oportunidad de pronunciarse sobre el recurso, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió “modificar la resolución de fs. 3, limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de la menor de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados” (fs. 164).

El a quo expresó, entre otras cosas, que “la prevención, como mecanismo para neutralizar perjuicios no causados... constituye una efectiva preocupación y anhelo de los juristas... este derecho a la prevención, asegurado por la Constitución como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios causados... en especial tratándose de derechos personalísimos la prevención del daño es preferible a su reparación...” (fs. 161/161 vta.). Para concluir que, por su situación de inferioridad, “los incapaces merecen una tutela preventiva mayor que los adultos por parte de los jueces, porque así se les permite nivelar sus derechos más elementales y básicos con los de aquéllos” (fs. 162 vta.). Sostuvo, finalmente, que la protección preventiva a la intimidad se encuentra prevista en derechos como el español y el francés (fs. 162 vta./163 vta.).

4°) Que contra esa decisión “Diarios y Noticias S.A.” interpuso recurso extraordinario en el que alegó que el pronunciamiento contradecía la prohibición de censura previa, de carácter absoluto, que consagran el art. 14 de la Constitución Nacional y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (fs. 172/194).

5°) Que el recurso fue bien concedido por el a quo, pues en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria de esta Corte. En efecto, ha sido cuestionada la inteligencia de las normas mencionadas en el considerando precedente y la decisión impugnada es contraria al derecho que el apelante pretende fundar en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

La sentencia es —además— equiparable a definitiva, puesto que es ésta la ocasión pertinente para la tutela del derecho constitucional cuya lesión aduce el recurrente.

6°) Que la Constitución Nacional veda expresamente la censura previa en su art. 14: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994— establece en su art. 13:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2°.”

7°) Que el texto del pacto, al regular de modo detallado y preciso el tema *sub examine*, tronca claramente con la filosofía que inspiró la Ley Fundamental. A pesar de que los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional aluden a la “prensa” y a la “imprensa”, respectivamente, la evolución jurisprudencial llevó a considerar comprendidas dentro de la garantía constitucional a expresiones que, por ejemplo, no encuadraban en el concepto de prensa escrita (conf. Fallos: 282:392 y 295:215). La voz “prensa”, en verdad, no había sido entendida en su acepción propia ni siquiera por los constituyentes. Así, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal consideraba, en 1860, a “la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar” (conf. Fallos: 315:1943, pág. 1992; íd., pág. 2035).

El pacto impide, en cambio, toda duda sobre el ámbito que comprende su regulación: el art. 13 se refiere a la expresión oral, escrita, impresa, artística o formulada “por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Por otra parte, al puntualizar que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y *difundir informaciones e ideas* de toda índole”, hace imposible toda interpretación que pretendiera circunscribir el derecho a las “ideas”, con exclusión de lo meramente “informativo”.

8°) Que, en consecuencia, el sistema normativo que resulta de los recordados artículos de la Constitución y del pacto puede sintetizarse así: categórica prohibición de la censura previa y admisión de las responsabilidades ulteriores.

Por otra parte, la veda expresa de la censura previa es un rasgo común del constitucionalismo latinoamericano. En los textos constitucionales vigentes al año 1992, contenían esa prohibición las constituciones de Bolivia (art. 112 *in fine*); Brasil (Título II, art. 5. IX); Colombia (art. 20); Costa Rica (art. 29); Chile (art. 19, ap. 12); El Salvador (art. 6°); Guatemala (art. 35); Honduras (art. 72); México (art. 7°); Nicaragua (art. 67); Panamá (art. 37); Paraguay (art. 26); Perú (Título I, art. 2°, ap. 4); República Dominicana (art. 8°, ap. 6); Uruguay (art. 29); y Venezuela (art. 66) (conf. *Las Constituciones de Iberoamérica*, edición preparada por Luis López Guerra y Luis Aguiar de Luque, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992).

Esto demuestra que los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 del pacto son, en cuanto a la terminante proscripción de la censura previa, el resultado de una poderosa tradición constitucional latinoamericana que no tiene parangón en otros continentes.

9°) Que así lo destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85, del 13/11/85, cuando expresó: “La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea [de Derechos Humanos], que está formulado en términos muy generales... En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo pacto, *sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa*” (parágrafo 45, el énfasis no pertenece al original). A su turno, en la citada Opinión Consultiva 5/85, el juez Rodolfo E. Piza Escalante expresó en su opinión separada: “Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al artículo 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores,’ sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo” (parágrafo 8, el énfasis no pertenece al original).

A su turno, en la citada Opinión Consultiva 5/85, el juez Rodolfo E. Piza Escalante expresó en su opinión separada: “Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al artículo 13.2 de la Convención Americana, *salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa* y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores,’ sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo” (parágrafo 8, el énfasis no pertenece al original).

A su vez, el juez Pedro Nikken declaró en la citada O.C. 5/85. “...lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana [...] mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil concluir tratados más avanzados. No es sorprendente, pues, que la Convención Americana, firmada casi veinte años después que la Europea y que sólo abarca a las Repúblicas Americanas sea más avanzada que ella y también que el Pacto, que aspira a ser un instrumento que comprometa a todos los gobiernos del planeta” (parágrafo 5).

10) Que en igual sentido se manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 11/96, aprobado el 3/5/1996 (caso 11.230, “Martorell”: “La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre De-

rechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma” (conf. La Ley, 1996-D, 1687, 1691). Y más adelante: “El art. 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior”, pues “la censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención” (págs. 1692 y 1693).

11) Que la prohibición de la censura previa tiene rasgos más categóricos en nuestra Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica que los que presenta en el régimen constitucional norteamericano. Ello otorga singularidad a esta materia pues es conocida por todos la influencia que la Constitución de los EE.UU. tuvo en nuestra Ley Fundamental.

Para empezar, aquella prohibición no aparece sancionada expresamente en el texto norteamericano, aunque se admite casi unánimemente que el propósito principal de la Primera Enmienda fue impedir todas aquellas restricciones previas sobre las publicaciones tal como habían sido practicadas por el antiguo régimen (Patterson v. Colorado ex rel. Attorney General, 205 U.S. 454, 462 - 1907).

Hay coincidencia, sí, en que toda restricción previa (*prior restraint*) sobre una determinada expresión adolecerá de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, la que será muy difícil de *evitar* (Organization for a Better Austin v. Keefe, 402 U.S. 415, 418/420 - 1971), pero no hay consenso sobre cuán riguroso debe ser el estándar aplicable para juzgar la restricción (confr. sobre este último punto los votos de los distintos jueces de la Suprema Corte en New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, caso “De los Documentos del Pentágono”, año 1971; confr. también “Nebraska Press, Assn. v. Stuart, Judge”, 427 U.S. 539 - 1976).

12) Que esas diferencias entre las tradiciones constitucionales norteamericana y latinoamericana —*no tanto en lo que hace a la aversión a la censura previa, sino en lo relativo a la intensidad de su prohibición*— se pusieron en evidencia durante el proceso de gestación del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, en la Conferencia Interamericana celebrada en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, al ponerse en consideración el que luego sería art. 13, ap. 2, el delegado estadounidense observó que debía evitarse la redacción de aquél en “términos absolutos” e hizo referencia a la censura en su país. Su postura mereció el rechazo de otros delegados —entre ellos el argentino— que no compartieron esa posición menos estricta en materia de censura previa y se negaron a morigerar el texto. La propuesta estadounidense fue rechazada en la votación y la norma, finalmente, quedó sancionada, en ese punto, como se la había propuesto (*Actas y Documentos de la Conferencia*, publicación oficial de la Secretaría General de la O.E.A., reimpresión de 1978, acta de la octava sesión de la Comisión I del 13/11/1969, pág. 213).

13) Que, hechas estas aclaraciones, cabe puntualizar que es propia a la censura previa (y eso la distingue de la responsabilidad ulterior) su aptitud para *interrumpir el proceso comunicativo antes de que éste se haya desarrollado*. Por eso la actividad del censor ha sido caracterizada, a veces, recurriendo a metáforas como la de aquél que tiene la posibilidad de interrumpir el proceso expresivo “de un plumazo” o “haciendo girar la perilla”, según el tipo de expresión a la que se refiera (Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 808 - 1989). Esa censura se lleva a cabo *antes* de que aquélla haya llegado a los destinatarios y *antes* de que se pongan en funcionamiento las garantías propias de un proceso. Comprende —como lo dijo la Corte en Fallos:

217:145, 161— no sólo el examen previo del contenido de las publicaciones que se van a efectuar sino también una censura practicada con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata. En otro precedente, la Corte caracterizó a la censura previa como “el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir” (Fallos: 269:189, considerando 4°).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España expresó: “como censura hay que entender, al margen de otras acepciones, la intervención *preventiva* de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales” (Tribunal Constitucional de España, sentencia n° 176/95 del 12/12/1995, en “Jurisprudencia Constitucional”, T° 43, pág. 547, las cursivas no están en el original).

Es destacable la posición adoptada por la Suprema Corte de los EE.UU., según la cual una sociedad libre prefiere penar a los pocos que abusan del derecho a *expresarse después* que han infringido la ley, en vez de sofocarlos —a ellos y a todos los demás— de antemano. Es siempre difícil saber por adelantado qué dirá una persona y la línea entre el discurso legítimo e ilegítimo está, muchas veces, tan finamente trazada que los riesgos de dar rienda suelta a la censura son temibles (Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546, 559 - 1975).

Un caso que, en nuestro país, ilustra elocuentemente el carácter previo de la censura proscripita fue la medida —después revocada por la Corte— por la que se ordenó a un canal de televisión y a un conocido cómico que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con una juez federal, bajo apercibimiento de desobediencia (Fallos: 315:1943, caso “Servini de Cubría”).

14) Que la prohibición de censurar en forma previa alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquélla invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas (conf. el ya citado Fallos: 315:1943, voto del juez Petracchi, considerandos 15-20; voto del juez Belluscio, considerando 14; voto del juez Boggiano, considerandos 18 y 23; disidencia del juez Fayt en Fallos: 312:916, considerando 11).

Es igualmente relevante el ya citado dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martorell”, ocasión en la que consideró que la Corte Suprema de Justicia de Chile, que había prohibido el ingreso, distribución y circulación del libro “Impunidad diplomática”, violaba el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (La Ley, loc. cit., especialmente págs. 1694/1695).

En este punto no hay diferencias con la jurisprudencia constitucional norteamericana: ésta ha resuelto que tanto “*injuntions*”, como “*restrictive orders*” (todas ellas expresiones de típicos mandatos judiciales) pueden perfectamente caer dentro de la categoría de *prior restraint* y *padecer*, por lo tanto, la fuerte presunción de inconstitucionalidad que, en el derecho estadounidense, la caracteriza (conf. *Near v. Minnesota* ex rel. Olson, 283 U.S. 697 - 1931; *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 - 1971); *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 - 1971; *Nebraska Press, Assn. v. Stuart*, Judge, 427 U.S. 539 - 1976). En este último caso —por ejemplo— se revocó una decisión de la Suprema Corte de Nebraska por la cual se impedía tanto la información sobre ciertas confesiones que el acusado de un grave delito habría hecho con antelación al juicio, como así también la de cualquier otro hecho que pudiera comprometerlo fuertemente.

Se ha sostenido en los EE.UU. que es un fundamental y benéfico mandato constitucional el que establece que la discusión de los asuntos públicos en una sociedad libre no pueda de-

pender de la gracia preliminar de los censores judiciales (Nebraska Press cit., 427 U.S. 539, 573, voto del juez Brennan, al que adhirieron los jueces Stewart y Marshall).

La Suprema Corte de ese país ha reiterado, más recientemente, que el término *prior restraint* es usado para describir órdenes administrativas y judiciales que prohíben ciertas comunicaciones con antelación al momento en que éstas debían haberse exteriorizado (Alexander v. United States, 509 U.S. 544 - 1993).

15) Que prohibida, como regla, la censura previa —incluso la de origen judicial— cabe examinar si existe alguna excepción a ella, en nuestro sistema constitucional. Al interpretar el art. 14 de la Constitución Nacional ha sido destacado el carácter absoluto que reviste la prohibición de la censura previa (conf. voto del juez Petracchi en Fallos: 306:1892, considerando 9 y sus citas; voto del juez Belluscio en Fallos: 315:1943, considerando 11 y sus citas).

También el texto del art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica evidencia el carácter rígido de la prohibición de la censura previa, que —como fue dicho— hunde sus raíces en la tradición latinoamericana. *“El ejercicio del derecho... no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”* Estas últimas (las ulteriores), deben: 1°) estar fijadas expresamente por la ley, y 2°) ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Como se advierte incluso la tutela de la “seguridad nacional” queda diferida, según el pacto, a la responsabilidad ulterior (sin perjuicio, claro está, de la suspensión de garantías que autoriza el art. 27 y que puede afectar al derecho del art. 13).

La sola excepción prevista es la del ap. 4 que expresa: *“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2°”*.

En los debates previos —como se reseñó— se habían resaltado los “términos absolutos” de la norma (términos que la mayoría de los delegados acordó mantener).

Con posterioridad a su sanción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: *“Estipula [el art. 13.2 del pacto], en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”* (Opinión Consultiva 5/85, del 13/11/85, parágrafo 38, las cursivas no pertenecen al original).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo: *“La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta”* (caso “Martorell” ya citado).

Existe coincidencia, entonces, entre el texto del pacto —que es de una claridad no susceptible de distorsión—, las intenciones de quienes lo redactaron y la interpretación de aquellos órganos interamericanos que, debe suponérselo, le adjudican su cabal sentido (conf. Fallos: 318:514, considerando 11). Texto, antecedentes e interpretación coinciden en atribuir a la prohibición de censura previa del art. 13.2. el carácter de “absoluta”, con la única excepción contemplada en el art. 13.4. y siempre con la salvedad del art. 27 (suspensión de garantías).

16) Que resta examinar si la prohibición de censura previa establecida en los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica puede encontrar excepción en un precepto genérico como es el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta norma establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Parece claro que la norma transcripta sólo impone —en lo que interesa— el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos de los distintos poderes del Estado, que —como se indica— tendrán que atender primordialmente al “interés superior del niño”. La señalada actuación deberá ser, obviamente, *conforme a derecho*, pues no podría considerarse a la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor.

En el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3.1. no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre *contra legem* (menos aún si la ley es —como en el caso del Pacto de San José— también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado “interés superior” en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles. No, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés.

17) Que, por otro lado, cabe reparar en que los textos de los arts. 16 (incs. 1° y 2°) de la Convención sobre los Derechos del Niño y 11 (incs. 2° y 3°) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son casi idénticos. El primero establece que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia... 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. La segunda norma (la del Pacto de San José) dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La gran semejanza permite afirmar que, en el *ámbito de las responsabilidades ulteriores*, ambas convenciones (no una sola, sino las dos) estatuyen sistemas similares y persiguen tutelar parecidos derechos. Empero, la diferencia decisiva aparece en el ámbito de la censura previa; aquí, contrariamente a lo que sucede en los otros textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo), la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una prohibición categórica, ausente en aquéllos. Ello debe ser reconocido y responde —como ha sido desarrollado— a una singularidad propia del derecho constitucional latinoamericano y a la expresa voluntad de quienes concurren a la redacción del art. 13 del Pacto de San José.

Desconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos Humanos —trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes— no sólo reflejaría una hermenéutica errónea sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización.

18) Que algunos pueden pensar que, en vez del sistema descrito, hubiera sido preferible adoptar otro que no proscibiera de raíz todo acto de censura sino que permitiese su ejercicio en determinadas circunstancias y a determinada clase de personas. Éstas, seleccionadas por su probidad y conocimiento (léase, jueces), ponderarían en cada caso —*balance ad hoc e inaudita parte*— los valores o intereses en pugna: de un lado, la eventual expresión de que se trata,

del otro, los derechos que podrían verse afectados por su exteriorización. Así podrían determinar cuál de los dos imaginarios platillos de la balanza tendría más peso o entidad para resolver si procede, o no, una supresión (total o parcial) de la expresión antes de que ésta se manifieste.

A ello debe responderse que, en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva —con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver—, no las personas llamadas a ejecutarlo.

19) Que, de todos modos, no es en el terreno de la polémica donde la cuestión debe dirimirse, sino en el de la simple constatación de cuál es el sistema adoptado por la Ley Fundamental. Como resulta de los textos analizados en los considerandos precedentes surge claramente que aquél ha proscripto (con las salvedades indicadas) a la censura previa como categoría. Por ello es innecesario —o, más bien, improcedente— considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio “bueno” o “malo” de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica.

Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que “esta es precisamente la clase de opciones...[que la ley constitucional] hizo por nosotros” (425 U.S. 748, 770 - 1976).

20) Que las medidas judiciales tomadas en el sub examine han consistido en impedir anticipadamente determinadas expresiones, por el temor de que algunos daños a ciertas e individualizadas personas fueran a producirse si aquéllas llegaran a efectivizarse. No están comprendidas en la excepción del art. 13.4. del Pacto de San José de Costa Rica y son de naturaleza igual a las que fueron juzgadas en “Servini de Cubría” y “Nebraska Press” (considerandos 13 y 14). Como ellas, deben ser dejadas sin efecto.

En este tema el temor no es buen consejero, porque es la Ley Fundamental la que ha optado por asumir riesgos. Como dijo esta Corte en Fallos: 270:268 y 289: “...la Constitución ha proscripto el recurso de la censura previa, prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta.” Esta es la simple doctrina que impide aplicar —en este ámbito— el “derecho a la prevención” invocado por el a quo. Frente a la seguridad que otorga el silencio impuesto preventivamente para que nadie resulte lesionado a raíz de lo que pueda decirse, nuestro sistema ha preferido correr el albur de la libertad. Desde luego —y sería casi innecesario recordarlo— quien actúe en libertad será responsable por el uso que haga de ella.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la decisión apelada y se rechaza la pretensión deducida por la parte actora (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DERECHO A LA SALUD

Información complementaria: (36)**Discapacidad - Responsabilidad del Estado - Financiamiento de las prestaciones de salud**

La Corte en la causa “*Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas— Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*” (16/10/2001 - Fallos: 324:3569) estableció que el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades —públicas o privadas— pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud. (37)

Menores - Discapacitados - Ley 22.431 (38) - Obligaciones del Estado - Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad - Ley 24.901 (39)

La Corte en la sentencia “*Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*” (08/06/2004 - Fallos: 327:2127)

(36) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

(37) N. de S.: Ver en sentido similar “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” (Fallos: 323:3229). En la causa “*Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional*”, (Fallos: 327: 2413), la Corte analizó el sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, estatuido por la ley 22.431. Respecto a las prestaciones educativas que deben reconocerse a menores discapacitados, en la causa “*I., C. F c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo*” (Fallos: 331:2135), la Corte sostuvo que para evaluar una medida cautelar tendiente a que se asuma en forma provisional la cobertura integral de la prestación educativa para una menor discapacitada es menester tener presente que, no sólo la ley orgánica del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires previó como obligación expresa a su cargo, la de realizar “*todos los fines del Estado en materia médico asistencia para sus agentes contemplando —entre otras medidas—, internaciones en establecimientos asistenciales*” (arts. 1º y 22, inc. b, ley 6982), y la ley 10.592 estatuyó un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas —mediante el que se aseguró los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social para quienes estuvieran en imposibilidad de obtenerlos (art. 1º, de la ley citada)—, sino además que la propia constitución provincial consagra el derecho a una protección integral de la discapacidad (arts. 36, incs. 5º y 8º, y 198), en consonancia con lo establecido por la Constitución Nacional (arts. 5º, 14, 33, 42 y 75, incs. 22 y 23). Finalmente, concluyó en que frente a la finalidad de las normas en juego, el interés superior que se intenta proteger y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parecía razonable ser rigurosos con la exigencia indefectible de la prueba sobre la situación patrimonial de los reclamantes que les impediría acceder a la cobertura de la prestación educativa para su hija menor discapacitada, prueba negativa que resulta de muy difícil producción. También se pronunció en la causa “*Rivero, Gladys Elizabeth s/ amparo - apelación*” (Fallos: 332:1394). El Tribunal revocó la sentencia que acogió parcialmente la demanda instaurada en la que se persigue la cobertura integral de la escolaridad que viene cursando la hija menor de la actora que padece de una discapacidad mental asociada a otras dolencias de tipo físico, sosteniendo que no parecía razonable colocar a la recurrente ante la única alternativa de acudir a un juicio ordinario para obtener la prestación de la que su hija es clara acreedora, cuando por la vía del amparo ya lleva más de dos años litigando, debiendo los jueces —frente a este tipo de pretensiones— encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales.

(38) N. de S.: Sistema de Protección Integral de los Discapacitados.

(39) N. de S.: Sistema de Prestaciones Básicas en la Habilitación y Rehabilitación Integral de las Personas con Discapacidad.

argumentó que la protección y la asistencia integral a la discapacidad que constituye una política pública de nuestro país y el interés superior de un menor conllevan, en el contexto de particular urgencia invocado en el litigio, a no imponer a la menor discapacitada que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901, sino imponer a la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance —con compensación de los gastos que irroge el tratamiento ante los órganos competentes— o, más ampliamente, articular con aquéllos un mecanismo que permita contar a la niña con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación; además, que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos y que es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales.

Interés superior del niño - Menores - Derecho a la salud - Obras sociales

Maldonado, Sergio Adrián s/ materia previsional s/ recurso de amparo - 23/11/2004 - Fallos: 327:5210

Antecedentes:

La Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina desestimó la solicitud para realizar en el exterior un tratamiento médico a la hija del actor que padecía atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdning-Hoffman). Con el patrocinio de la defensora pública oficial interpuso acción de amparo respecto de la resolución.

El magistrado que intervino hizo lugar al pedido y ordenó que la demandada arbitrara los medios para el traslado de la niña.

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró la nulidad de lo resuelto y rechazó la acción de amparo. La señora defensora oficial dedujo recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja.

La Corte —por mayoría— revocó la sentencia apelada e hizo lugar al amparo, sosteniendo que las medidas adoptadas para facilitar un justo desenlace pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores a fin de obtener un reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Acción de Amparo. Interés superior del niño.

Estándar aplicado por la Corte:

- 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.

- Cuando no se atiende al propósito sustancial de la acción de amparo, y éste es el de preservar la vida, la salud y la integridad física de un menor que se halla ante un grave riesgo, se comprometen derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (40)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 23 de noviembre de 2004.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Sergio Adrián Maldonado en la causa Maldonado, Sergio Adrián s/ materia previsional s/ recurso de amparo**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, patrocinado por la señora defensora pública oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, interpuso acción de amparo respecto de la resolución de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina que había desestimado su solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico a su hija, menor de edad, que padece de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman).

2º) Que el magistrado que intervino hizo lugar al pedido y ordenó a la demandada que arbitrara los medios para que la niña fuese trasladada al Centro Internacional de Restauración Neurológica (CIREN) de la ciudad de La Habana, República de Cuba, con el fin de continuar la terapia que había sido iniciada tres años antes en ese lugar con la aprobación de la misma obra social.

3º) Que, a tal efecto, después de haber recabado diferentes informes a instituciones oficiales y a las Embajadas de los Estados Unidos de América, de la Federación de Rusia y de la

(40) **N. de S.:** El texto del dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

República de Cuba acerca de las características de la enfermedad y de su eventual remedio en el orden nacional e internacional, el juzgador tuvo en cuenta para decidir que los profesionales del Complejo Médico de la Policía Federal Argentina Churruca Visca habían dictaminado que ningún tratamiento podía cambiar la evolución funcional de la paciente por ser “irremediablemente progresiva y fatal”, y consideró que a pesar de que debían practicarse terapias paliativas y que la obra social las había dispuesto en el Centro Médico Internacional de Rehabilitación Integral Dr. Roberto Quiñones Molina (REHABIMED) de la Provincia de Buenos Aires, el estado de salud de la niña continuaba declinando, mientras que en Cuba había logrado con anterioridad progresos evidentes.

4º) Que, además, el juez entendió que subsistían las “razones humanitarias” que habían justificado en su oportunidad el traslado de la afiliada y su atención en la clínica CIREN, e hizo mérito de que la demandada no había alegado la imposibilidad económica de reiterar ese procedimiento. Por lo tanto, y por aplicación de diversas cláusulas de tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, concluyó que no existían argumentos válidos para negar el derecho a obtener en el exterior la mejor calidad de vida posible (conf. arts. 33, 43 y 75, inc. 22, de la Ley Suprema; XI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros).

5º) Que la sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró la nulidad de lo resuelto y rechazó la acción de amparo, con costas. Señaló que en la demanda se había pedido que la rehabilitación se realizase en la Clínica Primavera de la ciudad de Moscú y que el cambio extemporáneo de ese destino por Cuba en razón de no haberse logrado información cierta acerca de aquel establecimiento, excedía los límites de la litis y lesionaba el derecho de defensa de la demandada.

6º) Que la alzada también reprochó la valoración de la prueba en la instancia anterior e interpretó que no mediaba violación de derechos constitucionales o arbitrariedad que dieran sustento al reclamo, pues la obra social había prestado asistencia adecuada y no cabía alegar ineficiencia o lentitud cuando la terapia en el centro médico de la Provincia de Buenos Aires (REHABIMED) fue abandonada por voluntad de la familia después de haberse cumplido el veinte por ciento de las sesiones propuestas.

7º) Que contra ese pronunciamiento, la señora defensora oficial dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio lugar a la presente queja. A dichas actuaciones adhirió la señora defensora oficial ante la Corte, quien asumió la representación de la hija del demandante y sostuvo la procedencia del remedio federal por arbitrariedad de la sentencia y por hallarse en juego la inteligencia y aplicación de normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que resguardan la vida y la salud, según se detallan en el escrito correspondiente.

8º) Que los apelantes sostienen que con excesivo rigor formal y apartamiento de los hechos de la causa el a quo se ha desentendido del interés superior de la menor (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño) y clausurado una vía apta para procurar la rehabilitación que le es debida y que en el país no ha podido ser lograda. Argumentan que se ha demostrado que la interrupción del tratamiento en el exterior no sólo impidió continuar con su evolución, sino que le significó un notorio retroceso en las habilidades adquiridas; que son falaces los argumentos del a quo referentes al abandono voluntario de la terapia en Buenos Aires (REHABIMED) y que el fallo no ha tenido en cuenta las serias objeciones de los especialistas que han informado acerca de las técnicas utilizadas en ese lugar.

9º) Que este Tribunal ha resuelto reiteradamente 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 (Fallos: 324:122; causa L.1153.XXXVIII “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional” del 15 de junio de 2004, conf. dictamen del señor Procurador General de la Nación, y sus citas).

10) Que la decisión del a quo ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; arts. 3º, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas).

11) Que los fundamentos de los magistrados no se compadecen con las circunstancias del caso. El tratamiento realizado en la Provincia de Buenos Aires a que hace referencia el fallo para rechazar el reclamo, fue concluido por decisión de la propia obra social, como surge de las declaraciones efectuadas por profesionales de la propia demandada, por el actor y por la técnica en rehabilitación que atendía a su hija al momento de resolverse la causa, que coinciden con las explicaciones dadas por el centro REHABIMED, elementos que no han sido evaluados correctamente por el juzgador (fs. 111/116, 263/266 vta., 298/301 vta. y 305/306 de los autos principales). En consecuencia, resulta dogmático el reproche basado en el abandono voluntario de la atención recibida.

12) Que, en tales condiciones, frente al deterioro progresivo de la salud —denunciado a lo largo del juicio— sin que se hubiesen adoptado medidas apropiadas en las instancias de grado y con el fin de evaluar el interés superior de la niña, cuya tutela encarecen las normas internacionales (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño), esta Corte requirió informe al Cuerpo Médico Forense acerca de la existencia de tratamientos para la enfermedad y de instituciones que desarrollen en el ámbito nacional terapias eficaces dirigidas a mejorar la calidad de vida (fs. 81 de la queja).

13) Que el dictamen del médico forense es ilustrativo en orden a que en el estado actual de los conocimientos científicos la enfermedad de Werdning Hoffman no tiene cura conocida. Sin embargo, sus complicaciones pueden ser contrarrestadas o limitadas con métodos específicos y rehabilitación en uno o más establecimientos del país, según se detallan en el informe correspondiente (fs. 82/95).

14) Que la necesidad de dar solución acorde con las características de la patología y las situaciones de riesgo que provoca, ha llevado a este Tribunal a disponer también que se practicara en el Hospital de Pediatría Prof. Dr. Garrahan una evaluación médica completa, con indicación del plan terapéutico sugerido para el alivio de la menor. Los resultados del ateneo científico reunido con esa finalidad dan cuenta de su estado actual de salud y de la conveniencia de realizar una intervención quirúrgica correctiva, además de un seguimiento integral de la paciente con equipos interdisciplinarios (fs. 101, 108/110, 125/126).

15) Que la suma de opiniones recabadas por esta Corte confirman que la evolución de la enfermedad diagnosticada depende no sólo de factores personales sino también de la asis-

tencia sanitaria oportuna que pueda prevenir y contener las consecuencias negativas que regularmente se producen en estos casos, para lo cual es imprescindible la participación conjunta de profesionales de diversas áreas y de instituciones cercanas al domicilio de la familia (fs. 121/122, 123/124, 127/128, además de las ya citadas). Por ello, el problema de autos no puede ser resuelto con una mera renovación de los tratamientos realizados dentro o fuera del país.

16) Que, en efecto, la menor requiere terapias de rehabilitación continuadas en el tiempo, de intensidad progresiva y seguimiento profesional constante, exigencias que no han sido satisfechas por la obra social (conf. observaciones de la doctora Rossi, médica del hospital Churrucá-Visca y de la técnica en rehabilitación, a fs. 111/111 vta., 263/264 y 298/301 vta. de los autos principales, que han quedado revalidadas con los resultados de los exámenes en la queja), ni podrían ser cubiertas con tratamientos contingentes fuera del país, como se desprende de las explicaciones de los profesionales consultados por esta Corte.

17) Que las medidas sugeridas por el Cuerpo Médico Forense y la labor desarrollada hasta el presente por los especialistas del Hospital Garrahan, acerca de lo cual han sido oídas las partes, demuestran acabadamente que existen en la República Argentina condiciones concretas para dar la atención sanitaria que es debida a la niña y organizar su continuidad en lugares accesibles para la familia, con miras a alcanzar el mayor nivel posible de bienestar personal de la paciente, lo que ha quedado corroborado por el actor y los funcionarios de la Defensoría Oficial, que han prestado conformidad con el tratamiento propuesto (fs. 99, 100/100 vta. y 130).

18) Que, en consecuencia, habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901, sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde admitir la demanda y declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital de Pediatría “Profesor Dr. Juan P. Garrahan”.

19) Que, por lo tanto, deviene abstracto pronunciarse sobre la negativa de rehabilitación en el exterior, como lo expresa el señor Procurador Fiscal en su dictamen, cuyos fundamentos este Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que las medidas que en esta instancia excepcional se han adoptado para facilitar un justo desenlace del caso, pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores en vistas a obtener un eficaz reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

20) Que, por lo demás, las razones dadas en el mencionado dictamen para justificar la obligación de la demandada de cubrir los gastos devengados y que se deriven del tratamiento que se ordena por la presente, se ajustan a los principios constitucionales que dieron lugar a la doctrina sentada por esta Corte en Fallos: 323:3229; 324:3569 y en el caso L.1153.XXXVIII “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional” del 15 de junio de 2004, ya citados, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, también corresponde remitir.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, por ser innecesaria mayor sustanciación, se hace lugar a la acción de amparo con el alcance que surge de los considerandos precedentes. Con costas. Agréguese la queja al principal, practíquese la comunicación a la Procuración del Tesoro a los fines de lo dispuesto en el art. 6º

de la ley 25.344. Notifíquese y devuélvase.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

Derecho a la salud – Menores – Plan obligatorio de vacunación estatal

N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas – 12/06/2012 – N. 157. XLVI

Antecedentes:

Ante la medida de protección de los derechos del niño articulada por la Asesora de Incapaces a favor de V. U., la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, revocó la sentencia del a quo y dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen para que ésta intimase a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acreditaran en autos el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva.

Los padres del menor interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido, ante lo cual la Corte confirmó el decisorio en crisis.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Derecho a la intimidad – Familia – Injerencia del Estado.**
- b) **Derecho a la intimidad – Protección del menor – Estado.**
- c) **Plan nacional de vacunación – Derecho a la salud – Menores.**
- d) **Protección del menor.**
- e) **Responsabilidad de los padres – Interés superior del niño.**
- f) **Salud pública – Interés superior del niño.**

Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho a la privacidad familiar resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego.

- La oposición de los progenitores a que reciba su hijo las vacunas previstas en el plan nacional de vacunación, involucra en forma directa derechos que

resultan propios del menor —derecho a la salud—, que se encuentra particularmente reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y por la normativa nacional (art. 14 de la ley 26.061).

- La atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, lo que 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. Frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño.

- El interés superior del niño hace a la esencia de la actuación paterna y la interpretación de tal prerrogativa no puede efectuarse dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados.

- El límite en la elección del modelo de vida familiar está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño que, de acuerdo con la política sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (41)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 12 de junio de 2012.

Vistos los autos: **“N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”**.

Considerando:

1°) Que la titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata promovió una medida de protección de derechos del niño a favor de V. U. —nacido por parto domiciliario el 2 de septiembre de 2009—, mediante la cual peticionó la internación del menor en un hospital público a efectos de que se le administrara la vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, así como la dosis de vitamina K aconsejada, con el auxilio de la fuerza pública.

2°) Que sin perjuicio de rechazar el pedido de internación, la jueza de trámite resolvió garantizar el acceso del niño al derecho a la salud, instando a sus progenitores para que le sumi-

(41) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csn.gov.ar.

nistraran las vacunas y/o medicación que a criterio médico correspondiesen de conformidad con el plan obligatorio de vacunación estatal.

El Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia n° 1 de Mar del Plata desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la señora Asesora de Incapaces y, en consecuencia, al confirmar la sentencia, intimó a los padres del menor V. a que procediesen a la realización de entrevistas en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil con un médico pediatra y un inmunólogo a fin de conocer acabadamente el riesgo que suponía no vacunarlo. Asimismo, les hizo saber que “deberán adjuntar un plan de cuidado de salud del niño que asegure la protección del mismo en un porcentaje equivalente al que supone el suministro de vacunas firmado por un profesional especializado en medicina alternativa que ellos consideran apropiada para el cuidado del niño” (conf. fs. 99/106).

3°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el recurso extraordinario de nulidad deducido por la señora Asesora y, por mayoría, admitió el de inaplicabilidad de ley, revocó la sentencia y dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen para que ésta intimase a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acreditasen en autos el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva.

Para así decidir, la Corte local señaló que:

a) la ley 22.909 instituyó el “Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio”, que contempla el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional;

b) nuestro país optó por un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, con carácter obligatorio, y entendió que ello no colisiona el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud;

c) la controversia debatida se centra entre la obligatoriedad de las vacunas, la autoridad de los padres y la posibilidad de que ante el incumplimiento de estos últimos de que sus hijos accedan a la inmunidad que aquéllas otorgan se pueda solicitar y decidir su aplicación compulsiva;

d) el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño;

e) es un deber del Estado asegurar la salud y es aquí donde se produce la colisión entre la autonomía de los padres de elegir el sistema de salud con el que protegerán a sus hijos y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma a todos los niños;

f) está comprometido un interés social ya que no todas las vacunas tienen la misma eficacia en todos los sujetos.

4°) Que contra dicho pronunciamiento, los padres del menor V. interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido por encontrarse en juego la interpretación de los “arts. 14, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Const. Nac.; 11, inc. 2; 12, incs. 2 y 4 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos; 17, inc. 1°, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; 5, 12 y 14 pár. 2°, Convención sobre los Derechos del Niño” (conf. fs. 294/296).

5°) Que en el recurso extraordinario los apelantes señalan que: a) la decisión impugnada incurre en un “perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona”; b) no descartan que si V. “padeciera alguna patología que superara el modelo médico que usamos normalmente —como cualquier padre responsable en ejercicio de los deberes-derechos que engendra la patria potestad (arts. 264 y concs. del Cód. Civil)— hagamos uso de las estrategias de la medicina tradicional o de cualquier conocimiento científicamente validado que nos sugieran los profesionales médicos habilitados por el Estado para ejercer el arte de curar”; c) al apearse la sentencia al texto de la ley 22.909 no valora debidamente los principios protegidos en la Constitución Nacional, al presumir *iure et de iure* que se generan ciertos peligros para V. y para terceros, en caso de no vacunárselo conforme a la normativa nacional pero no conectan directamente con la situación sanitaria de V. ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional; d) la situación de su hijo en cuanto a su salud es óptima y no ha sido evaluada por la Corte local a los fines de decidir en la forma en que lo hizo, en tanto omitió tener contacto personal con el niño conforme dispone el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; e) el fallo no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartir a sus hijos cuidado y educación tal como lo dispone el artículo 5° de la mencionada Convención; f) la decisión ha transgredido la ley 26.061 en cuanto prescribe que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a los niños el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

6°) Que el recurso extraordinario es admisible ya que en autos se ha cuestionado la validez e inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del alcance de la ley 22.909, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes pretenden sustentar en aquéllas.

7°) Que en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269; 330:2286 y 333:604, entre otros).

8°) Que los recurrentes alegan que al obligarlos a vacunar a su hijo de manera compulsiva contra sus creencias familiares, el Estado viola el principio de autonomía; se agravan en ese sentido por un “paternalismo compulsivo” que obstaculiza el plan de vida que los suscriptos han trazado para su familia. De ese modo, enmarcan su petición dentro del artículo 19 de nuestra Constitución que establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

9°) Que cabe recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución y, de este modo, lo ha afirmado esta Corte (Fallos: 306:1892 y 329:5266, entre muchos otros). Así, el artículo 19 citado le reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos —incluso públicos— están protegidos por el artículo 19,

y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo.

10) Que el derecho a la privacidad —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (artículo 11, inciso 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

11) Que la decisión adoptada por los recurrentes al diseñar su proyecto familiar afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del artículo 19 antes referido.

Ello es así, pues la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para “todos los habitantes del país” (artículo 11 de la ley 22.909) que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general.

12) Que la ley 22.909 establece “un régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio a fin de consolidar el más adecuado nivel de protección de la salud de todos los habitantes del país”. En ese marco, prevé un plan de vacunación obligatorio, que es de cumplimiento coercitivo, estableciendo una multa en caso de que se desobedezca el mandato legal (artículos 11, 17 y 18).

Como autoridad de aplicación, el Ministerio de Salud de la Nación dictó la resolución 498/08 con el objeto de actualizar las normas nacionales de vacunación para su implementación inmediata, orientadas a la prevención de las enfermedades inmunoprevenibles.

En el ámbito provincial, Buenos Aires ha establecido en la ley 10.393 (modificada por las leyes 10.717 y 12.658) un programa de vacunas especificando que “están obligados a recibir las vacunaciones las personas comprendidas en las normas vigentes en esta materia” y que “las personas responsables de la vacunación y revacunación de menores (...) serán sus padres, tutores o curadores, y encargados, según fuere el caso” (artículos 6° y 7°).

En ambos casos, estas normas evidencian la voluntad de constituir una política pública sanitaria para asegurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de la salud, cuya oportunidad, mérito o conveniencia resultan totalmente ajenas al juicio del Poder Judicial por el principio republicano elemental —artículos 1 y 5 de la Constitución Federal— que divide a nuestro Estado en tres poderes igualmente soberanos.

13) Que en este orden de ideas, la Organización Mundial de la Salud, de la que nuestro país es miembro, ha planteado entre sus objetivos no sólo proteger a las personas respecto de las enfermedades que son prevenibles, sino también alcanzar su erradicación y la disminución de la mortalidad infantil. La Constitución de dicha organización, destaca que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social

(Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documentos Básicos, suplemento de la 45ª edición, octubre de 2006).

En este marco, resulta significativa por su aplicación al caso de autos la cita de Plotkin S., Orenstein W., Offit P. contenida al inicio de un informe elaborado por la Organización Mundial de la Salud que respecto de las vacunas afirma: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...” (Plotkin S., Orenstein W., Offit P. 5th ed. Saunders, 2008, en OMS, UNICEF, Banco Mundial, “Vacunas e inmunización: situación mundial”, tercera edición, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2010, www.who.int).

14) Que de lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional.

15) Que, asimismo, cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego (Fallos: 331:147).

16) Que, en efecto, no se encuentra controvertido en la causa que la oposición de los progenitores del menor V. a que éste reciba las vacunas previstas en el plan nacional de vacunación, involucra en forma directa derechos que resultan propios del menor —el derecho a la salud—, que se encuentra particularmente reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y por la normativa nacional (artículo 14 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

17) Que la citada Convención sobre los Derechos del Niño ya desde su Preámbulo y en su texto medular contempla al menor como sujeto pleno de derecho y señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin.

18) Que dentro de dicho marco, esta Corte Suprema ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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 —que en el caso se vería reflejado por la voluntad de los padres expresada en el sentido de que no se le proporcionen al menor las vacunas que forman parte del plan nacional de vacunación por su elección de preferencia por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico—, se prioriza el del niño (Fallos: 328:2870 y 331:2047).

En tal sentido, se ha considerado que la regla jurídica del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los

propios padres, por más legítimos que éstos resulten (conf. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay; 330:642, voto del juez Maqueda y 331:941, voto del juez Zaffaroni).

19) Que a nivel nacional, el artículo 14 de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece, por un lado, que los Organismos del Estado deben garantizar “el acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad” (inciso a) y, por el otro, que “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

20) Que, además, el Estado Argentino ha asumido compromisos internacionales, dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad —artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros— y no puede desligarse válidamente de esos deberes con fundamento en la circunstancia de estar los niños bajo el cuidado de sus padres, ya que lo que se encuentra en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones (artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño).

21) Que, en línea con lo expresado, el propio texto del artículo 264 del Código Civil contempla que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados.

22) Que, en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.

23) Que corresponde señalar que no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (artículo 19 de la Constitución Nacional), sino el límite de aquélla, que está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño que —en el caso— de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas.

24) Que las razones expuestas en los considerandos precedentes conducen a desestimar la pretensión de los recurrentes.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario deducido, y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la naturaleza y novedad de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvase. — RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARLOS S. FAYT.

DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

Derecho a una vivienda digna – Menores – Discapacidad - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires/ amparo - 24/04/2012 - Q. 64. XLVI

Antecedentes:

La actora, por derecho propio y en representación de su hijo menor discapacitado, inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que cesara en su conducta ilegítima de denegarle la inclusión en los programas gubernamentales en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle”.

El Superior Tribunal de Justicia local revocó la sentencia que había hecho lugar a lo solicitado. La actora interpuso recurso extraordinario federal que denegado dio lugar a la queja.

La Corte revocó la sentencia y ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que asista al niño discapacitado con los equipos de asistencia social y salud y garantice a la actora un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas para el niño.

El juez Petracchi en su voto ordenó a la demandada abonar en forma íntegra un alojamiento para la actora y su hijo en condiciones dignas de habitabilidad y a otorgar a la accionante una solución habitacional adecuada.

La jueza Argibay en su voto consideró que la Ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías del menor.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Legislación – Derecho a una vivienda digna – Protección de personas discapacitadas – Menores.**
- b) **Derecho a una vivienda digna – Convención sobre los Derechos del Niño.**
- c) **Salud – Jueces – Convención sobre los Derechos del Niño.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La Constitución Nacional, los tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia es la fuente normativa del que se desprende el reconocimiento del derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas discapacitadas y los niños en situación de desamparo y a la Corte corresponde establecer el alcance de esos preceptos.

- El caso en que la madre y su hijo discapacitado quedaron en “situación de calle” es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna toda vez que entran en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, por lo que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño, impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (42)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 24 de abril de 2012.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. —quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva—, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas

(42) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csn.gov.ar.

para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22.

A partir de lo expuesto, la peticionaria solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aún cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo.

Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente (ver fs. 65/67, 261/262, y fs. 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

2°) Que la jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La sala II de la Cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06]... podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado... la demandada deberá proveer... un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

Esa sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la Cámara para que dictara un nuevo fallo, de conformidad con los criterios fijados en su decisión.

3°) Que, como fundamento, el a quo sostuvo que las cuestiones discutidas en este expediente guardaban sustancial analogía con las debatidas y resueltas por ese Tribunal en la causa “Alba Quintana”, del 12 de mayo de 2010, a cuyos argumentos y conclusiones remitió. Según el citado precedente:

Para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resulta imprescindible interpretar —además de la Constitución local— la Constitución Nacional y, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ello es así pues, “la interpretación que de él se haga servirá necesariamente de pauta para la de la norma local, por aplicación de la regla hermenéutica, tantas veces recordada por la CSJN, con arreglo a la cual de dos interpretaciones debe optarse por aquella que armoniza mejor con la norma de rango superior”.

Según el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuesta-

rios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

Por último, el PIDESC impone a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos.

A partir de los criterios señalados, los Estados parte del PIDESC sólo tienen el deber de garantizar el contenido mínimo del derecho a la vivienda, que consiste en brindar “abrigo” a quienes carecen de un techo. Esta es la garantía que nace del Pacto y a ello se limita la obligación de los países signatarios. En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con su deber en tanto proporciona a quienes se encuentran en “situación de calle” una red de albergues y paradores estatales.

Por ese motivo, no resulta inconstitucional que los subsidios previstos por el decreto 690/06 (modificado por decreto 960/08) sean parciales y temporarios, ni que los montos otorgados a sus beneficiarios resulten insuficientes para solventar el costo de una vivienda digna.

Sin perjuicio de lo expuesto, el otorgamiento de subsidios no es absolutamente discrecional. Por el contrario, los jueces tienen el deber de controlar y asegurar que la asignación de estos beneficios respete las prioridades previstas por el bloque constitucional que rige la materia. Concretamente, tanto el art. 31 de la Constitución local, como las pautas emergentes del PIDESC, impiden subsidiar a un grupo, sin subsidiar a otro sector que esté más necesitado. A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen.

Desde esa perspectiva, los decretos 690/06 y 960/08 resultan cuestionables e ilegítimos, pues no contemplan previsiones claras que resguarden el sistema de prioridades referido, ni la igualdad entre iguales en el reparto de fondos; otorgan una considerable discrecionalidad a la autoridad administrativa encargada de aplicarlos para elegir a quiénes y cuánto dar; y en consecuencia no se garantiza que el subsidio se otorgue a los más necesitados frente a los que lo están en menor medida, conforme los parámetros constitucionales en juego.

4°) Que, contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la presente queja.

En su apelación sostiene que la interpretación realizada por el Superior Tribunal de Justicia local vació de contenido a las normas constitucionales e internacionales que reconocen y garantizan el derecho a una vivienda digna, lo que las transforma en meras expresiones de deseos.

Alega que la existencia de paradores estatales no es suficiente para garantizar el umbral mínimo del derecho a la vivienda exigido por el PIDESC. Sostiene que, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, los refugios y albergues sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad o aislamiento.

Asimismo, manifiesta que el programa de subsidios vigente no es adecuado para atender situaciones de desamparo como la de la actora. Detalla que se trata de medidas de emergencia, que sólo se otorgan por un plazo máximo de diez meses y por montos que no alcanzan para costear un lugar para vivir.

Por otra parte, se agravia por el alcance restrictivo que la sentencia apelada otorgó al principio de progresividad. Sostiene que si la progresividad se mide con relación al conjunto general de la población —y no respecto de la situación de cada individuo— resulta prácticamente imposible evaluarla. Explica que ello obligaría a los afectados por una medida regresiva a co-tejar todas las partidas presupuestarias destinadas a todos los derechos económicos, sociales y culturales —de forma tal de determinar si la regresión denunciada puede entenderse subsanada o compensada—.

Por último, considera que la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr, progresivamente y con los recursos económicos disponibles, la plena efectividad del derecho reclamado y que las invocadas carencias presupuestarias no han sido debidamente acreditadas.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2011 y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal (arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) y la decisión adoptada es contraria a la pretensión de la recurrente que se fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

Asimismo, la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva, ya que la cuestión federal que da sustento al planteo de la actora fue resuelta por el Superior Tribunal local y, en este punto, la decisión quedará firme (Fallos: 301:1029; 311:1397). En efecto, el alcance que el a quo otorgó al derecho constitucional a la vivienda digna y la validez del programa de subsidios de la Ciudad ya no podrán ser discutidos ante la Cámara, cuya intervención se limitará a aplicar los criterios fijados por el Superior Tribunal a las circunstancias fácticas de la causa.

7°) Que no se encuentra debatido que la actora y su hijo menor de edad son habitantes y residentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que su situación personal, económica y social no les permite, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

También se ha acreditado que, si no se encontrara vigente la medida cautelar otorgada en esta causa judicial, la actora y su hijo tendrían que estar viviendo en las calles de la Ciudad.

8°) Que, ello establecido, es dable recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

I. Que, por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna” (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)” (primer párrafo del art. 75, inc. 23).

Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar —por expreso mandato constitucional— el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la “protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental...” (segundo párrafo del art. citado).

II. Que en el plano internacional, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos —de rango constitucional, art. 75, inc. 22— que en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...” a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (apartado 1°) y estipula que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (apartado 2°).

Resulta asimismo elocuente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1).

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

Finalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce que “el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (art. 23). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su

desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27.3). Por último, en su art. 3° la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

III. Que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008— se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7°, aps. 1 y 2).

Asimismo, se establece que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un adecuado nivel de vida para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y que deberán adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

En la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —aprobada en nuestro país por ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...), la vivienda” (art. 3°).

IV. Que, en el ámbito específico del Estado demandado, en el art. 31 de la Constitución local se establece que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y para ello se obliga a “[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...”. En línea con lo señalado, en el art. 17 del referido texto se dispone que “[corresponde a las autoridades desarrollar] políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

La Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido en los preceptos constitucionales. Así, por ejemplo, en la ley 341 se estableció que el Poder Ejecutivo instrumentará políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional, asumidos como destinatarios individuales o incorporadas en procesos de organización

colectiva verificables, a través de cooperativas, mutuales o asociaciones civiles sin fines de lucro, mediante subsidios o créditos con garantía hipotecaria (confr. art. 1°).

En igual sentido, en la ley 1251 se creó el “Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, con el objeto de ejecutar políticas de vivienda de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Constitución local (confr. art. 3°). Entre los principios rectores del accionar del órgano se encuentra el de “...contribuir al acceso a la vivienda digna a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inc. 1 del Art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” y el de “...Promover el efectivo ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...” (confr. art. 4°, inc. a y c).

Asimismo, mediante la ley 3706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1°), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4°...c) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del Estado...”

Por otra parte, en el decreto 1234/04 se creó el Programa de Apoyo Habitacional destinado a efectivizar la asistencia de personas en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles en que se hubiera dispuesto la clausura administrativa, a quienes se les otorgó la posibilidad de optar, por única vez, entre percibir un monto en concepto de subsidio o de mutuo con garantía hipotecaria, con el objeto de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, respectivamente (confr. arts. 1° y 4°).

También, y a los efectos de paliar la problemática habitacional de las familias en “situación de calle”, se dictó el decreto 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) en el que se creó el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” (art. 2°), consistente en un subsidio destinado a mitigar la emergencia habitacional de los residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3°). Además, el mencionado decreto 690/06, vigente para el momento en que la actora recibió el subsidio habitacional en trato, establecía expresamente el deber de la autoridad estatal de asesorar a la beneficiaria del subsidio para superar la crítica situación habitacional en la que se encontraba inmersa (art. 3°). Si bien la previsión que contenía este decreto fue denegada en este aspecto por su modificatorio 960/08, lo cierto es que la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que los reglamenta, obliga actualmente a la administración a brindar asesoramiento, y a “realizar derivaciones a otros programas, elaborar los informes técnicos que le sean solicitados y colaborar con el correcto funcionamiento del Programa, asentando y comunicando cualquier observación que considere menester” (art. 3, incs. b y e).

9°) Que, conforme a lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo, de modo que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos en relación al caso.

10) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

11) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

12) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, “A Theory of Justice”, 1971, Harvard College)”. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza

grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

13) Que, frente al contexto descripto, se impone dilucidar si, en el caso concreto de la actora, la respuesta brindada por la demandada resulta adecuada para garantizar, siquiera mínimamente, los derechos que las partes se encuentran contestes que asisten a la señora S. Y. Q. C. y a su hijo.

Así, cabe señalar que el compromiso normativo asumido por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la materia fue expresamente reconocido por la Ministra de Desarrollo Social de esa jurisdicción, licenciada María Eugenia Vidal, en su exposición ante esta Corte en la audiencia pública celebrada el 15 de septiembre de 2011. En esa oportunidad expresamente precisó que “...El art. 31 de la Constitución de la Ciudad reconoce el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado y habla de una resolución progresiva de este déficit. Ahora, lo que está en discusión, creo yo, no es el reconocimiento del derecho a la vivienda y al hábitat, y dentro de él al acceso a los programas de emergencia habitacional, sino cómo este derecho se operativiza...” (confr. pág. 15).

Que a la hora de examinar la respuesta que en materia habitacional prevé la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para atender a una situación extrema como la de la actora, resultan ilustrativas las palabras de la citada Ministra que, en la ya aludida audiencia, afirmó que “...dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas en calle...” (pág. 18). De manera que la asistencia para este sector se limita al alojamiento en hogares o paradores o, en su defecto, en el ofrecimiento de un programa como el previsto en el decreto 690/06 —y sus modificatorios— que tiene un plazo de duración máximo de diez meses y que, según las propias afirmaciones de la funcionaria, en ningún caso es renovable sin sentencia judicial, aun cuando la situación que originó el otorgamiento del beneficio no se hubiera modificado (confr. pág. 21).

Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora. En efecto, ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06.

Respecto de la primera de estas opciones, se impone señalar que las condiciones edilicias de estos lugares que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia (confr. exposición de la Ministra, pág. 17), no resultan adecuadas para la patología del niño que, tal como lo informó el Defensor Oficial ante esta Corte, doctor Langevin, ha sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en

hoteles con baños y cocinas comunes (pág. 12). La especial atención que demanda el niño y las graves consecuencias que su desatención trajo aparejada fueron señaladas por el citado funcionario ante este Tribunal al señalar que "...hasta hace muy poco J. no podía masticar, y esto no se debía a su enfermedad. Se debía a que la madre no cuenta con una cocina donde pueda elaborar los alimentos. Entonces, le tenía que dar papilla. La cocina es común y J. molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, y entonces le tenía que dar papilla, y a los seis años no sabía masticar, pese a tener toda la dentadura completa... En anteriores alojamientos no tenía un baño propio, y por compartirlo contrajo hepatitis A. Entonces ha tenido que hacer sus necesidades en un tacho en la habitación..." (pág. 12).

Tampoco el programa "Atención para Familias en Situación de Calle" creado en el decreto 690/06 brinda una respuesta que atienda suficientemente a la situación examinada en autos. En efecto, dicha asistencia no sólo no constituye una solución definitiva al problema habitacional de este grupo familiar en situación de extrema vulnerabilidad sino que se limita a brindar un paliativo temporal, cuyo monto, en este supuesto, fue considerado insuficiente por los magistrados intervinientes para atender a las necesidades del caso.

Que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

14) Que por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido en la audiencia ante esta Corte que su tarea en casos como el presente está ceñida por un presupuesto "inelástico", y que por esa razón "cada uno de estos casos va chocando contra la limitación presupuestaria" que establece la ley local (intervención del Procurador Monner Sans).

Si bien es cierto que esta defensa ha sido extemporáneamente introducida por la demandada en el curso de una audiencia con finalidad informativa, será igualmente examinada por el Tribunal a fin de garantizar al máximo el derecho de defensa y brindar un tratamiento exhaustivo a una controversia de trascendencia institucional.

Frente a este argumento, resulta pertinente observar que en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663 publicada en el B.O. del 12 de abril de 2011), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los estados "...de adoptar medidas...hasta el máximo de los recursos de que disponga..." con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone —en cuanto al caso interesa— el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que "la 'disponibilidad de recursos' aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta

de las circunstancias reinantes...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1).

A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosa-mente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos: a.) “el nivel de desarrollo del país”; b.) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica”; y c.) “si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la Declaración citada).

En este contexto, el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos.

15) Que, como ya ha quedado expresamente de manifiesto, el caso en examen no sólo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no sólo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

En este sentido, la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no sólo obedece a las condiciones del pequeño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre, en forma que esta última pueda ejercer alguna actividad rentable sin perjudicar ni poner en peligro la integridad física y la salud del niño como tampoco su aspecto emocional —elemental para su calidad de vida, considerando su padecimiento—, y que, además, le permita en algún momento acceder a condiciones de convivencia adecuadas a las particularidades del caso.

Con relación a esta cuestión, es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total.

No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es

decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

Es evidente que ni la asistencia económica originalmente brindada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ni la medida cautelar posteriormente dispuesta en autos, que garantiza a la actora la suma de \$ 1.700 para el pago de una habitación en un hotel, resuelven la problemática planteada en el sub examine pues no han garantizado adecuadamente a la señora S. Y. Q. C. la posibilidad de acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con el grado de discapacidad de J. H. Q. C.

Esta última circunstancia fue puesta de manifiesto por el Defensor Oficial en la audiencia pública al detallar las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y su hijo se encuentran alojados.

Señaló el funcionario que se trata de “...una habitación en un hotel familiar, de alrededor de tres metros por tres metros; no tiene ventanas —es decir que carece de luz solar—; no tiene un lugar de juegos porque no se permite a los niños jugar en los pasillos; se accede a través de un primer piso por escalera, lo cual es una situación no recomendable para un chico en esta condición, y la habitación misma tiene un altillo al cual no puede acceder. Tiene una sola cama matrimonial, en la cual pernoctan ambos...” (pág. 11). Cabe agregar que, según el mismo funcionario la calefacción de las habitaciones es opcional y se debe abonar por separado (pág. 12).

De manera que aún cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo”, en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas; tampoco parece ser el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño discapacitado que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país. En este punto cabe recordar que ha sostenido esta Corte que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que ya se ha hecho mención, impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (Fallos: 327:2127).

En consecuencia, en la presente circunstancia se impone que el Estado intervenga con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado en función de la medida cautelar dispuesta. Debe advertirse que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio.

16) Que, de todos modos, el cese de la medida cautelar en las actuales circunstancias empeoraría la situación de la demandante, por lo que se impone su mantenimiento hasta que la demandada actúe en forma integral sobre la situación planteada.

Para ello, las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda

madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.

Lo anterior debe complementarse con un trabajo que le permita su subsistencia y la del niño, fuera del marco asistencial, puesto que éste es siempre una situación precaria que en algún momento debe cesar. La intervención estatal, pues, debe tener por objeto alcanzar esta solución y facilitar la superación de la emergencia. Para ello, en el caso concreto, el Estado debe proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios. Tampoco esto requiere una inversión estatal desproporcionada, pues el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dispone de equipos de asistencia social que tienen capacidad para proveer este servicio, indicando a quienes recurrir e incluso ofreciendo los servicios de la actora a los privados que puedan demandarlos.

17) Que a modo de conclusión corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de la facultad conferida en el art. 16 de la ley 48, se resuelve ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que:

1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar.

Agréguese la queja al principal, notifíquese y, oportunamente, remítase.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 7° del voto de la mayoría.

8º) Que el derecho a una vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, tanto en su art. 14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11, inc. 1).

Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros).

Finalmente, cabe recordar que el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional; la Convención de los Derechos del Niño, incorporada al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada —junto con su protocolo facultativo— por la ley 26.378; imponen al Estado deberes adicionales de protección respecto de quienes, como el menor en este caso, se encuentran en especiales situaciones de vulnerabilidad.

9º) Que esta Corte tiene dicho que la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989).

Por su parte, el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos. A tal fin, su art. 2º, inc. 1º, establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad.

10) Que, además, esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC. Por ello:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8°.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes.

11) Que, sentado lo expuesto, cabe recordar que el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna.

Por ese motivo, siempre y cuando se respeten los límites señalados en el considerando precedente, las políticas de acceso a la vivienda pueden variar o fijar prioridades según las distintas necesidades y capacidades de los habitantes, e incluso exigir algún tipo de contraprestación a quienes puedan proporcionarla. En particular, cabe resaltar cuando se trata de personas que están en condiciones de trabajar, la exigencia de un aporte —ya sea en dinero o en trabajo— no sólo resulta constitucionalmente válida sino que, además, contribuye a garantizar otros derechos fundamentales, tales como la dignidad humana y el derecho a procurarse la satisfacción de las necesidades básicas y vitales mediante el propio trabajo (art. 6°, PIDESC).

12) Que, a partir de los criterios enunciados, corresponde determinar si la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor.

De las constancias de la causa resulta que si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales (ver fs. 5, 18 y 19 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

En tales condiciones, las alternativas que la Ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limitan a la entrega de un subsidio en dinero —en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios—, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles.

13) Que el subsidio mencionado se concede por un plazo máximo de seis meses, y sólo puede ser prorrogado excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto (según decreto 690/2006, modificado por el decreto 167/2011). Esto implica que, al cabo de un máximo de diez meses, quienes obtuvieron el beneficio quedan nuevamente en la calle y ya sin ninguna alternativa para salir de esta situación. Eso es, precisamente, lo que hubiera ocurrido con la actora y su hijo menor de edad si no se hubiera dictado la medida cautelar a su favor en esta causa.

Sumado a ello, el monto del beneficio (que va desde los 700 a los 1.200 pesos mensuales) tampoco resulta suficiente para costear —en las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables— un lugar para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad.

En efecto, tal como se acreditó en esta causa, la habitación en un hotel familiar, que acepta menores de edad, y que reúne condiciones mínimas de habitabilidad (dimensiones de 3 me-

tros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera), ha tenido para la actora un costo mensual de 1.700 pesos (ver fs. 3, 4, y 12 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública del 15 de septiembre de 2011).

14) Que, por otra parte, la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es una mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna; tanto es así que la propia ley local 3706 considera “en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2º).

En efecto, se trata de lugares transitorios donde las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Tampoco permiten mantener la unidad familiar ya que, en su mayoría, no admiten hombres, mujeres y niños en el mismo establecimiento (fs. 5, 6, 17, y 18 de la versión taquigráfica de la Audiencia). Estas características resultan especialmente inadecuadas para albergar dignamente a un niño que, como se ha demostrado en esta causa, requiere especial atención y cuidados.

Por lo demás, los paradores tampoco resultan suficientes en número para albergar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la Ciudad de Buenos Aires.

Según los dichos de la propia demandada, existen 7 paradores estatales, más otros tantos privados con los que el Estado local tiene convenio. Estos cuentan, aproximadamente, con un total de 1600 plazas. Sin embargo, son 7000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4500 están cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda (ver Audiencia Pública, fs. 17 a 19 de la versión taquigráfica).

Por último, cabe señalar que aunque la actora también alegó que las condiciones de infraestructura, higiene, seguridad y salubridad de los paradores estatales son precarias y deficientes, esta circunstancia no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal en tanto no fue acreditada ni en el expediente ni en la Audiencia Pública.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que aún cuando el gobierno provea esta exigua contención, ello no modifica la realidad de desamparo de la actora y su hijo.

15) Que, en tales condiciones, la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción, en los términos de lo señalado en el considerando 10.

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna.

Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad, tal como se señaló en el considerando 8º.

16) Que, finalmente, cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad.

Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente).

Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC.

Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir.

17) Que esta presunción, sin embargo, no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes.

Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos.

La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos.

Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso.

A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.

La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población.

18) Que, por el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico.

En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados.

Tal como ha quedado acreditado en esta causa, y se señaló en el considerando 12, quienes como la actora no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda.

Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Asimismo, se hace lugar al amparo interpuesto y se condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Notifíquese y devuélvase.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La señora S. Y. Q. C. nacida en Bolivia en el año 1976, viajó a la ciudad de Buenos Aires en el año 2000 en busca de trabajo y mejores condiciones de vida, donde reside hasta la fecha. Tuvo diversas ocupaciones que le permitieron subsistir y en el año 2005, nació su hijo J. H. Q. C. quien padece una enfermedad que le provoca una incapacidad motriz, visual, auditiva y social.

Por un corto tiempo, convivió con el padre del niño y su familia en Laferrere, provincia de Buenos Aires, desvinculándose luego de ese grupo por lo que regresó a la ciudad en compañía de su hijo.

De ahí en más, se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual recurrió al Gobierno de la Ciudad y obtuvo su inclusión en el Programa de Subsidios regulado por el decreto 690/06, modificado por los decretos 960/08 y 167/11.

Finalizadas las diez cuotas previstas, pidió continuar con el beneficio, pero el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se negó con sustento en que no podía excederse el tope normativo allí fijado, lo que la condujo nuevamente a deambular por la ciudad de Buenos Aires. En estas condiciones y por medio del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, la señora S. Y. Q. C. interpuso la presente acción de amparo por sí, y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que ambos pudieran acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas.

Adujo que la demandada no reconocía su derecho a un techo pues les había negado la inclusión en alguno de los programas habitacionales vigentes, a pesar de persistir en situación

de emergencia habitacional. Asimismo, peticionó que, en forma provisional y como medida cautelar, se le ordenara que los incorporase en alguno de ellos, solución que de consistir en un subsidio permitiese abonar en forma íntegra el valor del alojamiento.

Seguidamente, impugnó la constitucionalidad de los arts. 5º y 6º del decreto 690/06, en tanto fijan como subsidio un monto incompatible con el goce de un derecho a una solución habitacional adecuada (fs. 1/63).

La jueza de primera instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario n° 12 de la Ciudad de Buenos Aires, hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la demandada que incluyera a la familia de la actora “en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar” y que permita costear una vivienda (fojas 65/67).

2º) La sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y confirmó el pronunciamiento anterior que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la señora S. Y. Q. C. (fs. 337/340).

Para así decidir, refirió que el Estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen el deber de hacer. Que resulta fundamental el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Asimismo dijo, que no corresponde al Poder Judicial expedirse respecto de cuáles son las medidas a adoptar, sino sobre su razonabilidad en el caso concreto y concluyó que constatada como se encontraba en autos la situación de emergencia habitacional de la actora y su hijo, correspondía confirmar la condena dispuesta en primera instancia, con el fin de otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante.

3º) El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra esa decisión, revocó el fallo y reenvió la causa a la cámara de apelaciones que intervino previamente para que los jueces se expidan respecto de la situación de la señora S. Y. Q. C. teniendo en cuenta lo señalado en el punto 16 del voto de los señores jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en el precedente “Alba Quintana” a cuyos términos remitió (fs. 397/437).

En esa sentencia, básicamente se sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda “no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.

Asimismo, se señaló en el fallo “Alba Quintana”, que quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asistir, “quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’, como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA; CN y PIDESC)”.

Tales asertos fueron fundados en que “no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—”.

Al abordar puntualmente el tema de los subsidios habitacionales, se expresó que las restricciones que surgen de las normas reglamentarias, resultaban constitucionales, aún cuando fueran limitadas en el tiempo y en su monto máximo.

Empero, expresó, que lo que transformaría en inconstitucionales a tales instrumentos, sería que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respetara las prioridades establecidas en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; situación que, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le era denegado a una persona que se hallaba dentro del universo de personas con prioridad.

Por los motivos anteriores, los doctores Ana María Conde y Luis Franciso Lozano, en el punto 16 de su voto en la causa “Alba Quintana” revocaron la sentencia de cámara dictada en ese expediente y ordenaron el reenvío para que esos mismos jueces establecieran si se daban las condiciones previstas en el decreto 960/08, y si el actor había logrado demostrar estar comprendido en alguna de las prioridades establecidas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para acceder o mantener el beneficio del subsidio, es decir si logró acreditar que el beneficio se había concedido a personas con menores necesidades que las suyas.

De no comprobarse esos presupuestos, los magistrados debían expedirse entonces, en torno a la obligación de brindar al accionante un “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda, lo que también requería de la apreciación de cuestiones fácticas.

4º) Dicho pronunciamiento, originó el recurso extraordinario de la parte actora (fs. 448/473 vta.), que fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia local con base en que la decisión impugnada no era definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48. Ello dio origen a la presente queja.

5º) Los agravios centrales de la amparista pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Existencia de una sentencia definitiva. La apelante esgrime que si bien el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ordenó a la Cámara de Apelaciones que emita un nuevo fallo, las condiciones y pautas que determina la remisión al precedente “Alba Quintana”, no permiten a los jueces a quienes ordenan el reenvío la posibilidad de que le reconozcan de manera plena y adecuada su derecho constitucional a la vivienda, dado que tales líneas de pensamiento parten de una interpretación sesgada, irrazonable e insuficiente de esa garantía y fijan un estándar de asistencia minimalista que lo desnaturaliza como derecho humano y contradice su carácter operativo.

Sostiene tal afirmación, en que la cámara no podría apartarse de lineamientos tales como: I- Cumplir con los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda estatal, conforme la reglamentación que reputa constitucional plasmada en el decreto 960/08 y la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. II- Ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios. III- Que en su caso, ya no podrá “continuar recibiendo el importe del decreto 960/08”, puesto que la reglamentación dictada por la Ciudad solamente ha previsto su prórroga por un plazo de seis a diez meses que ya se han agotado, por lo que habría quedado comprendida dentro del grupo

respecto del cual la obligación de la demandada según el fallo, se limita a la protección de un techo o albergue básico. IV- Que deberá cumplir con la carga de probar su situación prioritaria, sin que los jueces puedan “asignar” los subsidios ni “afectar” recursos, dado que la sentencia impugnada que remite al precedente “Alba Quintana” afirma que dicha función sólo le compete al órgano ejecutivo.

b) La interpretación que hace el antecedente en el que se sustenta el reenvío de la causa para ser nuevamente fallada, desconoce el verdadero alcance, contenido y naturaleza operativa del derecho constitucional a la vivienda reconocido en el orden nacional e internacional, pues asigna al principio de progresividad un alcance restrictivo que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del derecho, además de impedir la evaluación de que en el sub lite, la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que ha reclamado.

c) La remisión lisa y llana al precedente “Alba Quintana” efectuada por la Corte local en la sentencia apelada resulta incompatible con la exigencia de evaluación individual que requiere el sub lite.

Ello es así, porque el presente caso no es uno más de aquéllos en los que se pide el acceso a una vivienda digna, dado que la peticionaria además de encontrarse en una situación de extrema pobreza, es madre de un niño afectado por una severa discapacidad, aspectos que en conjunto, exigían una especial consideración.

6º) Cabe aclarar, que en el presente expediente las partes están de acuerdo en que el niño J. H. Q. C padece una patología congénita de tipo neurológico que se denomina encefalopatía no evolutiva, que afecta gravemente su desarrollo intelectual. Que en consecuencia, sufre un severo retraso en el aspecto cognitivo, y que tiene defectos auditivos y visuales: que requiere atención constante para deambular, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás (conf. audiencia, fs. 11/12...). Asimismo, que hasta la concesión de la medida cautelar que se concedió, que aún tiene vigencia, ambos se encontraban en situación de calle (fs. 65/67, 261/262 y 2 de la versión taquigráfica de la Audiencia Pública llevada a cabo ante este Tribunal el día 15 de septiembre de 2011).

7º) Asiste razón a la recurrente en su afirmación de que la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva. Así lo creo, puesto que la Corte local ha ordenado a los jueces de cámara la resolución del presente caso de conformidad con los argumentos vertidos en el precedente “Alba Quintana”, cuyos presupuestos fácticos difieren substancialmente de los que motivan este amparo, por lo que no sirven de base para abordar un aspecto central del caso, cual es la discapacidad del hijo de la solicitante que aquí se plantea y exige ser ponderada para resolver la causa.

8º) El recurso extraordinario es procedente, en cuanto la señora S. Y. Q. C. ha fundado su derecho —entre otras consideraciones— en la particular situación que se encuentra por tener un hijo con una severa discapacidad, de lo que se deriva que a efectos de hacer efectivo su derecho a una vivienda digna debía brindársele un trato preferente en la asignación de recursos (art. 14 bis de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, art. 75 inciso 22) y la resolución de la corte local ha otorgado fundamentos que no incluían ese especial tratamiento (art. 14.3 de la ley 48).

En función de lo expuesto, la competencia de esta Corte ha quedado habilitada para revisar si ante la seria patología del niño y la delicada situación económica de la madre, el gobier-

no local demandado podía negarse a darle una respuesta frente al reclamo habitacional que formuló en este expediente, sin vulnerar a la vez sus derechos constitucionales.

9º) Adelanto mi postura en el sentido de que los extremos antes mencionados, son relevantes para privar de validez a la negativa de la demandada al pedido efectuado por la señora S. Y. Q. C., con apoyo en que la peticionaria no cumple con los requisitos establecidos en los programas para los que ha afectado su presupuesto público en materia de vivienda, sin que ello implique propiciar el mismo temperamento respecto de otros pobladores de la ciudad que se encuentran en otras condiciones.

10) A continuación, efectuaré una reseña que demuestra la voluntad de nuestro Estado por dar al tema de la discapacidad una atención primordial, que se traduce en brindarle a las personas con esta característica una protección especial en términos constitucionales que implica una tutela más acentuada que los coloque en una posibilidad efectiva de ejercer su derechos en condiciones de igualdad con quienes no padecen discapacidad.

Los instrumentos internacionales incorporados a la Carta Magna reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 inc. 1º); el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25); El derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI).

Por su parte, en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad —aprobada en nuestro país por la ley 25.280, publicada en el B.O. del 4 de agosto de 2000— se estipula que los Estados Parte, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas “...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como (...) la vivienda” (art. 3º).

En la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada por la Argentina mediante la ley 26.378, publicada en el B.O. del 9 de junio de 2008—, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ella sin discriminación por discapacidad, debiendo los Estados adoptar las medidas para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2, especialmente punto d).

Asimismo, se establece que los Estados Partes tomarán “todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7º apartados 1 y 2).

En el orden interno, se han dictado numerosas normas sobre la materia tales como la ley 24.901 y 22.431 entre otras, que especialmente se refieren a la atención y asistencia integral de la discapacidad.

11) Las pautas antes señaladas son las que gobiernan la causa sub examine, por lo que frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que este último padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S. Y. Q. C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

Dicha hermenéutica se apoya en que el gobierno local en su carácter de administrador de fondos públicos, tiene competencia para redistribuir, es decir transferir o asignar dinero para ciertos y especiales grupos de personas.

12) En la medida que la decisión adoptada por la accionada en relación con la peticionante y su hijo no ha seguido las anteriores directrices, ya que se limitó a ofrecer las mismas prestaciones que al resto de las residentes de la ciudad, corresponde obligarla a que atienda la problemática de vivienda planteada en autos a partir de la aplicación de la regla de distribución señalada en el considerando anterior.

Ello así, dado que sólo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

Por todo lo expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado en los términos del presente fallo. Notifíquese y devuélvase.— CARMEN M. ARGIBAY.

FILIACIÓN

Información complementaria: (43)

Impugnación de paternidad matrimonial

La Corte Suprema en la causa “*O., S. A. c/ O., C. H.*” (01/11/1999 - Fallos: 322:2755) consideró que la acción atribuida al hijo en el art. 259 del Código Civil es de inherencia personal, lo cual determina que su ejercicio le corresponde de manera privativa. Asimismo en “*D. de P. V., A. c/ O., C. H.; s/ impugnación de paternidad*” (01/11/1999 - Fallos: 322:2701) señaló que la exclusión que hace dicho artículo al cónyuge de la práctica de la

(43) N. de S.: Los fallos completos pueden consultarse en www.csjn.gov.ar

acción de impugnación no es discriminatorio por razones de sexo, sino que se trata de un problema de política legislativa, cuya solución no violenta derechos fundamentales del hijo. Dicha acción está “relacionada” con el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad, derecho que, si bien no es absoluto, goza de jerarquía constitucional. Por último, que la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, tienen fundamento en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. En la causa “*G., M. A. c/ P. J. R.*” (28/09/2004 - Fallos: 327:3959) dijo que la acción de filiación por reconocimiento puede ser ejercida en todo tiempo y en “*M., S. M. c/ M., M. A. y otros*” (13/02/2001 - Fallos: 324:245) reconoció al Ministerio Público de la Defensa de los Menores la facultad de promover acciones en forma directa y la articulación de estas funciones con los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Filiación - Derecho a la identidad - Hijos extramatrimoniales - Divorcio - Prueba hematológica - Interés superior del niño

P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia - 10/08/2010 - Fallos: 333: 1376

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el rechazo de la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial ofrecida de ADN por el demandado reconviniendo en un juicio de divorcio. La vencida dedujo el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja. La Corte por mayoría declaró admisible el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

Los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, por su voto, sostuvieron que no resulta razonable en este estado de la causa, pretender realizar una prueba pericial ya que el objetivo del padre no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) Interpretación de la cláusula del art. 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño.
- b) Realización de la prueba de ADN - Interés superior del niño.



Estándar aplicado por la Corte:

- La regla del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias—, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

- En la medida que la decisión de realizar la prueba de ADN respecto del niño implique un “trauma” para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

- Ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es obligación del tribunal dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

- Si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (44)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 10 de agosto de 2010.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por la actora en la causa P. de la S., L. del C. c/ P., G. E. s/ divorcio y tenencia**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) La señora L. del C. P. de la S. inició el presente juicio de divorcio contra el señor G. E. P. (fojas 51/58). Al contestar la demanda, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. En lo que interesa, sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

(44) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csn.gov.ar.

A fin de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense (fojas 103/107).

2°) Dicha medida mereció la oposición de la señora P. de la S. y de la señora Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la decisión de grado que entendió procedente su producción (fs. 95).

El a quo apoyándose en el dictamen de la representante del Ministerio Público de la anterior instancia, que hizo hincapié en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalismo de la menor de conocer su verdadera identidad sostuvo que la prueba de ADN solicitada era conducente para el esclarecimiento de la cuestión debatida.

Agregó, que el resultado solo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio de la niña.

3°) Contra esta decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la presente queja.

La recurrente invoca que el reconocimiento de la niña formulado por el señor P. no se puede revocar, pues el estado de familia que constituyó es inalienable.

En tal sentido, destaca que si el demandado hubiera querido desconocer la paternidad, debería haber intentado la acción de impugnación de la filiación establecida en el artículo 258 del Código Civil, lo que no hizo en tiempo oportuno, ya que al haber tomado conocimiento del parto, el término de un año previsto en el artículo 259 para la caducidad de la acción, debe computarse desde la inscripción del nacimiento.

A renglón seguido, critica el fallo con sustento en que prioriza la realidad biológica (artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño), sobre cualquier otro derecho y afirma que ni el principio de amplitud probatoria ni la Convención de los Derechos del Niño, autorizan a conculcar el derecho a la filiación.

4°) El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

En el caso, la apelante ha invocado que la solicitud del cónyuge de la prueba de ADN de una de las hijas, para probar en el juicio de divorcio su adulterio viola el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño. Esta regla constitucional resulta aplicable durante el curso del proceso, pues prescribe que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por lo tanto, resulta ineficaz su tratamiento al momento del fallo último.

5°) Sentado lo anterior, los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

6°) Cabe revisar entonces, si la alzada ha reparado en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la CDN, en lo que respecta a decisiones provisionales que podrían ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente AS. C. s/ adopción” (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias—, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto.

En otro orden de ideas, se afirmó que en la medida que la decisión respecto del niño implique un “trauma” para él, debe demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

7°) Otra directriz sentada por esta Corte ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas.

8°) Tales reglas hermenéuticas respecto del “interés superior del niño” (artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que podrían causarle algún perjuicio, son las que deben regir la solución del caso en estudio.

Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas.

9°) Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que específicamente podía traer aparejada para M. la producción de la prueba en cuestión. Cabe agregar, que según las constancias de la causa nunca se requirió la opinión de la niña que actualmente cuenta con 14 años, pese a que los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos.

Los jueces, para sustentar su decisión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña.

10) Se advierte entonces, que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico, las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio. Tal examen requería reparar en las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el planteo, como por ejemplo que la duda respecto de la identidad de la niña ya había sido introducida. Asimismo, exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que

acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

11) De todo lo dicho, cuadra concluir que, la sentencia dictada por la cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que esta Corte ha determinado al interpretar el artículo 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil. Es en esa medida que el caso deber ser nuevamente fallado.

Por todo lo expuesto, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto) —CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto) — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó el rechazo de la oposición de la actora a la realización de la prueba pericial ofrecida por el demandado reconviniente en el juicio de divorcio, la vencida dedujo el recurso extraordinario cuya desestimación dio origen a la presente queja.

2º) Que al contestar la demanda de divorcio incoada en su contra, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves —anteriores a la reconciliación invocada por su parte—, que imputó a la actora alegando que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio.

3º) Que para acreditar tal hecho ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense, medida que mereció la oposición de la contraparte y de la Sra. Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la procedencia de su producción, al entender que resultaba conducente a los fines de esclarecer la cuestión debatida, y su resultado sólo podría valorarse en relación con el objeto específico de estas actuaciones, sin implicar en modo alguno modificar el emplazamiento del actual estado filiatorio que tenía la menor.

4º) Que en la decisión traída a conocimiento del Tribunal no puede soslayarse una evaluación de las circunstancias que, aunque *prima facie* parecería adelantar opinión sobre aspectos relacionados con la reconciliación de las partes invocada por el demandado, tiene por fin dar preeminencia a la atención de los intereses primordiales de la menor involucrada que requieren que no se la someta injustificadamente a una prueba que puede dejar una huella psicológica que gravite eventualmente sobre su desarrollo personal.

5º) Que en razón de que el objetivo del demandado —padre de la menor según la partida de fs. 49 del juicio principal— no es impugnar la paternidad de su hija, sino demostrar la existencia de una causal de divorcio derivada del presunto adulterio de su cónyuge, hecho que puede ser acreditado por otras vías probatorias sin necesidad de perturbar la conciencia de la menor, no resulta razonable en este estado de la causa pretender realizar una prueba pericial

sobre ese punto, desentendiéndose de las consecuencias que ello podría llegar a producir en la relación de familia.

6°) Que, en esa inteligencia, esta Corte entiende que el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño no puede ser obviado por la aceptación de motivaciones procesales insuficientes para desvirtuar el contenido de una norma que, por corresponder a un tratado internacional incorporado a la Constitución Nacional (conf. art. 75, inciso 22), debe reconocérsele una jerarquía superior a las propias leyes de la Nación.

7°) Que la solución basada en la prioridad que se asigna a la referida Convención respecto del problema probatorio planteado en la causa, pone de manifiesto la existencia de cuestión federal que autoriza a esta Corte a resolver el problema planteado dando preeminencia al interés superior de la niña, lo que lleva a admitir la oposición a la prueba deducida por su progenitora.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la decisión apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.— ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

MINISTERIO PUPILAR

Información complementaria: (45)

Representación procesal de los menores

La Corte Suprema en “*Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor General del Ejército*” (06/07/2010 – Fallos: 333:1152) expresó que el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que hubiera lugar sin su participación.

En “*Páez Balbuena, Rufina y otros c/ Estado Nacional Argentino – Gendarmería Nacional – Ministerio del Interior*” (13/02/2001 – Fallos: 324:253) dijo que la intervención del Defensor Oficial se caracteriza por ser promiscua y complementaria ya que representa al menor en forma conjunta con los padres o con sus tutores y no sustituye ni reemplaza a sus representantes legales. Y en “*Sánchez, Griselda c/ Solá Federico*” (16/05/2000 – Fallos 323:1144) señaló que la intervención del Defensor de ante la Corte Suprema cubre debidamente la protección de los derechos de la menor interesada en la sustanciación del recurso extraordinario.

(45) N. de S.: Los fallos completos pueden consultarse en www.csn.gov.ar. En el mismo sentido “*Pastrana, María Cristina y otros c/ Municipalidad de Coronel Pringles*” (17/10/07- Fallos 330:4498); “*Quintana Elsa c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles*” (01/07/97 - Fallos: 320: 1291); “*Da Mercedes Norre, contra D. Carlos Saco; Sobre reconocimiento de hijos naturales*” (Fallos: 30:64), “*Da. Andres Fernández Oro de Gonzáles por sí y por una hija menor, contra D. Miguel Quinteros s/ interdicto de adquirir*” (Fallos: 34:183).

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Restitución internacional de menores – Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980 – Convención sobre los Derechos del Niño

Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela – 14/06/1995 – Fallos: 318:1269

Antecedentes:

Tanto en primera instancia como en la alzada, se hizo lugar al pedido de restitución de la menor D. W. al Canadá, instado por el padre, mediante el procedimiento establecido en la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 1980. Contra dicha decisión, la madre de la niña interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a una presentación directa ante la CSJN.

El Tribunal, por mayoría, hizo lugar a los recursos y confirmó la sentencia apelada, exhortando a la madre a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva.

Los jueces Moliné O'Connor, Fayt y López, en disidencia, hicieron lugar a los recursos interpuestos y ordenaron la revocación de la sentencia recurrida, rechazando el pedido de restitución de D. W.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Restitución del menor. Derecho del progenitor. Procedimiento convencional. Acción judicial innecesaria.**
- b) **Convención de La Haya. Convención sobre los Derechos del Niño. Armonización.**
- c) **Interés superior del niño. Preservación. Convención de La Haya.**
- d) **Residencia habitual del menor. Alcance.**
- e) **Orden público interno. Resignación a invocarlo. Compromiso internacional del Estado.**
- f) **Trámite de restitución. Celeridad.**
- g) **Integración del menor al nuevo medio. Motivo autónomo de oposición a la restitución.**
- h) **Supuestos de excepción a la restitución del menor. Examen riguroso. Peligro psíquico. Alcance.**
- i) **Restitución. Oposición. Prueba.**

j) Opinión del menor. Facultad de los jueces. Edad y madurez. Oposición a regresar.



Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho del padre, de obtener el regreso del menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, preexiste a toda decisión judicial y no necesita de ninguna manera la intervención de un magistrado.

- En el derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, pues la jerarquización de intereses —con preeminencia del interés superior del niño— es respetada en aquel Convenio.

- La República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por la Convención de la Haya, acoge la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a que los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero para ese fin promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

- La Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho, ya que la víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, establecida en su situación de origen; sin embargo, la regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestra que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido.

- La expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención de La Haya se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores.

- La residencia habitual de un niño no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

- La resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

- En la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desahido por las vías de hecho.
- La mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución.
- La información sobre la situación social del menor que pudiera lograrse en el país requirente, no constituye una limitación sino una ampliación de las posibilidades probatorias de que dispone quien se opone a la restitución.
- No es un imperativo la consulta directa de la voluntad del menor, máxime si interviene el Asesor de Menores, pues el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”.
- El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se abre ante la oposición del niño a ser restituido y a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados.

Texto del fallo:

Buenos Aires, 14 de junio de 1995.

Vistos los autos: **“Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”**, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior e hizo lugar al pedido de restitución de la niña D. W. instado por su padre, el señor Eduardo Wilner, mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Contra dicha decisión, la madre de la menor interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que la apelación, no obstante las serias deficiencias de fundamentación que presenta —que no pueden subsanarse en la queja (Fallos: 296:291; 307:1035)—, resulta admisible por cuanto, mínimamente, presenta dos agravios federales que abren la competencia del Tribunal. En efecto, por una parte, la recurrente invoca hallarse en estado de indefensión frente a una sentencia extranjera violatoria de su derecho de defensa, y la decisión ha sido adversa a los argumentos que sustentó directamente en el art. 18 de la Constitución Nacional. Además, también suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa han hecho de la Convención de La Haya, reglamentaria del principio del interés superior del niño contenido en un tratado internacional de jerarquía constitucional, como es la Conven-

ción sobre los Derechos del Niño (art. 11 de esta Convención), en el cual fundó su pretensión la apelante, lo que entraña la necesidad de interpretar las normas federales en juego.

3°) Que, en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

4°) Que las circunstancias relevantes de la causa son las siguientes: Los padres de la niña se casaron en Buenos Aires el 3 de diciembre de 1985 y llegaron al Canadá en marzo de 1986. La menor, de 4 años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá, el 6 de febrero de 1990 (fs. 16). La niña vivía con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistía al jardín de infantes. Este último dato es corroborado en la entrevista de fs. 194/ 197, que da cuenta de que la menor tenía recuerdos positivos de ese período de su vida, “lazos afectivos con personas, objetos y ámbitos a los que permanece ligada” (fs. 196). En la presentación de fs. 117/120, la señora Osswald cuestionó el encuadramiento jurídico de la estada de ella y del señor Wilner en Canadá, pero no el hecho de esa misma estancia. El relato que aquélla efectuó ante la asistente social (fs. 350/351) ratifica estos datos. En cuanto al padre, consta que gozaba de la residencia propia de su condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente durante ocho años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneración que, según la versión de la demandada, ascendía a U\$S 382,76 por quincena (fs. 118). En la entrevista de que da cuenta el informe de fs. 351, la madre de la niña afirmó que a fines del año 1993 decidió venir a Buenos Aires a pasar las “fiestas” con su familia, información coincidente con las manifestaciones de Eduardo Wilner (fs. 6). El padre sostuvo -sin que se opusiera contradicción- que tomó conocimiento el 6 de enero de 1994 de la decisión de la madre de no regresar al Canadá y de permanecer con la niña en la República Argentina. En febrero de 1994 el señor Wilner solicitó la asistencia de la autoridad central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución de la menor en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario (fs. 9/11), que atribuyó la custodia de la niña a su padre. Finalmente, consta que el 21 de marzo de 1994 la autoridad central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local (fs. 30).

5°) Que corresponde, en primer lugar, tratar el agravio federal que la apelante sustenta en el artículo 18 de la Constitución Nacional, relativo a que la negativa de la cámara a valorar la sentencia dictada por la Corte de Ontario la ha colocado en estado de indefensión con grave lesión a la garantía del debido proceso, puesto que ha soslayado la verificación de los requisitos necesarios en jurisdicción argentina para el reconocimiento de una decisión extranjera y, en los hechos, esa prescindencia ha implicado dar efecto a un pronunciamiento dictado por un juez incompetente en un trámite donde no tuvo posibilidad de defenderse.

6°) Que el reproche revela desconocimiento de la materia debatida en el presente litigio, esto es, un pedido de retorno de la menor mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la República Argentina a partir del 1 de junio de 1991, y que tiene por finalidad “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante” (art. 1, a). No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas “autoridades centrales” de los

estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.

7°) Que, consecuentemente, la circunstancia de haberse dictado el recordado fallo por la Corte de Ontario –que en copia se ha agregado como documentación adjunta a la solicitud de restitución– es irrelevante a los fines de este litigio (confr. Salzano Alberto, *La sottrazione internazionale di minori*, Milán, Giuffrè editore, 1995, pág. 87) y sólo demuestra una práctica común de los jueces consistente en otorgar automáticamente la custodia provisoria del menor al progenitor que reclama protección frente al que ha desplazado o retenido indebidamente al hijo. El derecho del padre de obtener el regreso de la menor al lugar de la residencia habitual anterior a la retención ilícita, “preexistía a toda decisión judicial y no necesitaba de ninguna manera la intervención de un magistrado” (conf. Tribunal de grande instance de Toulouse, 2ème. Chambre civile, 20 de marzo de 1987, “Ministère public c/ C. en présence de Mme. G. épouse C.,” *Revue Critique de Droit International Privé*, 1988, pág. 67 y sgtes., esp. pág. 71).

8°) Que, y por un análogo orden de ideas, resulta infundado oponer en este litigio el reproche de fraude a la jurisdicción argentina, pues, como se ha dicho, la iniciación del procedimiento convencional ante la autoridad central requirente no necesita una acción judicial que la preceda y su admisión depende de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de aplicación material y personal del tratado, cuestión que sí debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial o administrativa requerida (conf. art. 13 de la Convención de La Haya). Por otra parte, no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida. Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a los limitados efectos que contempla el art. 17 de la Convención.

9°) Que el segundo agravio que suscita materia federal es la alegada contradicción entre el principio consagrado en el art. 3º, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada por ley 23.849, que reviste jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, según el art. 75, inciso 22, párrafo segundo, de la Constitución Nacional—, y el modo en que los jueces de la causa han aplicado la Convención de La Haya, que, a juicio de la recurrente, importó un total desconocimiento de los principios que en materia de menores integran el orden público internacional argentino. El precepto que la apelante considera violentado expresa: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los organismos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

10) Que el mandato transcripto se dirige a los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento del sub lite, y orienta la interpretación que deba darse a un convenio internacional que, como la Convención de La Haya, fue suscripto, ratificado y aplicado por el Estado Nacional en el profundo convencimiento de que “los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”. Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte

de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos (conf. Jörg Pirrung en J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13ª edición, 1994. Dieter Henrich, Jan Kropholler y Jörg Pirrung, Berlín, 1994, parágrafo 683, pág. 272). La jerarquización de intereses —con preeminencia del interés superior del niño— que propugna la recurrente, es respetada en la Convención de La Haya. A su vez, la República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por este convenio, acoge la directiva del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. Adviértase que esta Convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (art. 18, párrafo 1). En tales condiciones, es evidente que en el derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

11) Que, precisamente, la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido. Por ello, corresponde pronunciarse sobre las condiciones que sustentan la regla general y que son la definición convencional de la residencia habitual de la menor y del acto de turbación, en su aplicación a las circunstancias particulares del caso.

12) Que la expresión “residencia habitual” que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores (conf. Von Oberbeck Alfred, *La Contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992-II-págs. 9/ 98, esp. pág. 55; conf. art. 3º del Convenio sobre protección internacional de menores suscripto con la República Oriental del Uruguay el 31 de julio de 1981, aprobado por ley 22.546). Es, pues, errónea la interpretación de la apelante que hace depender la residencia de la niña a los fines del artículo 3, párrafo primero, “a”, de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres. Desde su nacimiento, cabe reiterarlo, la menor desarrolló su vida en Guelph, Provincia de Ontario, donde estaba su ámbito familiar y social, lo cual basta para tener por configurado el presupuesto del art. 4º.

13) Que consta en autos que el traslado de la menor con su madre a la República Argentina el 11 de diciembre de 1993 -al solo fin de pasar las “fiestas”- fue consentido por el padre, quien ha sostenido (fs. 6) —sin que la demandada lo negara en su defensa de fs. 117/120— que el retorno estaba previsto para el 22 de enero de 1994. Es evidente, pues, que ese consentimiento paterno no tiene los efectos previstos en el art. 13, inciso “a”, de la Convención toda vez que fue la negativa de la madre a restituir la niña al lugar de su centro de vida habitual lo que configuró típicamente el acto de retención ilícito en el sentido de los arts. 1, “a”, 3 y 4 del Convenio (conf. Adair Dyer, *International Child Abduction by Parents*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 168, 1980-III, págs. 231/268, esp. pág. 248). Los padres están contestes en que, con anterioridad al acto de retención, no se había dictado ninguna decisión relativa a la tenencia o guarda provisoria o definitiva de la niña. Tampoco se han desconocido recíprocamente la cotitularidad de la custodia —sea cual fuere su específico contenido— a la luz del derecho canadiense, lo cual configura precisamente la hipótesis prevista en el art. 3º, “a”, de la

Convención. Por lo demás, la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, que no es el caso de autos, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.

14) Que la tutela del interés superior de la niña en el desarrollo de un procedimiento que, si bien ha sido íntegramente concebido para tutelar sus derechos, concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido, entraña asimismo la necesidad de interpretar las causales que las autoridades judiciales o administrativas de dicho país pueden invocar para negar la restitución.

15) Que la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. El texto está inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales —que se hallaba en vigor en un número considerable de estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusión de la Convención en examen— y fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula —o de una reserva— por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (*Actes et Documents de la Quatorzième Session*, t. III, págs. 306/307; rapport E. Pérez Vera, pág. 434; Adair Dyer, *International Child Abduction by parents*, Recueil des Cours de l’ Académie de Droit International, t. 1980-III, esp. pág. 262).

16) Que, precisamente, esta resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos. En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canadá con su padre importe la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de los informes sociológicos y psicológicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificación de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia.

17) Que en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formuló en la audiencia del 18 de mayo de 1994 (fs. 121/121 vta.) y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores”. Especial atención ha de ponerse a esta directiva —máxime dado las características del sistema judicial argentino—, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el

espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo.

18) Que el art. 13, párrafo primero, inciso “b”, libera de la obligación de ordenar la restitución cuando: “b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. El texto denota que en la jerarquía de valores que sustentan la Convención, el primer lugar lo ocupa el interés superior del niño, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho. Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente —en el sub iudice, inexistente—, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (conf. Amtsgericht Darmstadt del 22 de julio de 1993, Fam RZ 1994, 184; Jöng Pirrung en J. von Staudingers, obra citada en considerando 10, párrafo 683, pág. 272).

19) Que la información sobre la situación social del menor que pudiera lograrse en el país requirente, no constituye una limitación sino una ampliación de las posibilidades probatorias de que dispone quien se opone a la restitución. En este orden de ideas, constan los estudios ambientales y psicológicos llevados a cabo en esta República (fs. 194/197; 343/345 y 350/351), cuya ponderación es materia ajena al recurso extraordinario, máxime cuando no se advierte irrazonabilidad en las apreciaciones que efectuó la titular de la asesoría de menores n° 6, en su intervención de fs. 353/354 vta., el asesor de menores ante la cámara, a fs. 408/414, y que fueron compartidas por los jueces de la causa. Esa conclusión abarca las consideraciones que se formularon en el dictamen psicológico en carácter de “inferencia pronóstica”, puesto que no alcanzan a justificar un apartamiento de la regla general.

20) Que, por otro lado, no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del Asesor de Menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párrafo segundo, de la Convención de La Haya; art. 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña “psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta” (fs. 196), que atraviesa por un estado de “confusión afectiva... por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres” (fs. 345). Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres. Por lo demás, en ningún momento del proceso la recurrente solicitó a los jueces que mantuvieran una entrevista personal y directa con la niña; dicho planteo fue introducido con motivo del recurso extraordinario ante esta Corte, lo que lleva a considerarlo como fruto de una reflexión tardía. Asimismo, en lo que interesa, la posibilidad del segundo párrafo del art. 13 de la Convención de La Haya se abre

ante la oposición del niño a ser restituido, es decir, ante su vehemente rechazo a regresar (conf. Oberlandesgericht Celle, sentencia del 13 de noviembre de 1991, AZ 18 UF 185/91; Amtsgericht Ludwigshafen, sentencia del 13 de diciembre de 1992, AZ 5d F 223/91), determinación que no ha sido de ningún modo detectada en los estudios psicológicos efectuados en esta causa.

21) Que, una vez armonizada la interpretación de la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y despejada toda colisión, le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a que el país está vinculado (confr. Causa G.342 XXVI “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. El Tribunal exhorta a la apelante a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a efectos de evitar a la menor una experiencia aún más conflictiva. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.— JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR (en disidencia) — CARLOS S. FAYT (en disidencia) — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — RICARDO LEVENE (H) — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LÓPEZ (en disidencia) — GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINÉ O’CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, accedió el pedido de restitución de la menor Daniela Wilner, formulado por su padre mediante el procedimiento establecido en el “Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” (ley 23.857), interpuso recurso extraordinario la madre de la niña, cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2°) Que suscita cuestión federal el agravio relativo a la aplicación que los jueces de la causa efectuaron del tratado internacional en que la recurrente funda su derecho, por lo que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente procedente (Fallos: 306:1312). En tal sentido, cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a normas de naturaleza federal, este Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, entre otros).

3°) Que cabe puntualizar, en primer término, que en autos no obra un requerimiento de restitución de la menor emanado de un tribunal canadiense, y tampoco se pretende la ejecución de una sentencia extranjera. Trátase de una presentación de carácter administrativo, formulada por el padre de la menor ante la Autoridad Central canadiense para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina, sin que ninguna au-

toridad canadiense, judicial o administrativa, se haya pronunciado acerca de su procedencia, ni menos aun requerido el envío de la niña. La petición fue acompañada por un resumen de los hechos invocados por el denunciante, los formularios presentados con tal motivo, y diversas constancias relacionadas con una causa seguida ante un juzgado de Ontario para obtener la tenencia provisoria y definitiva de la niña.

4°) Que la menor, nacida en Canadá el 6 de febrero de 1990 y cuyos progenitores son argentinos, viajó con su madre a la República Argentina en el mes de diciembre de 1993 con el propósito de pasar las fiestas de fin de año con su familia. En el transcurso del mismo mes lo había hecho su padre, quien se hallaba de acuerdo con tal viaje. Las desavenencias se produjeron cuando —en el marco de una separación matrimonial— la madre de la niña resolvió no retornar a Canadá y mantener a su hija con ella. En el mes de febrero de 1994 el Sr. Wilner solicitó la asistencia de la Autoridad Central de la Provincia de Ontario para lograr la restitución de su hija en los términos de la Convención de La Haya antes citada, pedido que fue presentado por la Autoridad Central de la República Argentina ante el juez local.

5°) Que la Convención de La Haya de 1980 (ley 23.857) prevé un rápido procedimiento para obtener la restitución de menores al lugar de su residencia habitual, cuando hubiesen sido ilícitamente retenidos fuera de ella. Su objetivo primordial ha sido la protección del menor y en especial evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionar un traslado o una retención ilícita. Para el logro de ese objetivo, sus disposiciones articulan un procedimiento tendiente a garantizar la restitución del menor (conf. Preámbulo, arts. 1° y 2°), a cuyo efecto los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2°).

6°) La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor según los términos del art. 3°. También es requisito para su aplicación que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado parte, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no se haya alcanzado la edad de 16 años (art. 4°). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de las autoridades centrales que se constituyan en cada uno de aquellos.

7°) Que el procedimiento tiene por finalidad garantizar la inmediata restitución del menor a su residencia habitual con el propósito de restablecer la situación anterior que fue turbada. Sobre la persistencia de estos tres elementos se sustenta el trámite autónomo previsto por la Convención de La Haya, de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de virtualidad.

8°) Que la requisitoria formal presentada por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 del expediente principal) no consta en la causa debidamente traducida. No obstante tal defecto —que, en el caso, afectaría la regularidad de la pretensión incoada por el denunciante, conforme a lo dispuesto en el art. 123 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— cabe puntualizar que sólo comunica a la Autoridad Central de la República Argentina la existencia del pedido formulado por el padre de la menor, para su consideración por las autoridades nacionales. En tal sentido, se limita a transmitir algunas de las circunstancias en que se funda la solicitud, sin hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por el peticionante ni asumirlos como propios. Previene, asimismo, que las autoridades judiciales o administrativas argentinas deberán abstenerse de decidir acerca de la procedencia de los derechos de custodia de la menor, hasta tanto no sea resuelto que ésta no deba ser restituida según las normas de la

Convención, o hasta que haya transcurrido un período razonable sin que se haya radicado una solicitud (art. 16 de la Convención de La Haya).

9º) Que lo expuesto resulta relevante en orden al tratamiento de la cuestión que han efectuado los tribunales de la causa, que se asemejó al de una rogatoria que debe ser cumplida. En realidad, el requerimiento debió haber sido examinado como una solicitud de un ciudadano argentino transitoriamente establecido en Canadá, que pretende que su hija continúe viviendo en ese país a pesar de que la madre de la niña resolvió poner fin a su estadía en el extranjero. Esa petición se encuentra sometida a consideración de las autoridades argentinas, que son las únicas que deben expedirse acerca de las cuestiones propuestas, conclusión estrictamente acorde con lo dispuesto por la Convención de La Haya (arts. 13, 15, 16 y concs.) y con lo petitionado por la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20 cit. *supra*), que reconoce la competencia de las autoridades argentinas para resolver al respecto.

10) Que cabe señalar que existe discordancia entre el texto de la requisitoria formal de la Autoridad Central de Canadá (fs. 19/20) y el contenido de los formularios completados por el Sr. Wilner para obtener la restitución de la menor (fs. 4 a 6), lo que no aparece salvado ni aclarado en los documentos anexos a la petición. En efecto, en el pedido transmitido a la Autoridad Central de la República Argentina se solicita la restitución de Daniela Wilner en virtud de un supuesto traslado ilegítimo que habría sido realizado por su madre, sin consentimiento ni conformidad del denunciante. Esa hipótesis no fue alegada por el padre de la menor, quien sólo sostuvo que la niña había sido ilícitamente retenida en este país.

11) Que ese defecto que presenta el pedido transmitido a las autoridades argentinas, bastaría para desestimarlos, en razón de que impide a la parte a quien se atribuye haber infringido un derecho de custodia, conocer cual es la irregularidad que se le imputa, lo cual claramente obsta a que pueda invocar y probar lo que hace a su derecho en los términos de los arts. 3º y concs. y 13 y concs. de la Convención de La Haya. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta el procedimiento judicial seguido, el tiempo transcurrido desde que fue presentado el pedido de restitución y, fundamentalmente, la protección del interés de la menor, se examinará la procedencia sustancial de la solicitud.

12) Que la Convención de La Haya define en el art. 3º inc. "a" el concepto de traslado o retención ilícitos, y declara que se considerarán tales: "Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención".

13) Que la citada Convención contiene diversas normas que complementan ese concepto. Así, en el art. 8º, inc. "f", establece que la solicitud del peticionante de la restitución podrá incluir "una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado". El art. 14 establece que, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del art. 3º, las autoridades del país requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones dictadas en el Estado de la residencia del menor, sin necesidad de recurrir a procedimientos concretos para probar su vigencia. Por otra parte, el art. 15 prescribe que, antes de emitir una orden de restitución, el Estado requerido podrá pedir que el demandante obtenga del Estado de la residencia del menor, una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.

14) Que, según surge de las normas mencionadas, el procedimiento reglado por la Convención sólo resulta aplicable cuando el menor haya sido retenido en infracción a la legislación vigente en el lugar en que residía antes del hecho investigado. En el caso, no resulta controvertido que el lugar de residencia habitual de la niña era Canadá, por lo que las autoridades del Estado requerido —la República Argentina— deben determinar si la retención de la niña se ejerció en transgresión de las normas que sobre el punto rigen en el país mencionado en primer término.

15) Que resulta evidente de lo expuesto que, en casos como el presente y dentro del marco de la Convención de La Haya, constituye un requisito previo a dar curso a un pedido de restitución de menor, la comprobación de que su retención es ilícita según las normas del Estado de la última residencia del niño. Para facilitar ese cometido a las autoridades del Estado requerido —que son las que deben resolver acerca de la procedencia de la solicitud (confr. arts. 3º y 15)— la Convención establece con flexibilidad los procedimientos que posibilitan conocer el derecho aplicable.

16) Que, desde esa perspectiva, el pedido de restitución formulado por el Sr. Wilner aparece desprovisto de todo fundamento legal, ya que ni ante las autoridades canadienses que recibieron su solicitud, ni durante el transcurso del largo procedimiento seguido ante los tribunales argentinos, invocó o probó, en modo alguno, la existencia de legislación vigente en Canadá que diera razón a su afirmación de que la madre de la niña la había retenido en forma ilícita.

17) Que no se encuentra controvertido que, en el momento en que se produjo la desavenencia entre los padres de la menor, ambos compartían su custodia y ejercían conjuntamente la patria potestad. En esas condiciones, y dado que no existió traslado ilícito de la niña —único supuesto recogido por la autoridad canadiense como agravio del padre, sin hacerlo propio en el documento que emite—, ya que su viaje a la República Argentina fue consentido por el padre, deben sólo juzgar las autoridades argentinas si la madre obró en infracción a la legislación canadiense al disponer que su hija permaneciera con ella, sin retornar al Canadá.

18) Que, en tal sentido, se observa una clara falencia en el razonamiento seguido por los tribunales de la causa que, al omitir toda consideración del aspecto que constituye el eje para la aplicación de la Convención de La Haya, emitieron una decisión carente de apoyo jurídico.

19) Que el fiel cumplimiento de los tratados internacionales conforme al principio de la buena fe (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), impone a las autoridades encargadas de su aplicación la cuidadosa revisión de los requisitos previstos en sus disposiciones. En el sub lite, los recaudos exigidos —incumplidos por el peticionante— preservan la armonía del orden jurídico internacional, en cuanto constriñen al Estado requerido a considerar la legislación de otro Estado para sustentar la decisión que deben adoptar. Si las autoridades argentinas admitieran una petición infundada, por la mera circunstancia de haberse invocado en ella un tratado internacional —cuyas disposiciones el solicitante no acató—, estarían en realidad, bajo la apariencia de cumplir un compromiso internacional, lesionando las normas que son producto de la voluntad concurrente de los Estados signatarios.

20) Que, en las condiciones descriptas, el pedido de restitución sub examine sólo traduce un conflicto entre la voluntad del padre de la menor, que pretende reunirse con su hija, y la de su madre, quien sostiene idéntica pretensión en su favor. Ausente todo elemento que permita juzgar como ilícito el comportamiento de la madre a la luz de la legislación canadiense —condición *sine qua non*, según el art. 3º inc. a, de la aplicación del tratado—, y sin haberse

accedido a los medios que prevé la Convención para justificar la procedencia del pedido, no cabe sino concluir que éste no puede ser admitido.

21) Que cabe agregar que la acción promovida ante el tribunal de Ontario para obtener la custodia de la niña, fue iniciada con posterioridad a los hechos que fundan el pedido de restitución, por lo que la decisión dictada por el juez interviniente carece de relevancia a los efectos del pronunciamiento que aquí se persigue. Es del caso añadir que el art. 17 de la Convención establece que una sentencia con ese alcance no podría ser invocada para denegar la restitución del menor y la posibilidad que admite de que sea evaluada su motivación no puede concretarse en el sub lite, dado que ésta no ha sido expresada en el fallo canadiense (ver fs. 2 y 10/11).

22) Que no puede dejar de señalarse que la Convención no se limita a establecer parámetros meramente formales para resolver acerca de la suerte de un menor en las lamentables circunstancias que su contenido regula. Como no puede ser de otra manera, considera, evalúa y pondera los efectos que las medidas provisorias puedan arrojar sobre el menor, sometido a tan durísimas experiencias. En efecto, la admisión de un pedido de restitución reconoce excepción para el Estado requerido cuando se demuestre por una de las partes que “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (art. 13 inc. b). Asimismo debe considerarse que el art. 12 prevé que superado el plazo de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la demanda, la autoridad ordenará la restitución “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”.

23) Que, en el caso, el informe pericial de la licenciada María Elena Chicatto, obrante a fs. 194/197, advierte que: “la eventual separación y distanciamiento entre la menor y su madre generaría un nuevo impacto psíquico de posibles consecuencias dañosas en el marco de un estado básico de vulnerabilidad emocional y de un proceso de elaboración de la crisis familiar y del desarraigo afectivo acontecido”. Esto le generaría un nuevo proceso de duelo por la figura materna, fracturando la díada básica y el proceso identificatorio normal propio de la etapa de la primera infancia.” Señala que: “Se trata de una menor lúcida e inteligente, psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta”; que en la actualidad “no se detectan alteraciones en el vínculo materno-filial, el cual es de características contenedoras”. “La menor sufre proceso de duelo por ruptura parental, por el distanciamiento de la figura paterna y vivencias larvadas de desarraigo, lo cual constituye un manifiesto impacto psíquico. Se encuentra en estado de elaboración de la crisis familiar y ambiental que afronta”. “Una nueva separación, con posible fractura de la díada madre-hija se insertaría en un momento de plena elaboración del duelo sufrido, sobrecargando una lábil y vulnerable organización psíquica, generando así un nuevo impacto emocional en la menor”. “Se recomienda apoyo terapéutico inmediato”. Se añade que “debido a su corta edad, el estado de vulnerabilidad psíquica de la menor es considerable, debiendo afrontar en este marco de situación las pérdidas afectivas y los cambios ambientales”, “en este proceso se aferra al vínculo maternal encontrando allí un refugio y contención” (dictámenes de fs. 194/197 y 313).

24) Que esos exámenes psicológicos de naturaleza pericial, efectuados por profesionales altamente calificados, cuya objetividad no ha sido cuestionada, son el resultado de la exploración de la personalidad de D., mediante un conjunto de datos que surgen de su evolución psíquica conforme a su edad, historia personal y ambiental y constelación parental. Tomando como base sus cinco años de edad, han establecido la dinámica de los factores de riesgo que ofrece el colapso de la etapa yoica —de formación del yo— en que la menor se encuentra y la prognosis de las consecuencias dañosas que desencadenaría la destrucción de la díada

materno-filial por causa de su separación de la madre. La privación del afecto materno en este momento de su evolución y desarrollo, tendría consecuencias de tal gravedad que no sólo perturbarían su conducta y personalidad en esta etapa de su vida, sino que desorganizaría su evolución afectiva y mental posterior. Los avances de la psicología en el conocimiento de la influencia de los factores psicógenos en la conducta infantil, así como su proceso de maduración, —en términos del profesor Nicolás Tavella— “contribuyen a la diagnosis y enfoque terapéutico” y permiten elaborar una prognosis sobre la base de elementos proporcionados por la psicología clínica y la psicopatología (confr. Tavella, Nicolás M., “Aplicación de los test al estudio de los problemas psicológicos”, en Telma Reca y otros, “Problemas Psicológicos en Pediatría”, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, pág. 85).

25) Que esa prognosis asume grados de certidumbre apenas se advierte que el eventual regreso de la menor tendría por escenario una situación muy diferente de la anterior, no sólo por la ausencia de la madre, sino por la presencia de una mujer extraña en el que fue su hogar, incorporada por el padre. Esta situación de absoluto desamparo en que quedaría la menor pone de relieve la arbitrariedad de las decisiones de primera y segunda instancia y de qué modo mal interpretaron la letra y el espíritu que anima a la Convención de La Haya, que ha consagrado, como valor talismático, el principio según el cual el niño es sujeto y no objeto de derechos y que sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Y que el procedimiento articulado para el retorno de un niño, es sólo un medio instrumental que debe ceder ante cualquier duda razonable de dañar la formación de su yo, perjudicar su evolución y desarrollo, sin advertir que su medio habitual de vida se ha modificado, con la formación de una nueva y auténtica constelación parental, todo lo cual destruye y hace añicos la presunción de que “el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos”, sin el examen y valoración de sus efectos de acuerdo con su edad, evolución, desarrollo e integración a sus nuevos ámbitos de vida.

26) Que, en relación de correspondencia con lo expuesto, se desprende del informe ambiental (fs. 350/351) que “toda la familia de D., salvo su padre, está en Argentina y la menor está en contacto permanente con todos”, que concurre a un jardín de infantes sin que “presente ningún tipo de problemas” y que “está muy bien adaptada e integrada con sus compañeros”. En sentido concordante señaló que “existe un vínculo afectivo muy fuerte entre D. y su madre” y que “la menor sufriría mucho una separación”. Este cúmulo de circunstancias debe privilegiarse en interés del menor, tal como lo consagra el art. 3º de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, al disponer que en todas las medidas que tomen los tribunales y que conciernan a éstos se atenderá al “interés superior del niño”. Tal mandato ha sido firmemente asumido por esta Corte al establecer que los menores —a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda— sólo pueden ser sujetos y nunca objetos de derechos de terceros (Fallos: 310:2214).

27) Que, en lo que atañe a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así porque el a quo, no sólo no se hizo cargo de la falta de sustento jurídico del pedido de restitución, sino que prescindió de toda consideración seria del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una respuesta adecuada al problema suscitado, dentro de las pautas inequívocamente establecidas por la Convención de La Haya. Del mismo modo, el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de fundamento en la falta de ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva de la menor, pues pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía ese factor, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las

autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podría acarrear a la niña.

28) Que constituye asimismo una circunstancia relevante a considerar la de que, por obra del padre, se ha modificado la situación anterior, es decir el pretense *statu quo*. No resulta discutible entonces que la restitución de la menor importaría “grave riesgo psíquico”, conforme lo prevé la Convención de La Haya. En este sentido es falaz, como se insinúa en autos, que la oposición a la restitución signifique premiar al autor de una conducta indebida o reconocer el imperio de los hechos consumados. El diseño del Convenio no autoriza —ni en forma directa ni oblicua— a inculpar el comportamiento de los adultos ni a establecer sistema alguno de recompensas, de los cuales puedan ser prenda los menores, inocentes y siempre acreedores del quebranto en las relaciones de los mayores.

29) Que, en atención a que la Convención de La Haya se inscribe dentro del marco de los tratados internacionales que persiguen la más amplia protección de los intereses de los niños menores de edad, y a que idéntico fin persigue la Convención sobre los Derechos del Niño, que reviste jerarquía constitucional en orden a lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, corresponde puntualizar que la decisión que se adopta no ampara una conducta ilegítima para la legislación argentina. Esa aclaración se formula al solo efecto de ratificar la atención primordial que merece el amparo de los niños menores de edad, que dichos tratados imponen como directiva general y que exigen que este Tribunal verifique en grado máximo la regularidad de las decisiones que dentro de su marco se adopten.

30) Que, en tal sentido, no puede dejar de considerarse que la conducta de la madre de la niña en la emergencia, no sólo no aparece manifiestamente reprochable, sino que se inserta en un contexto en que no cabe presumir una potestad exclusiva del padre para decidir la residencia de la menor, en un momento en que ambos progenitores ejercían su custodia en forma conjunta. En primer lugar, porque ante la separación de los padres, opera como necesaria consecuencia que los hijos quedan en poder de uno u otro de los progenitores, sin que esa circunstancia, que es un hecho irremediable e insuperable, pueda ser considerada en principio como ilegítima. En segundo término, como mero ejemplo de que la facultad ejercida no es una conducta en sí misma reprochable para la legislación argentina, —dado que es aplicable la ley canadiense— y si debiera juzgarse según su contenido, cuando ambos progenitores comparten la patria potestad, el menor no puede salir del país sin la autorización de ambos (art. 264, quater, inc. 4° del Código Civil), y si uno de los padres no diera su consentimiento, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar (art. cit. *in fine*). Antes del dictado de una resolución en tal sentido, —en principio— no podría calificarse como ilícita la conducta de ninguno de los padres. A esa evaluación no habría de resultar ajena —en un caso como el sub examine— la pauta prevista en el art. 206 del Código Civil, que establece que en caso de separación, los menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. No hay, pues, ante la falta de conocimiento de la ley aplicable ni siquiera indicios de que el comportamiento de la madre pudiera ser manifiestamente reprochable máxime ante una niña que tenía tres años cuando se produjeron los hechos. Conviene resaltar que el debate acerca del discernimiento de la patria potestad en favor del padre —seguido ante el tribunal de Ontario— aparece en el caso como la consecuencia de un conflicto que llevó al matrimonio a una separación de hecho, y que el desacuerdo que motiva el pedido de restitución constituye un hecho enmarcado en ese contexto, pero anterior en el tiempo y susceptible del tratamiento previsto en el citado art. 264 quater del Código Civil para la legislación argentina.

31) Que, en conclusión, no hay requerimiento de entrega de la menor por parte de autoridad extranjera, que la actuación de ésta se limita a poner en conocimiento del gobierno

argentino la denuncia del padre de la niña, para que en esta sede se resuelva la procedencia de la restitución al lugar de residencia habitual; que la condición exigida por la Convención para su aplicación requiere determinar la ilicitud del acto conforme la legislación canadiense, recaudo que no se ha cumplido en la especie; que aunque esa omisión bastaría para excluir la entrega exigida, también se ha acreditado el grave riesgo que ello implicaría para la menor comprometida, todo lo cual excluye la procedencia de la petición intentada.

32) Que es por ello que la claridad de las normas de derecho internacional en que se encuadra el pedido de restitución sub examine determina que caiga, sin remedio, la pretensión unilateral del padre de la menor, por carecer de los recaudos mínimos que permitan calificar como ilícita la pretensión de la madre de continuar viviendo junto a su hija en la República Argentina, elemento cuya concurrencia exige *sine qua non* la Convención de La Haya para la admisibilidad del pedido de restitución. La decisión consulta, asimismo, el interés de la menor en orden a la preservación de su equilibrio psíquico en las actuales circunstancias y la normalidad de su evolución futura, así como el proceso de integración a un nuevo ambiente y universo parental, a la vez que la modificación de su situación anterior —a la que ya no podría ser restituida— por haber su padre constituido una familia nueva. Es deber de este Tribunal velar por el puntual cumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado Argentino al suscribir dicha Convención, a la vez que asegurar el cumplimiento de los tratados que, como la Convención de los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional e imponen garantizar el bienestar de los menores de edad.

33) Que, en ese orden de ideas, no puede concebirse que el propio instrumento destinado a proteger al menor se vuelva contra él, ni tolerarse la indiferencia de los jueces frente a tal comprobación. Sus decisiones no afectan tanto a éstos como a las partes mismas, particularmente en el sub lite, en que el destino de una niña menor de edad se encuentra comprometido. Se sigue, pues, atendiendo a las circunstancias comprobadas de la causa, a las normas establecidas en el Convenio y a los principios que lo inspiran, que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en uso de las facultades que confiere el art. 16 de la ley 48, denegar la restitución de Daniela Wilner.

Por ello, se declara procedente la queja, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia recurrida, y se rechaza el pedido de restitución de Daniela Wilner. Agréguese la queja al principal, notifíquese y remítase.— EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR - CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F. LÓPEZ

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la dictada en primera instancia en cuanto había ordenado la restitución a Canadá de la menor Daniela Wilner, en los términos de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, la madre de la niña, María Gabriela Osswald, dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a esta queja.

2º) Que, según constancias del expediente principal (cuya foliatura se citará en lo sucesivo), las actuaciones se iniciaron con una presentación de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 30/31). Dicho organismo actuó en su carácter de Autoridad Central de la Convención mencionada. La finalidad de la presentación fue poner en conocimiento del juzgado interviniente el pedido de restitución

de la menor Daniela Wilner, formulada por la Autoridad Central de Canadá. Se adjuntó, en esa oportunidad, copia de una sentencia de la Corte de Ontario, del 7 de marzo de 1994, que otorgó la custodia de la menor a su padre, Eduardo Mario Wilner.

3°) Que, después de celebrada la audiencia señalada a los fines del art. 36, inc. 2°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de practicado el peritaje psicológico a la menor y de requerida la opinión de los funcionarios del Ministerio Público correspondientes, la juez de primera instancia dictó sentencia disponiendo el cumplimiento de la rogatoria diplomática, decisión que fue apelada por la demandada.

4°) Que, sustanciado el recurso y evacuadas las vistas conferidas al Asesor de Menores y al Fiscal de Cámara, el a quo emitió su pronunciamiento (fs. 430/433). Su línea argumental partió de la base de que no correspondía evaluar el instrumento de auxilio judicial internacional con las previsiones del exequatur pues debía atenderse prioritariamente a la vía administrativa autorizada por la Convención de La Haya, aplicable en función de la residencia habitual de la menor, extremo este último que, en el caso, no había sido discutido. Desde esa perspectiva desechó los planteos tendientes a objetar la regularidad de la decisión judicial que sustentó el pedido de restitución, fundados, por una parte, en la virtual incompetencia del tribunal canadiense y, por otra, en la presunta vulneración del derecho de defensa de la demandada. Acerca de este último aspecto enfatizó que la documentación acompañada con la solicitud inicial permitía afirmar que *prima facie* la defensa de la madre de la menor le estaba garantizada respecto de una materia que, según la legislación argentina, es insusceptible de reunir efectos de cosa juzgada y que resulta modificable según las exigencias y comprobaciones que, en definitiva, sean más convenientes para la seguridad y salud física o espiritual de los hijos. En otro orden, advirtió que aunque la restitución fue requerida de inmediato, todo el tiempo que corrió hasta el dictado de la sentencia fue necesario conocimiento del tribunal de las consecuencias incidentales para la menor. Sin perjuicio de ello, entendió que la demora no configuró excepción a las disposiciones del Convenio, por lo menos de modo fehaciente, como para impedir el progreso inmediato del reintegro. No obstante, dada la trascendencia de esos extremos —que la parte afectada podría hacer valer ante la jurisdicción de los tribunales requirentes— decidió que debían ser comunicados a la autoridad canadiense juntamente con el cumplimiento de la restitución solicitada.

5°) Que, en su apelación federal, la recurrente reedita su planteo atinente a que la sentencia extranjera que se intenta ejecutar ha violado el derecho de defensa en juicio. Afirma que, frente a ello, no es viable siquiera la medida cautelar ordenada. Alega, asimismo, que es errónea la consideración del a quo respecto de que el último domicilio conyugal fue Canadá dado que este país habría considerado a los cónyuges como “visitantes” con autorización de permanencia por tiempo limitado. Destaca, también, que la sentencia ha desatendido específicas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención de La Haya, en especial, con respecto a esta última, las que en determinadas circunstancias autorizan la oposición a la restitución requerida. Por último, arguye que se ha prescindido de la prueba que acredita que la menor está actualmente integrada a la comunidad argentina.

6°) Que existe cuestión federal bastante para habilitar la competencia de esta Corte en tanto la materia del pronunciamiento apelado se halla vinculada con el alcance de determinadas cláusulas contenidas en un tratado internacional (Fallos: 306:1312). Asimismo, como tiene establecido el Tribunal, lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de esta vía extraordinaria (confr. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y lo resuelto, entre otras, en la causa registrada en Fallos: 314:1324, considerando 3°) y, en tales condiciones, no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una decla-

ratoria sobre el punto controvertido (art. 16, segunda parte, de la ley 48 y Fallos: 308:647 y sus citas, entre otros).

7°) Que el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por la República Argentina mediante ley 23.857, ha tenido por finalidad la protección del menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita. Para el logro de dicho objetivo, sus disposiciones prevén un ágil procedimiento de carácter administrativo tendiente a garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita (confr. su preámbulo y arts. 1° y 2°). Al efecto, los Estados contratantes están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos propuestos, debiendo recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan (art. 2°). La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor cuyos presupuestos de configuración se determinan en el art. 3°. También es requisito para la aplicabilidad de la Convención que el menor haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita y que no haya alcanzado la edad de dieciséis años (art. 4°). El cumplimiento de las obligaciones que se imponen está a cargo de autoridades centrales de los Estados contratantes (art. 6°).

8°) Que, la solicitud de restitución puede ser promovida por toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia. El interesado debe dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución (art. 8°). Se prevé un plazo de un año desde producida la sustracción o retención para efectuar el requerimiento (art. 12). La tramitación deberá desarrollarse sin demoras (art. 11). Se prohíbe al Estado requerido juzgar sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un lapso razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud del Convenio (art. 16). El examen de las disposiciones mencionadas, consideradas desde un punto de vista eminentemente técnico, permite concluir que, según los lineamientos de la Convención, la protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objeto no es reorganizar el ejercicio de la autoridad parental sino encauzar la reacción ante una vía de hecho configurada por el desapoderamiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente, contra su voluntad (confr. Bertrand Ancel, *Conflicts de juridictions*, Revue Critique de Droit International Privé, 82 [4], oct.-déc. 1993, pág. 658).

9°) Que, los presupuestos que autorizaban la iniciación del trámite de restitución, de conformidad con las directivas del Convenio —mencionadas en los considerandos precedentes— se han verificado en la especie, tal como lo han entendido los jueces de la causa. Baste señalar, al respecto, que no ha sido materia de debate que, hasta el momento del traslado de la menor Daniela, ambos progenitores ejercían sobre la pequeña los derechos inherentes a la patria potestad. Tampoco se controvertió la configuración de la retención de la menor por parte de su madre ni la temporalidad del pedido de restitución formulado por su padre. Además, la formalización de la solicitud ante la autoridad Central de Canadá aparece justificada por el hecho de haber sido ese país el lugar de residencia habitual de la niña. Cabe precisar, acerca de este punto que, dentro del diseño del Convenio, lo determinante para viabilizar su aplicación no es el último domicilio conyugal sino el lugar en que el menor ha permanecido en forma estable hasta el momento en que se produjo el traslado. En tal sentido cobra especial relevancia la

circunstancia de que, en el caso, no se ha discutido que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el momento del traslado, cuando ya había alcanzado la edad de cuatro años, lapso más que suficiente para cubrir la exigencia de habitualidad a que se refiere la norma. Frente a ese hecho resulta irrelevante que, como se alega, la estadía del matrimonio en Canadá no haya revestido en su inicio carácter definitivo o que las autoridades de ese país sólo hayan autorizado su permanencia por tiempo limitado.

10) Que, por otra parte, cabe reparar en que las únicas causas que autorizan a denegar el pedido de restitución son las taxativamente determinadas por el art. 13 de la Convención. En lo que al caso interesa, la cuestión se centra en los alcances que cabe atribuir a la disposición del inciso b) del mencionado artículo en cuanto establece que la autoridad del Estado requerido podrá oponerse a la procedencia del reclamo si “...existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

11) Que para una correcta inteligencia de la cláusula aludida es preciso destacar la preeminencia que corresponde asignar al interés del menor en la toma de decisión sobre su restitución. En tal sentido es incuestionable que la disposición examinada imparte una directiva precisa: el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee, como toda persona, a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicada en una situación intolerable. Dicho postulado primordial sobre la preeminencia del interés del menor, pese a no figurar explícitamente en el texto del articulado de la Convención, está establecido de manera expresa y solemne en el preámbulo como pauta orientadora para la interpretación. Allí se destaca, en lo pertinente, que “...los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”. También el mencionado interés superior ha sido objeto de especial atención en la Convención sobre los Derechos del Niño —hoy con jerarquía constitucional; art. 75, inc. 22 de la Carta Magna—, cuyas disposiciones fueron expresamente invocadas por la apelante. A la luz de la directiva mencionada, fuerza concluir que aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, se desdibuja y cede ante el interés superior del niño.

12) Que, en resguardo del mencionado interés superior y con el fin de determinar la virtual existencia de causas que justificaran la negativa a la restitución, se imponía efectuar en el caso un exhaustivo examen de la situación psicofísica de la menor y discernir cuáles serían las consecuencias que derivarían del reclamado retorno a Canadá. Acerca de este aspecto cabe destacar que, si bien en la economía de la Convención aplicable se procura un regreso inmediato del niño y se tiende con ello a dar un cierto carácter de automaticidad a la medida, tal mecanismo no debe conducir a que se confiera al menor un tratamiento asimilable al de una cosa disputada entre copropietarios. De tal modo, al momento de adoptar una decisión, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo posesorio de restitución un cierto número de alteraciones significativas que deben ser necesariamente sopesadas. En tal sentido, el órgano judicial no puede ser un sujeto inanimado que, al decir de Montesquieu, resulte “ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley” (*Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Claridad, 1922, pág. 124). Por el contrario, su función, lejos de ser meramente reproductiva, debe orientarse a formular una interpretación creativa de la norma tendiente a asegurar el valor justicia.

13) Que, en lo que concierne a la cuestión precedentemente expuesta, la sentencia recurrida exhibe una ostensible carencia de fundamentación. Ello es así pues el a quo, sin expresar razón alguna, prescindió de la consideración del informe pericial psicológico, pese a su incuestionable valor decisivo para dar una adecuada respuesta al problema suscitado. Esa

circunstancia autoriza a que el Tribunal haga excepción en el caso a la regla según la cual, lo atinente al examen de la prueba es materia ajena al recurso extraordinario y, en consecuencia, proceda a valorar el peritaje preterido (fs. 194/197). De él se desprende que la niña tiene conocimiento de la imposibilidad de reunir a sus padres nuevamente frente a lo cual se plantea otras alternativas para solucionar el problema como ser, pasar períodos con cada uno de ellos. Se señala, asimismo, que la niña se encuentra cursando un síndrome específico a raíz de la crisis familiar y está elaborando la angustia que este proceso le genera. En todo este devenir —prosigue— se aferra al vínculo maternal encontrando refugio y contención. Concluye que de esta manera se configura una situación para cuya resolución se torna prácticamente imposible no engendrar algún efecto sintomático en la menor, reiterando que una nueva separación afectiva podría recargar su organización psíquica ya afectada.

14) Que, al contestar las aclaraciones requeridas (fs. 343/345), la psicóloga forense enfatizó que “la fractura de la díada madre-hija y del proceso identificatorio normal, propio de la etapa de la primera infancia, podría afectar la personalidad de la menor de manera dañosa. Este efecto dañoso es producto de la confusión afectiva a la cual la menor está sometida al sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres, lo cual es una problemática de muy difícil tramitación psíquica, especialmente para una niña de tan corta edad”. Para una evaluación integral de la situación actual de la menor —que el pronunciamiento del Tribunal no puede desconocer— debe tenerse en cuenta que, como también surge del informe examinado y de las demás constancias de la causa, la menor ha permanecido en la Argentina, donde tiene familiares directos, por más de un año y medio y que durante ese lapso se integró en un jardín de infantes sin inconvenientes, ni siquiera con el idioma pues posee una dicción clara del castellano (fs. 194/197).

15) Que, frente al cuadro fáctico descrito, no es ocioso remarcar que la restitución internacional, materia de la Convención aplicable, procura devolver inmediatamente al menor al país del cual fue irregularmente alejado para evitar que se profundicen o agraven los perjuicios sufridos por esa ruptura abrupta del medio donde estaba viviendo. En tal sentido, cobra especial significación la regla que determina que el reclamo debe ser articulado dentro del año de acaecido el traslado o la retención (art. 12 de la Convención). Pero, aun en los casos en que —como ocurre en el sub lite— la solicitud ha sido presentada en forma tempestiva, no puede prescindirse de la ponderación del factor tiempo en relación con la estabilidad psíquica y emotiva del menor, máxime cuando existen evidencias de su ulterior arraigo a un nuevo medio, producto de su permanencia por un período mayor al estipulado en la norma, en razón de la tramitación de los procesos administrativos o judiciales.

16) Que en la valoración del extremo recientemente mencionado el pronunciamiento resistido muestra su mayor debilidad de sustento pues, pese a que la cámara admitió la trascendencia que en el caso revestía el factor tiempo, vinculado con la justificada dilación del procedimiento, sólo se limitó a ordenar que esa circunstancia fuera puesta en conocimiento de las autoridades canadienses simultáneamente con la restitución, sin medir prudencialmente las consecuencias nocivas que el cumplimiento de ese mandato podía acarrear a la niña.

17) Que, en definitiva, a juicio de esta Corte las conclusiones periciales, evaluadas conjuntamente con la situación actual de la menor ya descriptas, revelan claramente que un nuevo desarraigo se traducirá necesariamente en un daño cierto para su salud psíquica. En consecuencia, ante el deber que imponen las disposiciones internacionales aplicables de resguardar el interés superior de la niña, corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y denegar la restitución requerida en los términos del art. 13 de la Convención de la Haya. La decisión a que se arriba torna innecesaria la consideración de los restantes planteos articulados por la apelante.

Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se deniega la restitución solicitada en la rogatoria con que se iniciaron estas actuaciones. Sin costas, en razón de la índole de las cuestiones debatidas. Agréguese la queja al principal, notifíquese, hágase saber al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y, oportunamente, remítase.— GUILLERMO A. F. LÓPEZ.

Información complementaria: (46)

Restitución internacional de menores

La Corte Suprema en “**S. A. G. s/ restitución internacional solicita restitución de la menor**” (20/12/2005 – Fallos: 328:4511) consideró que la facultad del juzgador para oponerse a la restitución requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de una ruptura de la convivencia con sus padres y exige una situación delicada que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo convivencial, el peligro psíquico es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Señaló que los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a los menores objeto de disputa de padres que sufren problemas matrimoniales y que no existe contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos tienden a la protección del “Interés superior del Niño”.

Restitución internacional de menores – Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores – Convención sobre los Derechos del Niño

B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo – 19/05/2010 – Fallos: 333:604

Antecedentes:

El progenitor inició un pedido de restitución internacional en donde adujo que la madre de sus hijos, a quien se le había otorgado el derecho de custodia mediante un acuerdo homologado celebrado en Barcelona, había excedido la autorización otorgada al solo efecto de viajar a la Argentina por el período de vacaciones y que no había consentido el cambio de domicilio permanente a este país.

El Tribunal de Familia, basándose en lo normado por la Convención de La Haya, ordenó la inmediata restitución de J. A., T. A. y N. A. B. a España.

(46) **N. de S.:** El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

La madre y el representante del Ministerio Pupilar recurrieron la decisión ante la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, apoyándose también en aquel texto convencional, revocó la sentencia anterior y dispuso la permanencia de los menores con la progenitora en su lugar de residencia actual.

El padre interpuso recurso extraordinario, el cual fue concedido.

La Corte Suprema hizo suyo los argumentos de la Procuradora Fiscal, revocó la sentencia apelada y ordenó la restitución de T. A. B. y N. A. B. a la ciudad de Rubí, Barcelona, En cuanto a J. A. B., especificó que la edad al momento de dictarse la sentencia —16 años— lo excluía del ámbito de aplicación de la Convención de la Haya, por lo cual, respecto de aquél, no podía ordenar su restitución.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Restitución del menor. Edad.**
- b) **Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisdicción. Tratados internacionales. Responsabilidad internacional.**
- c) **Interés superior del niño. Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Convención sobre los Derechos del Niño. Armonización.**
- d) **Centro de vida del menor. Traslado lícito.**



Estándar aplicado por la Corte:

- No corresponde ordenar la restitución internacional de un menor que ha cumplido dieciséis años, pues la aplicación de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (ley 23.857, art. 41), cesa a su respecto (considerando 4º).

- Le corresponde a la Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (47).

- La Convención sobre los Derechos del Niño dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (art. 18, párrafo 1), lo que hace evidente que en el derecho internacional, la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

- El centro de vida del menor no ha de adquirirse tras un traslado ilícito; de lo contrario, el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya devendría inaplicable.

(47) **N. de S.:** Ver en igual sentido “**R., M. A. c/ F. M. B. s/ reintegro de hijo**” (21/12/2010 – Fallos: 333:2396). Ver pág. 230 de este Boletín.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación:

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que desestimó el pedido de restitución al Reino de España de los menores hijos de las partes, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 381/389, concedido a fs. 399/400.

- II -

En lo que aquí interesa, el decisorio que origina la apelación federal, anula el fallo de la Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, que había acogido la petición objeto de autos.

En base al texto de los arts. 3 y 5 inc. a) del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de La Haya —que denominaré como CH 1980, y a cuyo articulado he de referirme en adelante, salvo aclaración en contrario—, la mayoría de la Corte local adhiere al argumento principal de que, al tiempo de viajar a la Argentina, la progenitora era titular legítima de la custodia de los hijos, en función de la resolución homologatoria emanada de la jurisdicción competente, según el derecho aplicable (esto es, el del Estado español, en el que los menores tenían su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado [art. 3º inc. “a”]). En tales condiciones, no advierte que el cambio de residencia —reservado a quien conserva la custodia—, haya sido ilícito, en los términos del CH 1980; de modo que esa alteración no representa una vulneración de los derechos del padre, sino el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica.

- III -

A su vez, la apelación federal sostiene que se han violado los arts. 18, 19 y 31 de la Constitución Nacional, en tanto amparan los principios de defensa en juicio, legalidad y supremacía de nuestra ley fundamental. Reprocha también el quebrantamiento de las Convenciones de La Haya (arts. 1, 3, 11 y 12) y de los Derechos del Niño (arts. 3, 8, 9, 10 y 11).

Además, acusa la arbitrariedad en que habría incurrido el fallo, al prescindir de prueba decisiva e interpretar parcialmente dicha prueba, en forma manifiestamente irrazonable y alejada de todo rigor científico.

En torno a la legitimidad del traslado, el recurrente repasa el convenio regulador celebrado por las partes, y propone que la cláusula quinta —donde se dice que los niños permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre—, remite indudablemente al punto segundo (ap. I), en el que la demandada fija su domicilio y el de los hijos en la casa familiar de la localidad de Rubí (Cataluña). Paralelamente, aduce que el punto sexto (ap. II) del acuerdo, refleja la voluntad de ambos cónyuges de seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad, para lo cual se comprometen a tomar de consuno cuantas decisiones importantes puedan afectar a la prole. Arguye —además del precedente Wilner—, con un caso australiano, del que surgiría que el término “custodia” no es unívoco, por lo que puede hacer referencia exclusiva a aspectos de cuidado y control cotidiano, mas no a la posibilidad de determinar el lugar de residencia.

Crítica el voto del vocal preopinante en cuanto a los alcances de la audiencia del niño. Recuerda aquí que fue su parte quien solicitó que se entrevistara a los hijos, y se pregunta si alguien les consultó dónde querían vivir, cuando abordaron el avión a mediados de 2005. Hace notar que ellos han estado desde entonces con su madre, a quien aman, por lo que no harían ni dirían nada que pudiera perjudicarla. Su opinión —repone— debe tenerse en cuenta, tal como lo prevé el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, pero guiarse sólo por sus manifestaciones, implicaría en definitiva avalar la retención ilícita.

Reprueba, asimismo, los votos de los Dres. Hitters y Kogan, pues por un lado hacen alusión a la jurisdicción española para la aplicación del convenio homologado, pero por el otro, juzgan que no era prerrogativa del padre resolver sobre el cambio de residencia de los hijos, cuando ésta es una de las “decisiones importantes” que su apartado II coloca en cabeza conjunta de ambos progenitores.

- IV -

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquél (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

En tales condiciones, la actuación del Tribunal no se encuentra restringida por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en disputa (doct. de Fallos: 308:647; 322:1754; 324:2184 y sus citas, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que varios de los agravios referidos a la alegada arbitrariedad guardan estrecha relación con el alcance que la Corte provincial atribuyó a las normas federales en juego, ambas aristas se examinarán conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

- V -

Como se ha visto, en autos se ventila un pedido de restitución, en los términos del CH 1980. La intervención de la República Argentina —que en este caso es requerida, en tanto Estado de refugio—, pasa entonces por verificar la concurrencia de los presupuestos de aplicación de dicho instrumento, recibido en nuestro ordenamiento interno por virtud de la ley N° 23.857.

En esa tarea, debo señalar ante todo, que el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicho carácter ha de determinarse coordinando el alcance de la custodia, atribuida conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (arts. 3° inc. “a” y 13 inc. “a”), con la directiva que emana del art. 5° inc. a), según la cual cualquier custodia —para ser tal en el sentido del CH 1980— debe comprender necesariamente, la facultad de decidir sobre el lugar de residencia (v. punto VIII de mi dictamen).

Verificada la ilegalidad del traslado o retención —que, en principio, habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo)—, los países signatarios no estarán, sin embargo, obligados a implementar el retorno, si se configurase efectivamente alguna de las hipótesis previstas por los arts. 13 y 20, esto es: (i) grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al menor, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; (ii) comprobación de que el propio menor —con una edad y grado de madurez, de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones— se opone

al regreso; y (iii) invocación de principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

- VI -

Cabe primero destacar aquí los principios, finalidades y criterios, cuyos contornos ha precisado la propia Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), por diferentes canales. Si tenemos presente que en el seno mismo de ese organismo, se elaboró el instrumento aplicable al caso, será menester concluir que sus indicaciones han de aportar a la labor exegética, orientaciones de fuste singular (1).

Más adelante me valdré de esa variada producción documental, pero por ahora, a modo de introito, quiero referirme a dos de los textos elaborados en torno al CH 1980, que estimo de especial interés, sobre todo porque denotan la profundización de los mismos lineamientos en dos épocas muy distintas.

A) El primero, contemporáneo del Convenio (2), es el proverbial reporte explicativo conocido como Pérez-Vera (3).

Su capítulo I (Primera Parte) está dedicado a explicitar el objeto del CH 1980, y de allí se extrae que: (i) un factor característico es que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, por lo que un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. (ii) de ahí que el primer lugar entre aquellos propósitos, lo ocupa el restablecimiento del statu quo mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”, resorte que —aunque indirecto— permitirá en general que la resolución final respecto de la custodia, sea dictada por las autoridades de la residencia habitual del menor, antes de su traslado (iii) el empeño por un retorno inmediato, responde al deseo de restablecer unas condiciones que el “secuestrador” modificó de forma unilateral mediante vías de hecho. (iv) El CH 1980 pretende dar respuesta acabada al tema de la vuelta de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita; desarrollo que se justifica por la razón evidente de que “...la verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor... [y que es con] la retención ilícita de un niño... [que] se producen las situaciones más dolorosas, aquellas que, a la vez que exigen soluciones especialmente urgentes, no pueden ser resueltas de forma unilateral por cada sistema jurídico afectado...” (4). (v) en la práctica —más allá del fundamental ángulo preventivo, que le sirve de correlato— el deseo de garantizar el restablecimiento del escenario alterado por la acción del “secuestrador”, es el que prevalece en el Convenio; que también le concede cierta prioridad en el plano de los principios. (vi) “...de conformidad especialmente con lo dispuesto en su artículo primero, el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado...” (5).

(1) Ver Guía de Buenas Prácticas [HCCH], Segunda Parte, “Medidas de Aplicación” ap. 8.1.

(2) Está fechado en Madrid, en abril de 1981.

(3) Este informe fue preparado por la profesora Elisa Pérez-Vera, Ponente de la Primera Comisión redactora del Convenio por encargo del Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia (6 al 25 de octubre de 1980).

(4) Referencia al Informe Dyer, *supra*, p. 21 (D. Adair Dyer, primer Secretario de la Oficina Permanente, Director Científico de la comisión redactora del CH 1980, autor, entre otros, del Documento Preliminar N° 1, agosto de 1978).

(5) Ver parágrafo 19 del reporte reseñado.

B) Otro valioso antecedente, es la presentación que —con fecha 17 de diciembre de 2008 y en el carácter de *amicus curiae*—, efectuó la Oficina Permanente de la HCCH ante la Suprema Corte de los Estados Unidos in re “Timothy Mark Cameron Abbott Jacquelyn Vaye Abbott”, en apoyo del writ of certiorari que impulsa el peticionario (6).

En el caso Abbott, el Bureau dejó determinado ante el máximo tribunal norteamericano que: (i) el principal objetivo del CH 1980 es proteger al niño de las derivaciones nocivas de su ilegítimo desplazamiento o retención; designio que no sólo se cumple proveyendo un remedio frente a los hechos consumados, sino mediante la creación de una sólida estructura legal que torne menos probable la ocurrencia de tales situaciones. (ii) es importante y sirve al interés del niño y su familia que, en la aplicación del CH 1980, los tribunales le otorguen gran valor a la consistencia interpretativa. (iii) las divergencias entre las naciones, en la hermenéutica de las ideas clave, conspira contra una apropiada ejecución del tratado, al diluir el fuerte mensaje disuasivo que la CH 1980 pretende instaurar. (iv) ese efecto se vincula con uno de los mayores problemas que los redactores quisieron prevenir: el forum shopping. (v) en orden a garantizar que aquella aspiración se alcance, es necesario asegurar —tanto como sea razonablemente posible—, que la respuesta dada por los jueces en todos los Estados Partes frente a cada caso de “secuestro”, será siempre la misma. (vi) otra consecuencia indeseable de esa incertidumbre, son las complicaciones y tardanzas en la resolución de las presentaciones hechas al amparo del Convenio, pues el quid para su funcionamiento satisfactorio, se sigue, entre otros, de la utilización de procedimientos expeditos y de la celeridad en la toma de la decisión. (vii) la inconsistencia interpretativa, puede afectar también la correspondencia que está en el corazón de las relaciones convencionales, ya que los instrumentos internacionales tienden a la cooperación judicial y administrativa, basada en la reciprocidad y en la confianza mutua. (viii) es responsabilidad de los tribunales de cada país, realizar una aproximación consistente y homogénea a esos pilares en los que se cimienta la CH 1980. (ix) las prácticas de los Estados contratantes en la aplicación del tratado, de las que surja un consenso relativo a una determinada hermenéutica pueden, acorde con la costumbre internacional, ser tomadas en cuenta para interpretar el Convenio (7).

Las nociones citadas, marcan ciertamente una perspectiva franca, a la que he de sujetar mi análisis.

- VII -

Pues bien, en orden a las cláusulas reseñadas en el punto V, y como primera aproximación al asunto por el que se me corre vista, creo menester deslindar algunos de los componentes que conforman al caso concreto, a saber:

(i) las gestiones encaminadas a lograr la restitución internacional, se emprendieron dentro del plazo previsto en su texto (1 año).

(ii) no se discute que, al tiempo de viajar a Buenos Aires, J. A., T. A. y N. A. se hallaban afincados en territorio español. En enero de 2002, los entonces cónyuges emigraron a España con

(6) Esa dependencia —por encomienda de los países miembros de la Conferencia y de los Estados partes del Convenio—, es la responsable de monitorear y analizar el funcionamiento del CH 1980, y de promover su operatividad. Por lo tanto, su actividad propende a la correcta interpretación del instrumento, y a asegurar un regreso expedito de los niños removidos ilegítimamente desde los países de su residencia habitual.

(7) Con cita del art. 31 [3] “a” de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; y del caso “*Libia v. Chad*”, *ICJ Reports* [1994] p. 4, par. 4.1.

los restantes miembros de la familia, y se establecieron en la localidad catalana de Rubí, donde compraron el inmueble en el que habitaban, y a cuya comunidad se integraron los hijos, realizando diferentes actividades escolares y sociales (v. esp. fs. 131 vta. y 133 vta. [primer párrafo del capítulo “Observaciones”]) De ello se sigue, a mi juicio, que debe asumirse esa residencia como habitual, en los términos del CH 1980.

(iii) tampoco se debaten en autos la celebración, vigencia y homologación judicial del convenio glosado en copia a fs. 22/26, en el que las partes se dieron, entre otros, un estatuto destinado a regir las relaciones parentales. De esas pautas, nos interesan aquí las que se plasmaron con el epígrafe “Pactos” (capítulos I.- [cláusula segundas y II] - [cláusulas quinta y sexta]), que determinan: - “SEGUNDO.-...la esposa y los hijos del matrimonio fijan su residencia en el domicilio familiar de Rubí. Cualquier cambio de residencia posterior deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentra los menores en todo momento [sic]... II.-...QUINTO.- Los hijos del matrimonio... de 11, 8 y 5 años de edad, permanecerán bajo la guarda y custodia de la madre. SEXTO.- Es voluntad de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la Patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometen a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles”.

- VIII -

Con esos elementos a la vista, debe examinarse ante todo, el problema lógicamente prioritario atinente al alcance del acuerdo celebrado entre los progenitores; a cuyo fin, adquiere particular relevancia el derecho español vigente al tiempo del desplazamientos (8), régimen que —a los fines hermenéuticos— debe coordinarse con las reglas que emanan del CH 1980, a las que me referiré seguidamente. Digo esto porque, a mi modo de ver, la solución de ese problema ha de venir a partir de las normas propias de ese ordenamiento, y no desde el *nomen iuris* escogido por las partes, cuya ambigüedad impide al intérprete asumir a priori su real alcance jurídico. Es que los regímenes comparados emplean variedad de voces (guarda, tenencia, custodia, etc.) que pueden denotar un mismo significado, o —a la inversa— resultar homónimos (idéntica designación, con diferente contenido). En otras palabras, la mera coincidencia con la denominación utilizada en el CH 1980, no basta para atribuir a la pretensa custodia la dimensión exigida por dicho tratado.

Por lo demás, el art. 14 flexibiliza el esquema probatorio en punto al derecho extranjero, habilitando expresamente un acercamiento directo, resorte al que estimo prudente acudir, puesto que a lo largo de este prolongado expediente, no se ha solicitado la certificación) que contempla el art. 15 (9).

Entiendo, entonces, que debemos determinar necesariamente cuál es, en este caso particular, el tenor jurídico de la custodia conferida a la madre, en virtud del pacto homologado por el tribunal español. Y para ello, reitero, es menester tener en cuenta el criterio establecido en el art. 5° inciso a) del CH 1980, que en materia de derecho de custodia y en el marco de una razonable hermenéutica integradora, excluye la ilicitud del traslado o retención cuando la custodia comprende no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia.

La lectura que aquí propongo se atiene a la que patrocina la propia HCCH, mediante su Oficina Permanente, en el brief reseñado en el punto VI, donde se pone de resalto que: (i) a

(8) Ver reporte Pérez-Vera (parág. 119).

(9) Ver informe Pérez-Vera (parág. 119).

través de diferentes medios (10), los Estados partes han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, teniendo en cuenta su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado. (ii) la expresión convencional “derechos de custodia” no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980, pues la doctrina y la ley locales, no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado (11). (iii) conforme a los nutridos antecedentes citados en la presentación, la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* (prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción, sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal), cae dentro del dominio de la noción convencional “derechos de custodia”. (iv) la “Guía de Buenas Prácticas en Contacto Transfronterizo concerniente a Niños”, aprobada por la Comisión Especial en el ámbito de la Oficina Permanente, advierte que los casos jurisprudenciales sustentan la visión de que el derecho al contacto, asociado con el veto frente el traslado del niño, constituye *custody right* a los fines de la CH 1980 (12).

Pues bien, como acertadamente lo indica el voto disidente a fs. 358 vta./361, el sistema español consagra el ejercicio conjunto de los derechos de responsabilidad parental y, frente a la ruptura de la convivencia, permite a los padres celebrar un convenio regulador que contemple —entre otras cosas—, la vigilancia de los hijos y cómo ha de ejercitarse la patria potestad de ambos (v. esp. arts. 90 y 156 de su Código Civil).

Según surge de la transcripción realizada en el punto VI, evidentemente las partes mantuvieron un desempeño en común, mediante pacto que mereció la aprobación del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 5 de la Localidad de Rubí, Barcelona, conformando un panorama jurídico reglado indudablemente por el CH 1980 (13).

(10) Por ejemplo, en las Conclusiones y Recomendaciones del Cuarto Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del CH 1980.

(11) Este concepto se repite en las Conclusiones del Segundo Encuentro de la Comisión Especial de revisión del funcionamiento del CH 1980 [enero 18-23 de 1993; v. esp. *part two*, conclusión 2 sobre los puntos fundamentales objeto de discusión y *part three, question 5, response “b”*])

(12) Ver as. Segundo Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del Convenio [Part three, question 5, response a]; Internacional Child Abduction Database de la HCCH, Deak Deak [2006] UKHL 51 [INCADAT cite: HC/e/UKe 880] case HC/E/UKe 880 [16/11/2006; House of Lords —England and Wales—; Superior Appellate Court] Re. D (A Child) —Abduction: Rights of Custody— [2006] UKHL 51, [2007] t. A.C. 619; y sus respectivos comentarios.

(13) En la glosa al art. 3°, el informe apunta: “66.... [L]a elección del derecho de residencia habitual como criterio determinante de la legalidad de la situación transgredida por la sustracción, es lógica. En realidad, a los argumentos que han actuado en favor de atribuirle un papel dominante en materia de protección de menores, como en el Convenio de la Haya de 1961, viene a añadirse la propia naturaleza del Convenio, es decir su ámbito limitado. En este sentido, es preciso hacer dos consideraciones: por una parte, el Convenio no trata de resolver definitivamente la custodia de los menores, lo que debilita considerablemente los argumentos favorables a la ley nacional; por otra parte, las normas convencionales descansan en gran medida en la idea subyacente de que existe una especie de competencia natural de los tribunales de la residencia habitual del menor en un litigio relativo a su custodia...” (v. as. parág. 119).

Y sigue diciendo: “71... [C]onviene hacer hincapié aquí en el hecho de que el Convenio pretende proteger todas las modalidades del ejercicio de la custodia de menores. En efecto, de conformidad con el artículo 3, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, solo o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. No podía ser de otra forma en una época en la que las legislaciones internas introducen progresivamente la modalidad de custodia conjunta, considerada como la más adaptada a principio general de la no discriminación en razón del sexo. Por lo demás, la custodia conjunta no siempre es una custodia *ex lege* en la medida en que los tribunales son cada vez más favorables, si las circunstancias lo permite, a dividir entre los dos padres las responsabilidades inherentes

Se podrá decir que la cláusula segunda confiere elípticamente a la guardadora, la facultad de fijar el lugar donde vivirán los hijos. Sin embargo, me resulta obvio que esa mirada sólo puede aceptarse si se fuerza el contexto normativo —general e individual— antes descripto. Es que, como lo sostiene el progenitor, dejar España para asentarse en otro país, se erige sin vacilación en una de las “decisiones importantes” cuya articulación se estipuló claramente en la cláusula sexta de dicho acuerdo, como derivación natural de la modalidad conjunta en el desenvolvimiento de la función parental.

De tal suerte, entiendo que el título invocado por la Sra. P. carecía de validez inicial, toda vez que no estaba habilitada —en ninguna de las vertientes previstas por el art. 3º *in fine*— para fijar la residencia de los hijos, fuera del territorio español, sin la anuencia del otro progenitor. Y al hacerlo, fue en detrimento de derechos actuales, relevantes en los términos del CH 1980.

- IX -

De compartirse la conclusión que antecede, el próximo interrogante a dilucidar es si el Sr. B. consintió o no la modificación que pretende revertir en esta causa. Estimo al respecto, que la interesada no ha logrado acreditar como le hubiese correspondido (14), la tesitura que sostuvo a ese respecto.

En efecto, la Sra. P. señala como datos que trasuntan dicha conformidad: (a) la contribución pecuniaria que aquél hizo en la compra de los pasajes, realizada el mismo día en que ella habría renunciado a su empleo; (b) el “desarmado” de la casa de la localidad de Rubí, y el despacho hacia la ciudad de Buenos Aires de veinte bultos por 398 kg, hechos que evidenciaban la intención de abandonar España; y (c) la baja que dio el padre al seguro médico de los menores.

Sobre el particular, cabe apuntar que el actor aduce haber ignorado el cese laboral de su entonces cónyuge, y el retiro definitivo de la que había sido sede del hogar (v. fs. 196 vta.), circunstancias ambas cuyo conocimiento no puede presumirse, puesto que ocurrieron con posterioridad a la separación. Más aún, el envío de enseres se llevó a cabo cuando los menores ya se encontraban en Argentina.

En lo atinente a lo acontecido con la cobertura asistencial —que, es cierto, resulta sugestivo y el padre no explica—, toda posible fuerza de convicción se diluye frente al reconocimiento que —en dos de las entrevistas celebradas en autos— efectuó la propia demandada, respecto de lo errado de su conducta desde el punto de vista legal, y en cuanto a que obró contra la opinión del Sr. B. (fs. 134 segundo párrafo; fs. 230 vta. *in fine*/231 *supra*). Asimismo, el informe

al derecho de custodia. Ahora bien, en la óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del Convenio aparece más claramente en estas situaciones... Finalmente, al comentar el art. 5º, insiste: “84... En cuanto al derecho de custodia... [e]l Convenio trata de precisarlo haciendo hincapié, como indicio del “cuidado” a que se refiere, en el derecho de decidir el lugar de residencia del menor. Por otra parte, aun cuando en este artículo no se diga nada respecto a la posibilidad de que la custodia sea ejercida por su titular solo o de forma conjunta, es evidente que tal posibilidad se contempla en el precepto. En efecto, una norma clásica del derecho de los tratados exige que la interpretación de sus términos se realice en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del tratado [*artículo 31, apartado primero, del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969*]; ahora bien, el texto del artículo 3 no deja lugar a dudas en cuanto a la inclusión de la custodia conjunta entre las situaciones que el Convenio pretende amparar. Por otra parte, saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del derecho de la residencia habitual del menor...”

(14) Art. 13 primer párrafo; reporte Pérez-Vera (parág. 113 y 114).

de fs. 129 recoge lo dicho por los menores, acerca de que creían haber venido al país de vacaciones.

Concluyo, pues, que en la especie no ha existido con anterioridad o posterioridad al hecho, una aceptación del progenitor, quien —por lo demás— firmó la pertinente solicitud de devolución con una razonable presteza (el 9 de noviembre de 2005 [v. copia de fs. 47/57]).

De lo dicho hasta aquí tenemos que, si bien la salida de España contó con la autorización paterna, la permanencia no la tuvo, desde que aquélla se hizo bajo la apariencia de un viaje vacacional, por ende, transitorio. Así las cosas, descartado que la custodia atribuida a la madre tuviese el contenido jurídico específico del art. 5º, creo que la ilicitud a la que el CH 1980 supe-dita la operatividad del dispositivo de restitución (art. 3º), ha quedado verificada.

A partir de las constataciones hechas precedentemente, deben abordarse ahora las salvedades previstas en los arts. 13 inc. “b”, 13 penúltimo párrafo y 20, enunciadas en el punto V.

En los precedentes de Fallos: 318:1269 [“Wilner”]; y 328:4511 [“S. A. G.”], esa Corte ya se ha expedido sobre los estándares interpretativos básicos, que estimo en un todo aplicables en este caso y que, esquemáticamente, pueden enunciarse como sigue:

Armonización de las Convenciones de La Haya y de los Derechos del Niño.

(1) no existe contradicción entre dichas fuentes. La jerarquización de bienes —con preeminencia del mejor interés del niño— es respetada y complementada por el primero de dichos instrumentos, que:

1.a.- reglamenta —y satisface— la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”),

1.b.- incluye solemnemente en su preámbulo, la declaración de un profundo convencimiento de que “los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

1.c.- inspira en aquella regla el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia de la comunidad internacional, que es la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado de su medio habitual de vida familiar y social, por una vía de hecho.

(2) el CH 1980, parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél —proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño—, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional.

(3) en coherencia con el art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados procuran que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz, tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño; y, a la vez, persiguen que se convierta en una herramienta idónea

para restablecer en forma inmediata, los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

(4) la mera invocación genérica del beneficio del niño, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución.

Orden público.

(5) el texto del art. 20 —inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales—, fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula o de una reserva, por las que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia, para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado. En ese sentido, es menester estudiar en cada caso si la restitución conlleva “... la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental...” del niño (Fallos: 318:1269; consid. 16), ponderación que normalmente guardará directa relación con los hallazgos realizados en torno a los restantes supuestos de excepción contenidos en el CH 1980.

Opinión del niño.

(6) la posibilidad del segundo párrafo del art. 13 se abre ante la oposición del niño a ser restituido, es decir, ante su vehemente rechazo a regresar.

Grave riesgo.

(7) el art. 13 inc. "b" contempla un supuesto de excepción. Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa, para no frustrar la efectividad del CH 1980.

(8) quien se opone a la restitución, debe demostrar con certeza, que existe un riesgo grave de que el reintegro exponga al niño a un serio peligro físico o psíquico.

(9) la facultad de denegar el retorno, requiere que el menor presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige la concurrencia de una situación delicada, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.

(10) en el régimen del CH 1980, la integración conseguida en el nuevo medio, no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de aquél, aún cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución.

(11) la mera invocación genérica de un cambio de ambiente, no basta para configurar la situación excepcional que permitiría rehusar la restitución.

Obligación de la República Argentina.

(12) corresponde a la Suprema Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a que el país

está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.

- XI -

En ese marco, y vistas las alternativas especiales del conflicto, considero que la Sra. P. yerra cuando arguye con la adaptación lograda por sus hijos en el país, y con el peligro en el que se verían involucrados de ser devueltos a España.

A) Con relación al primer aspecto, como se reseñó en el acápite (11) del punto anterior, fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), el eventual arraigo del niño no puede esgrimirse como causal independiente, para contrariar las directrices adoptadas por el concierto de las naciones signatarias.

Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor de proteger la estabilidad de los infantes, en el entendimiento de que es necesaria para el desarrollo sano de una personalidad en formación; en tanto —claro está— no se dé una situación dañosa, que preste motivos razonables o, incluso, exija interrumpir el *statu quo* (15). Pienso que dicho criterio, en las especiales condiciones que presenta este conflicto, no empece a la restitución debatida, sino que contribuye a sustentar su procedencia

Es que en esta causa —más allá de que la Sra. P. no ha esgrimido la imposibilidad de acompañar a sus hijos—, ni siquiera se juzga sobre los méritos de la guarda ni, mucho menos, se persigue alterarla (16). Se trata, precisamente, de reintegrar a J. A., T. A. y N. A. —en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional— al entorno que operó como eje de su existencia, hasta la interrupción llevada a cabo por la madre (17). Valga reiterar el concepto, que también sostuvo esta sede en el caso “S. A. G.” arriba citado, en cuanto a que los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y —salvo circunstancias singulares, no acreditadas en autos— no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores; y —agrego hoy— profundizados a partir de la demorada actuación institucional, alejada largamente de la premura impuesta en el art. 11.

Bien se dice a fs. 356, que el centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado ilícito. De lo contrario, el CH 1980 devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 818:1269 (consid. 14), el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese pendido en el país requerido...”

En tal dirección, coincido con lo que expresa el vocal disidente a fs. 356 y vta., porque me parece que ésta es la noción subyacente en la denominada Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Es que dicha norma cualifica el concepto “centro de vida” por remisión a la legalidad de la residencia (18). Y esa idea se ahonda en el art. 3° del Decreto reglamentario 415/2006, que reza: “[e]l concepto de “centro de vida” a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados

(15) Ver dictamen emitido en Fallos: 331:941.

(16) Conclusión 7, *Part two*, Segundo Encuentro de la Comisión Especial revisora del funcionamiento del CH 1980 (enero 18-23 de 1993); v. asimismo punto VI ap. A-viii de este dictamen; Conclusiones y recomendaciones del Foro de La Haya (2005) punto 9; reporte Pérez-Vera (v. esp. parág. 66, 71 *in fine*, 123 y 124).

(17) Ver salvedad que se hizo en el punto V del dictamen citado en el párrafo anterior.

(18) “[E]n condiciones legítimas” dice su art. 3° inc. f, prescribiendo que lo concerniente a la restitución, se ajuste a esa pauta.

por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”.

B) En lo que concierne al eventual riesgo, acabo de dejar sintéticamente expuestos los cánones establecidos por V.E., en orden a la exégesis y aplicación del extremo excepcional del art. 13 inc. b). Esos parámetros se alinean con el propósito de la HCCH, que aprehende las posibles situaciones de peligro con la especificidad propia del Convenio, y lo demuestra con una estricta selección de la terminología empleada, de la que —por ejemplo— se excluyeron los perjuicios de tipo económico o educativo (19).

Desde la perspectiva que ellos imponen, creo que no se han acercado elementos objetivos que avalen los dichos de la progenitora sobre la exposición a un alto compromiso preponderantemente psíquico, aunque también físico (v. esp. enumeración de fs. 190). En medio de esa orfandad, y en el ámbito diferenciado al que debe ceñirse nuestra opinión, esos argumentos carecen de idoneidad.

En efecto, los informes de la psicóloga y la asistente social del tribunal de familia interventor, señalan que, en su momento, los hermanos se insertaron socialmente, creando vínculos positivos en Barcelona; y que al entrevistarlos (mayo de 2006) contaban con una red social, institucional y familiar en la provincia de Buenos Aires. Asimismo, las profesionales puntualizan que los niños extrañaban mucho a su padre, y deseaban que pudiera vivir cerca, para continuar con el contacto que mantenían previamente; tópico que se califica como preocupante (v. esp. fs. 129 y vta. y 133 vta./134).

A su turno, en septiembre de 2006, el establecimiento educativo da cuenta de que estos alumnos son sumamente versátiles y que se integraron positivamente en la escuela, sin experimentar retrocesos. En cuanto a la vuelta a España, indica que —a pesar de la alta capacidad de adaptación de aquéllos—, no sería provechosa, porque aquí tienen una familia con lazos sanos y estrechos, no manifiestan nostalgia por lugares o amigos que han dejado, ni han expresado —por lo menos en el colegio— deseos de volver (v. fs. 214/215).

Como se ve, nada se ha agregado a la causa que permita tener por configurada la excepción del art. 13 inc. b), con los contornos rigurosos que emanan de la doctrina de V.E. En ese sentido, la inconveniencia aludida a fs. 215, sólo forzadamente podría equipararse al grave peligro que exige el CH 1980; sin contar con que no es dable atribuir a la impresión vertida en esa pieza, una mínima virtualidad pericial.

Lo dicho va en sintonía con las conclusiones y recomendaciones del Foro antes citado (20), en cuyo acápite 14 “[s]e enfatizó la naturaleza excepcional de las defensas del Convenio. La defensa “grave riesgo” del art. 13(1) b), debe ser estrechamente interpretada. Cualquier tendencia a darle una interpretación amplia a este artículo socava la operación del Convenio”.

Resta, entonces, por considerar otros dos supuestos estrechamente emparentados. Me refiero a las eximentes, también excepcionales, de los arts. 13 cuarto párrafo y 20.

- XII -

No se me escapa —y algo de ello se vislumbra en parte de las alegaciones esgrimidas a lo largo del proceso—, la contradicción que podría detectarse entre el mejor interés del niño y la

(19) Ver reporte Pérez-Vera (parág. 116 y su nota). De los Documentos de Trabajo n° 41 y 42, es ilustrativa la discusión que surge de la pág. 302.

(20) Me refiero al reunido en el ámbito de la HCCH, entre el 28 de noviembre y el 3 de diciembre de 2005.

imposición de un regreso (en este caso, después de cinco años), con el subyacente problema del conflicto de convenciones. Sin embargo, esas aparentes incompatibilidades ya fueron despejadas por V.E. sin que, a mi juicio, haya elementos que permitan apartarse, en este supuesto concreto, de las directrices expuestas en el punto X.

La posible tensión y eventual subordinación también se desvela —y concilia— en el informe Pérez Vera (parág. 20), donde —después de aclarar por qué no se ha incluido en la parte dispositiva del CH 1980 una “referencia explícita... al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita” (parág. 21 y 22) (21)— se destaca la correspondencia existente entre ambos factores (22).

En coherencia con dichas ideas, resulta esclarecedor tener en mente los consensos alcanzados en torno al significado que se asigna al concepto “bienestar de la infancia” en materia de sustracción internacional, tanto en los tempranos trabajos preparatorios (23), como en instancias muy posteriores, consagradas al seguimiento práctico del tratado (24).

(21) Ver. v.gr., Documento de Trabajo n° 69 (pág. 360).

(22) Dice allí la Ponente: “23... No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”; justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”. 24. Esos dos párrafos del preámbulo reflejan de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la recomendación 874 (1979) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuyo primer principio general señala que “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios” [Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 3ª Sesión ordinaria. *Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del niño*. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979]. En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, “la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores” es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones...25. Por tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor...”

(23) Así, en el cap. V del Documento Preliminar N° 5 (junio de 1979), con el título de “Principios generales”, se estableció: “26. En cuestiones de custodia y contacto, el bienestar del niño reviste importancia primaria... 28 La sustracción de niños es contraria a sus intereses y bienestar”.

(24) Por ejemplo, bajo el epígrafe “Los Derechos del Niño”, los participantes del Foro de jueces latinoamericanos ya referido, diseñaron las siguientes observaciones: “8. Se reconoce que el Convenio de La Haya de 1980, al facilitar la pronta restitución de los niños irregularmente sustraídos o retenidos fuera del país de su residencia habitual, se constituye como un apoyo fundamental de los principios y derechos de los niños, incluyendo el derecho del niño a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres, tal como se reconoce en distintos instrumentos de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Al aplicar el Convenio de La Haya de 1980, los jueces deben recordar que ésta sirve como un instrumento para dar efectividad a dichos principios... 9. Los jueces deben mantener una distinción clara entre los procedimientos de restitución de un menor bajo el Convenio de La Haya y una audiencia para evaluar los méritos relacionados con la custodia y el derecho de visita. La audiencia sobre los méritos de custodia y derecho de visita se conducirá por los tribunales del país en el cual el menor ha tenido su residencia habitual y al cual se restituye el menor. 10. Se reconoce que en un caso de sustracción de niño el mejor interés para él/ella es regresar a su residencia habitual donde las Autoridades Judiciales de ese Estado podrán decidir en el mejor interés del niño cuál de las dos partes debe ejercer la custodia y guarda y cuál de ellas gozar de los derechos de visita, y si fuera el caso decidir sobre la reubicación del niño.”

- XIII -

En lo que concierne a la postura de los niños ante el reintegro, el informe Pérez-Vera proporciona claves para comprender las cuestiones prácticas que subyacen en el texto adoptado y la necesidad de atender a ciertas prevenciones (25).

A su tiempo, los magistrados reunidos en el Foro del año 2005 citado reiteradamente en este dictamen, se dedicaron igualmente al delicado tema del parecer de los hijos, subrayando la distinción que deben hacer los jueces, por una parte, entre opinión sobre el tema de fondo-objeción al regreso; y, por la otra, entre voz del niño-voz del progenitor (26), preocupación esta última que ya estaba presente en el Reporte del Segundo Encuentro de la Comisión Especial (27).

También este Ministerio ha llamado la atención, en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, acerca del delicado ejercicio de prudencia que conlleva el respeto cabal por el derecho de la infancia a ser escuchada (28).

Desde ese ángulo conceptual, es preciso advertir que carecemos de datos para saber si el tribunal superior de la causa —que recibió a los niños—, distinguió entre la verbalización y el querer real de éstos, en el marco de su efectivo interés y beneficio. De hecho, sólo se llevó a cabo al inicio del expediente, una simple entrevista, que no se ajusta a los parámetros propios de un diagnóstico psicológico (v. fs. 129).

De cualquier manera, los pocos informes incorporados a la causa, transmiten los dichos de los hermanos en el sentido de que están bien en su actual lugar, que extrañan a su padre y quisieran que éste viviera más cerca para verlo con más frecuencia (v. fs. 129, 149 y 218). Nada nos habla de un conflicto férreo, ni de una oposición, en los términos del art. 13, tal como fueron interpretados por V. E. (29).

(25) En su párrafo 30, expresa "...el Convenio admite... que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficientes. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. No obstante, una disposición de esa naturaleza era indispensable dado que el ámbito de aplicación del Convenio *ratione personae* se extiende a los menores hasta el decimosexto cumpleaños; y es que, hay que reconocer que sería difícilmente aceptable el retorno de un joven, por ejemplo de quince años, contra su voluntad...".

(26) Dentro del capítulo titulado "Naturaleza excepcional de las defensas" concluyeron "14... 15. Se debe distinguir claramente entre la opinión del niño sobre las cuestiones generales propias de la custodia o visitas, y de las objeciones del niño a ser restituido, que son las relevantes en un proceso de restitución. 16. Los métodos a través de los cuales un Tribunal escucha la opinión del niño difieren entre los distintos países. Resulta esencial distinguir entre la opinión personal del niño y aquella que puede haber sido inducida por el padre sustractor".

(27) *Question 23*.

(28) En el dictamen emitido el 18/6/2009, in re S.C. M. N° 394, L. XLIV, expresé: "... la consistencia de esa audiencia y cómo debe llevarse a cabo, es un asunto crucial, ya que en su puesta en práctica, se juega la vigencia misma de las finalidades que persigue la Convención; máxime cuando ella ha de desplegarse —como ocurre en este caso— en el contexto del Derecho de Familia... Ello es así pues en una disciplina tan particular es menester atender con mayor detenimiento, a la especificidad de las realidades sobre las que se opera, buscando un delicado balance entre las múltiples variables que conviven en el principio rector del art. 3° de la Convención (un concepto abierto que los jueces deben desbrozar en cada caso, con todo rigor). Tengo en mente —por nombrar algunas de las aristas que preocupan a los especialistas—, la posibilidad de manipulación del hijo convertido en objeto, sumado interesadamente al litigio parental...".

(29) Ver punto X (6). Asimismo, sobre la naturaleza de la objeción al retorno por parte del niño, ver en *International Child Abduction Database, Re F [Hague Convention: Child's Objections] —2006— FamCA 685 (INCADAT cite:*

- XIV -

En cuanto a la previsión del art. 20, el informe Pérez-Vera —luego de reseñar cómo se desechó la reserva relativa a la invocación del derecho de la familia y de la infancia del Estado requerido (30)— nos ilustra sobre la real dimensión de esta cláusula, con miras a resaltar su naturaleza excepcional, a advertir que su operatividad exige algo más que una incompatibilidad entre el retorno y el derecho fundamental invocado, y a instar a los tribunales para que hagan de ella un uso equilibrados (31).

Luego, dado que las consideraciones y elementos de juicio que revisamos en los puntos anteriores, despejan —a mi modo de ver—, una afección a los derechos y libertades fundamentales, en el sentido del CH 1980 (32), estimo que en el contexto de autos, no se configura la hipótesis —de interpretación restrictiva— prevista en el mentado art. 20 (33).

- XV -

Valga recalcar, a esta altura, la índole de los supuestos contemplados en los arts. 13 y 20 que acabamos de examinar y que obedecen al interés primario de cualquier persona a no ser colocada en una posición intolerables (34).

En las elocuentes palabras del informe Pérez-Vera: “34.... parece necesario subrayar que las excepciones... al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del

HC/E/AU 864 — Family Court of Australia — Appellate Court; HC/E/US f 798; 6/5/2002 — United State District Court for the Eastern District of Virginia — Alexandria Division in re “Escaf v. Rodriguez” — 200 F. Supp. 2d. 603 [E.D. Va. 2002]; y comentarios anexos).

(30) Parágrafo 31. Ver as. Documentos de Trabajo (Discusión n° 9 sobre el Documento de Trabajo n° 31 [pág. 303 a 306]).

(31) Sobre el particular dice la profesora Pérez-Vera: “...la fórmula que figura en el artículo... representa un esfuerzo loable de compromiso entre las distintas posturas, dado que el papel concedido a la ley interna del Estado de refugio se ha reducido notablemente. Por un lado, la referencia a los principios fundamentales relativos a la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales afecta a un área del derecho en el que existen numerosos compromisos internacionales. Por otra parte, la norma del artículo 20 va asimismo más lejos que las fórmulas tradicionales de la cláusula de orden público en lo que se refiere al grado de incompatibilidad existente entre el derecho invocado y la acción considerada; en efecto, para poder denegar el retorno del menor invocando el motivo que figura en esta disposición, la autoridad en cuestión debe comprobar no sólo la existencia de una contradicción sino también el hecho de que los principios protectores de los derechos humanos prohíben el retorno solicitado” (parág. 33). Esta posibilidad, nos previene, “... ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo: de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación. En relación con el contenido de esta disposición, nos limitaremos a formular dos observaciones: en primer lugar, aunque su tenor literal recuerda mucho la terminología de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos, la norma no se refiere a los desarrollos alcanzados en el plano internacional: muy al contrario, sólo se refiere a los principios admitidos en el derecho del Estado requerido, ya sea por vía del derecho internacional general o convencional, ya sea por vía legislativa interna. En consecuencia, para poder denegar un retorno sobre la base de este artículo, será preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible, o incluso claramente incompatible, con dichos principios. En segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que lo sería para resolver situaciones puramente internas. Lo contrario sería en sí mismo discriminatorio, es decir opuesto a uno de los principios fundamentales más generalmente reconocido en los derechos internos. Ahora bien, el estudio de la jurisprudencia de los distintos países demuestra que la aplicación por parte del juez de la legislación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales se lleva a cabo con una prudencia que cabe esperar se mantenga respecto a las situaciones internacionales cubiertas por el Convenio” (parág. 118).

(32) Ver as. reporte del Segundo Encuentro de la Comisión Especial [año 1993] *question 30*.

(33) Esta conclusión es coincidente con el criterio que trasciende de la jurisprudencia comparada recopilada en *International Child Abduction Database* (ID n° 309, 99, 100, 133, 244, 275, 283, 288 y 369).

(34) Reporte Pérez-Vera (parág. 29).

fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos —las de la residencia habitual del niño— son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado... (35).

Reitero, los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento —que da un contenido preciso al concepto genérico “interés del menor” (36)—, obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos.

Y puesto que esas aspiraciones son coincidentes, repito una vez más, con los de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. esp. art. 11), integrante del llamado bloque de constitucionalidad de la República, no encuentro en nuestro ordenamiento, ningún imperativo que, en este caso concreto, obste a la restitución.

- XVI -

Por último, habré de recordar que como V. E. ha enseñado en los precedentes citados en el punto X (12), corresponde a ese Alto Cuerpo, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a efectos de no comprometer su responsabilidad internacional.

Bien en claro, como se dijo en el precedente “S. A. G.,” que el temperamento que aquí propicio no importará disposición o modificación de la situación jurídica corriente.

Sino sólo el reintegro a la jurisdicción competente —de la que los menores fueron sustraídos de modo ilegal, con arreglo a las normas internacionales—, donde deberá resolverse en definitiva.

Asimismo, en concordancia con el dictamen citado en el párrafo anterior, insistiré hoy en que la función esencial de este Ministerio Público Fiscal, consiste en velar por el resguardo de la legalidad, extremo que en el sub-lite se centra en el cumplimiento irrestricto de los tratados internacionales que regulan el caso. Por ende, si V.E. lo considerase pertinente, podría disponer que J. A., T. A. y N. A. sean oídos directamente por ese Tribunal o a través de un diagnóstico psicológico que despeje cualquier duda que pueda suscitarse en punto a su mejor interés.

- XVII -

Por estas breves consideraciones, dado que la oponente no ha logrado desvirtuar la presunción referida en el punto X (2), opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto.

(35) En el párrafo 113 agregaré “..En términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas en los dos artículos en cuestión no son de aplicación automática en el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad —no de imponerles la obligación— de denegar dicho retorno en ciertas circunstancias”.

(36) Reporte Pérez-Vera (parág. 29).

Sin perjuicio de ello, atendiendo a la constante exhortación de la HCCH a los Estados Partes, propongo que el texto de la sentencia a dictarse se ponga en conocimiento de la Autoridad Central, por los canales que esa Corte tenga por adecuados, con miras a una inmediata comunicación a la Oficina Permanente de la Conferencia. Finalmente, y de estimarlo pertinente el Tribunal, sugiero se haga saber a las autoridades correspondientes la conveniencia de considerar el dictado de normativa específica en materia de competencia y procedimientos, que permita aportar una solución a este tipo de conflictos, con la mayor celeridad posible. — Buenos Aires, 19 de febrero de 2010. — MARTA A. BEIRÓ DE GONÇALVEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 19 de mayo de 2010.

Vistos los autos: “**B., S. M. c/P., V. A. s/ restitución de hijo**”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que desestimó el pedido de restitución internacional de los menores J. A. B., T. A. B. y N. A. B. a España, el padre de éstos interpuso recurso extraordinario (fs. 381/390), el cual fue concedido (fs. 399/400).

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por razones de brevedad.

3º) Que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 331:2628; 331:1040; 331:973; 330:4544; entre tantos otros).

4º) Que, en tal sentido, se advierte que J.A.B. ha cumplido dieciséis años (nació el 12 de abril de 1994), con lo cual cesa, a su respecto, la aplicación de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (ley 23.857, art. 41). En razón de ello, no cabe a este Tribunal ordenar su restitución internacional con base en dicho marco normativo.

5º) Que corresponde a esta Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (doctrina de Fallos: 318:1269, considerando 21 y sus citas).

6º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés superior del niño (art. 18, párrafo 1). En tales condiciones, es evidente que en el derecho internacional, la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 318:1269).

7º) Que, en ese orden de ideas, corresponde exhortar a los padres de J. A. B., T. A. B. y N. A. B. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a los niños una experiencia aún más conflictiva.

Igual exhortación cabe dirigir al Tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva posible para los menores, en el marco del superior interés del niño.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario deducido con el alcance indicado, se revoca la sentencia apelada, y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se ordena la restitución de los menores T. A. B. y N. A. B. a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los padres de los menores y al Tribunal de familia que interviene en la causa en la forma indicada en este pronunciamiento. Notifíquese y devuélvase. Comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Información complementaria: (48)

En la causa “*R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo*” (21/12/2010 - Fallos: 333:2396), el padre del menor inició el trámite de restitución en los términos del Convenio de la Haya de 1980, ante la Autoridad Central de los Estados Unidos y cuatro meses más tarde, presentó el pedido de restitución ante el juez local. La demandada obtuvo la tenencia provisoria del niño ante la justicia argentina. En primera instancia, se hizo lugar al pedido de restitución, y posteriormente fue confirmado por la Cámara. La madre interpuso recurso extraordinario. La Corte confirmó la sentencia y ordenó la restitución del menor a los Estados Unidos. Respecto a los agravios planteados sobre la omisión de considerar el interés superior del niño al momento de ordenar la restitución del menor, el Tribunal hizo remisión a los precedentes “Wilner”, “S. A. G.” y “B., S. M c/ P. V. A.”. Asimismo agregó que la demandada no había logrado acreditar —de manera cierta y fehaciente— la existencia de un riesgo que exponga al menor a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable en los términos de la Convención de La Haya.

Convención sobre los Derechos del niño - Derecho a la intimidad y a la vida privada

V., D. L s/ restitución de menores - ejecución de sentencia - 16/08/2011 - Fallos: 334:913

Antecedentes:

El juez de primera instancia ordenó la restitución de los hijos de las partes solicitada por su padre a Francia. En la causa, la progenitora y su pareja expusieron públicamente el conflicto

(48) N. de S.: El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

parental en diferentes redes sociales de Internet, publicando toda clase de fotografías, notas y opiniones, en las que se ven involucrados los menores en cuestión.

El fallo del juez de grado fue confirmado por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

Contra esa decisión el Defensor Oficial y la progenitora dedujeron sendos recursos extraordinarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en remisión parcial al dictamen de la Procuradora Fiscal, confirmó la decisión recurrida y exhortó a los padres que se abstengan de exponer a los niños en forma pública a través de las redes sociales.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Convención sobre los Derechos del Niño. Respeto al interés superior del niño. Deber de los jueces.**
- b) **Conducta de los progenitores. Interés superior del niño.**
- c) **Restitución internacional. Conducta de los progenitores. Derecho a la intimidad de los niños.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Los tribunales están obligados a atender primordialmente al interés superior del niño, sobre todo cuando garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción.

- Cabe confirmar la sentencia que mantuvo el orden de restitución a Francia de los menores pues las conclusiones de los informes psicológicos producidos demuestran que la conducta de la progenitora recurrente, al margen de no coincidir con la actitud colaboradora que invocó al presentarse en la causa, dista de favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores, y por ende, de la preocupación fundamental que para los padres debe constituir el “interés superior del niño” (art. 18, párrafo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño).

- Dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado en el marco de la causa por restitución de menores, y los perjuicios que éste les ocasiona, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de aquéllos a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada que mantuvo el orden de restitución.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, que mantuvo la orden de restitución a Francia de los menores hijos de las partes, el Sr. Defensor Público Oficial y la progenitora dedujeron sendos recursos extraordinarios, concedidos parcialmente por estar implicadas la inteligencia de tratados internacionales y la responsabilidad del Estado Nacional en ese plano (v. fs. 372/387, 409/425 y 566/567).

- II -

El fallo atacado se funda principalmente en que: i- este proceso es autónomo respecto de la discusión atinente a la custodia, circunscribiéndose a la ejecución del regreso dispuesto por los tribunales franceses. ii.- Ello es así en tanto la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (que en adelante denominaré CH 1980 y a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario) es el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos ilícitamente, mientras que el debate sobre el fondo del asunto debe canalizarse ante las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual. iii.- En la especie, dicha residencia fue fijada en Francia, a cargo del padre y con derecho de visitas de la madre. iv.- A la luz del CH 1980, la legalidad de la situación se determina según la ley francesa. v.- La permanencia de los menores en Argentina, si bien se originó en una crisis sufrida por éstos al momento de abordar el avión que los conduciría a Francia, se ha convertido en ilegítima con la actitud de la madre de no brindar colaboración posterior para cumplir lo resuelto por el juez europeo, ante quien debe ventilarse cualquier planteo. vi.- La restitución no vulnera el interés superior del niño, desde que el CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño fueron celebrados y ratificados en el profundo convencimiento de que el bienestar de los afectados se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al desplazamiento o retención ilícitos. vii.- El eventual desconocimiento del derecho de defensa de la madre en que —al decretar la vuelta al lugar de residencia habitual— pudo haber incurrido el juez francés, no es relevante dado que la prerrogativa del padre de obtener ese regreso preexistía a toda decisión judicial y no requería la intervención de la justicia de aquel país, pudiendo gestionarse ante los tribunales nacionales (Fallos: 318:1269, consid. 7). viii.- Tampoco puede alegarse la violación de aquel derecho en las presentes actuaciones, ya que el procedimiento fue concebido íntegramente para tutelar el interés de los niños (Fallos: 318:1269, consid. 14). ix.- Respecto del eventual peligro psíquico como posible óbice a la devolución, el material fáctico de la causa debe examinarse rigurosamente, y develar un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente deriva ante la ruptura de la convivencia del hijo con uno de sus padres. x.- En cuanto a la oposición de los niños, debe tratarse de un vehemente rechazo a regresar, cosa que parece haberse manifestado por parte de G. al subir al avión que lo trasladaría a Francia. xi.- La nulidad articulada por la Sra. C. respecto de la segunda sesión implementada por la Lic. Lacaze de Zambrano resulta extemporánea, ya que la interesada debió advertir allí mismo la ausencia de un traductor público y la conversación que dicha profesional mantuvo a solas con la contraparte. xii.- La pericia psicológica de fs. 114/115 demuestra que los menores tenían incorporado como grupo familiar a los dos padres y a los hermanos de ambas ramas, presentando G. marcada dependencia materna, fuertes tendencias regresivas, poca tolerancia a la frustración, impaciencia y ansiedad. xiii.- El informe evacuado por la misma profesional a

fs. 160/161, da cuenta de la actitud esquivada y reticente de G. y E. L., calificándola como normal y frecuente en hijos de padres separados, que temen expresar sus deseos y sentimientos profundos influenciados por el progenitor con el que conviven en ese momento, y por el miedo a desagradarlo y perder su cariño. xiv.- G. presenta un hondo deseo de acercamiento inconsciente a la figura paterna y de búsqueda de libertad y autonomía (favorecida por el contacto con el padre, y que no concreta ante la “ambivalencia de estar pegoteado a la figura materna sobreprotectora”). xv.- En la segunda sesión E. evidenció una marcada regresión, patológica para su integridad psíquica. xvi.- Sólo puede concluirse el estado emocional sumamente crítico que embarga a los menores por la situación que atraviesan y que los tribunales franceses deberán sopesar al momento de determinar con quién vivirán; pero las circunstancias apuntadas de ningún modo pueden subsumirse en la causal de grave riesgo, que requiere una perturbación de nivel excepcional (Fallos: 328:4511 y “R. M. A. c/ P. M. S. s/reintegro” del 21/12/2010). xvii.- La postura de los niños ante el reintegro es una cuestión a tener presente, por lo cual las normas internacionales le brindan la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés y obligan a los Estados a garantizarles el derecho de audiencia ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. xviii.- Este recaudo fue satisfecho en autos, a través de las entrevistas que mantuvieron G. y E. con la Lic. Lacaze de Zambrano y la intervención del Defensor de Menores en ambas instancias (Fallos: 318:1269). xix.- A su vez, el tomar en cuenta la opinión del niño está supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados, lo que no ocurre con los menores aquí involucrados, en tanto las entrevistas psicológicas demuestran una marcada dependencia materna que hace suponer la imposibilidad de tomar distancia de las influencias que pretendan ejercer sobre ellos. xx.- En cualquier caso, queda la posibilidad de solicitar al juez francés —competente en el tema de la tenencia—, que adopte las medidas que estime convenientes para G. y E. xxi.- No se ha invocado ningún derecho fundamental de los niños que fuera contrario al retorno, en los términos del art. 20, sin que la mera manifestación genérica cié su beneficio o del cambio de ambiente basten para configurar la excepción convencional (Fallos; 310:1269). xxii.- En el marco de este proceso —que no tiene por objeto dilucidar la aptitud del padre como guardador—, la posible dureza de trato ejercida por éste no alcanza para abrir juicio sobre si la restitución podría implicar un grave riesgo físico o psíquico, máxime que en autos existe una orden emanada del tribunal que conoció en los aspectos sustanciales de la tenencia. xxiii.- El único problema subsistente en autos es que el traslado se realice en la forma más adecuada, y son los padres quienes tienen en sus manos las herramientas para solucionar el problema creado, deponiendo actitudes que victimizan a los hijos y acordando las modalidades del retorno, sin que la madre haya esgrimido la imposibilidad de acompañar a sus hijos, sobre todo porque debe presentarse ante los tribunales franceses. xiv.- Es imperiosa la necesidad de restaurar una situación normal en bien de los niños y evitarles un traumatismo supletorio.

- III -

En su apelación federal, el Ministerio Público de la Defensa sostiene centralmente que: i.- El pronunciamiento es arbitrario, defecto que se haría patente en la interpretación de las normas federales aplicables y en la apreciación de la prueba, por haberse apoyado en afirmaciones dogmáticas, “... siendo el remedio federal admisible por verificarse una cuestión federal que causa un gravamen irreparable para los menores, un gravamen institucional y se trata de una cuestión trascendente que compromete instituciones básicas de la Nación, en estrecha conexión con los derechos humanos fundamentales de los menores...” (v. fs. 380 vta.). ii.- Se ha incurrido en discordancias, pues por un lado, el fallo habría reconocido que el CH 1980, se orienta a la tutela del interés superior de los niños y no a la defensa de los derechos de los padres, que el niño G. rechazó con vehemencia regresar en el avión que lo llevaba a Francia,

así como la posible dureza de trato del padre, refiriéndose también a la causal de grave riesgo y a que la postura de los hermanos debía tenerse en cuenta; pero, contradictoriamente, nada se habría dicho sobre el panorama intolerable al que se expondría a los niños en un retorno contra su voluntad, descartándose infundadamente toda posibilidad de que exista una causal de excepción a un reintegro que deberá cumplirse por así haberlo ordenado el magistrado francés. iii.- Se han relativizado los derechos consagrados por las leyes 23.849, 23.857 y 26.061, apartándose de la condición de sujetos de derecho de los hijos en un plano de igualdad con sus padres, menoscabándose su participación a pesar de ser los protagonistas y la parte más vulnerable afectada por el conflicto. iv.- Ese desconocimiento —conforme a los arts. 2º de la ley 26.061 y 20 de la ley 23.857— hace al orden público nacional, porque atañe a principios básicos del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. v.- Se han invertido los pasos procesales, puesto que primero se dictó la sentencia y luego se sugirió una audiencia de conciliación, temperamento que no condice con lo dispuesto por los arts. 7º, inc. c) de la ley 23.857 y 36, incs. 2, 3, y 4 ap. a), del CPCCN. vi.- Los jueces se limitaron a tratar los agravios de la Sra. C. sin estudiar los presentados por ese Ministerio, omisión que convierte a la sentencia en arbitraria y pasible de nulidad, de conformidad con el art. 34, inc. 4º, del CPCCN. vii.- La Cámara sólo se refirió al riesgo físico, faceta que su parte no había invocado. viii.- Se priorizó la responsabilidad estatal, la pretensión paterna y la obligación materna, frente a la situación de los niños quienes sólo podían ser partícipes a través del Defensor promiscuo. ix.- Se dio un sentido meramente formal —no efectivo— al derecho de audiencia, ya que al momento de decidir no se habría tenido en cuenta el parecer de G. y E. —quedarse con su madre— ni se habría descalificado dicha opinión con argumentos jurídicos respaldados en pruebas científicas concluyentes, como tampoco se habrían aportado motivos para considerar que ellos no tenían edad y grado de madurez apropiados. x.- Decidir contra este anhelo expresado libremente, desde sus más íntimas convicciones y referido no a asuntos generales sino a la restitución, implicaría desconocer la subjetividad de los niños y la importancia que su opinión tiene para determinar cuál es su interés superior.

-IV-

Por su lado, al momento de sintetizar la cuestión federal, la madre invoca la violación del derecho de sus hijos a ser oídos y expresar su opinión para que sea tenida en cuenta, así como la preterición de su interés superior en la sustanciación del proceso.

Afirma que la sentencia fue dictada en violación a las garantías del debido proceso, sin respetar aquel derecho (arts. 18 de la Constitución Nacional, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En lo atinente a la audiencia de los niños, en lo sustancial sostiene que: i.- ellos nunca fueron escuchados en autos para que su voluntad sea considerada, en un proceso que los involucra exclusivamente y los cosifica, a pesar de gozar de la garantía constitucional de expresarse, ii.- los Estados partes no pueden asumir la incapacidad del niño para formarse sus propias opiniones, sino que deben partir de la premisa contraria, iii.-el Comité de los Derechos del Niño (O.N.U.) en la Observación General n° 12, recomienda que el niño tenga la oportunidad de transmitir directamente su parecer y, de no ser así, que se garantice que el representante comunique correctamente sus preferencias, iv.- el reporte Pérez-Vera indica que el CH 1980 brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés, v.- no hay constancias que indiquen que G.V. y E.L.V. no estén en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, por lo que los jueces debieron valorar su postura como factor destacado al momento de decidir.

Con relación a la configuración de las excepciones previstas por el art. 13, alega en lo principal que: i.- dichas salvedades son manifestaciones concretas del principio vector que proclama el interés superior del menor; ii.- el derecho a no ser desplazado de su residencia habitual, debe ceder ante el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o colocada en una situación intolerable; iii.- en autos no nos encontramos únicamente frente a una perturbación emocional que deriva de la ruptura de la estancia con uno de los padres o de la desarticulación del grupo conviviente, sino ante una situación extraordinaria y traumática que pondría en riesgo la integridad física y psíquica de G, y E, exponiéndolos a circunstancias intolerables al devolverlos por la fuerza pública y contra su voluntad, a pesar de que ya poseen las condiciones de edad y madurez necesarias para manifestarla inequívocamente; iv.- aunque se le impuso —y le incumbe— la carga de probar la configuración de la causal respectiva, nunca tuvo la oportunidad de hacerlo, pues se le negó participación primero, por el juez de grado, al establecer que la causa debía ventilarse inaudita parte; y luego por la Cámara, al no haber hecho mérito de esa imposibilidad; v.- es por ello que su parte solicitó la realización de estudios psicológicos del padre, del que la profesional actuante nada dijo entre sus conclusiones.

En la sección dedicada particularmente al interés superior del niño invoca, en síntesis: i.- el preámbulo del CH 1980, el art. 3º de la ley 26.061, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina de V.E., de la Corte Interamericana y del Comité de los Derechos del Niño; ii.- que si bien no se discute que el norte de esta causa es velar por el interés de los niños, no se ha hecho hincapié en ese aspecto; iii.- que no es posible una aplicación correcta del art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, si no se respetan los componentes de su art. 12, referido a la audiencia de los menores de edad; iv.- que en autos no se observaron esos factores, desde que las respuestas de los jueces versaron sobre el carácter del proceso, la extemporaneidad de la nulidad articulada respecto de la pericial y la falta de acreditación del daño, sin considerar la participación activa de la madre en primera instancia, y sin tener en cuenta la opinión de los niños ni de su representante promiscuo; v.- con fecha 17 de enero de 2011 el tribunal francés privó a la Sra. C. del derecho de visitas, tanto en Francia como en Argentina, quedando plasmado así un grave daño agregado, puesto que si se restituye a los hijos, éstos no podrán volver a ver a su madre.

Reseña como puntos específicos que develarían arbitrariedad: i.- la nulidad del informe psicológico, que critica también por escueto y por la inusitada premura con que habría sido realizado; ii.- el exiguo sustento del fallo, que estaría constituido únicamente por ese informe viciado y que ella no pudo impugnar porque no se la tuvo por parte; iii.- los fundamentos del fallo en torno a la manipulación de los niños, a la conducta del padre en la causa y al abandono inicial por parte de la madre. Remarca el dogmatismo de la sentencia y que en ella no se hayan considerado argumentos que le fueron propuestos.

Atribuye el problema a la cuenta pretensión del padre, puesto que se negaría a buscar una solución amigable y se mostraría reticente para convencer a sus hijos de volver con él; razonando que sí no pudo generar un vínculo en cuatro años, menos podrá hacerlo en esta emergencia.

- V -

En la especie, el encuadre formal de la tarea que nos incumbe merece una consideración preliminar, por cuanto el Sr. V. no cursó su reclamo de restitución internacional a través de los órganos propios del CH 1980, sino que optó por solicitar ante los jueces de Francia —que venían entendiendo en la problemática familiar desde años antes—, una orden tendiente a

la vuelta de sus hijos a territorio de ese país. Dicha medida fue obtenida y presentada para su cumplimiento ante el tribunal federal de Salta, que admitió el trámite de exequátur con carácter firme, subsumiéndolo en el ámbito de las leyes 24.107 y 23.857 (v. esp. fs. 3).

Así las cosas, cabe precisar en primer lugar que el procedimiento elegido no obsta a la aplicabilidad del CH 1980, toda vez que dicho instrumento —que integra nuestro ordenamiento interno— regula expresamente la situación planteada en esta causa (arg. parág. 139 del reporte explicativo de Da. Elisa Pérez Vera [v. art. 29]).

A partir de allí, es claro que en autos existe cuestión federal, por encontrarse en juego la hermenéutica del CH 1980 y de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo la decisión adoptada contraria al derecho que pretende sustentarse en ellos (art. 14, inc. 3 de la ley 48; Fallos: 333:604 y sus citas).

Por otro lado, al no haberse deducido queja contra el rechazo del que da cuenta la providencia de 566/567 (v. consid. II y punto I de la parte dispositiva), no corresponde expedirse acerca de la tacha de arbitrariedad (Fallos: 322:752; 329:2552, entre muchos otros), por lo que el análisis habrá de ceñirse estrictamente a aquellas facetas que comporten materia federal.

- VI -

En lo que concierne a la alegación de la madre sobre el cercenamiento de su derecho de defensa, creo menester recordar que el debido proceso es un valor fundamental cuyo ejercicio cabal ha resguardado enfáticamente esta Procuración en diversas situaciones, en el convencimiento de que la salvaguarda de esa garantía va en sintonía con la efectiva consagración de la tutela debida a los propios niños.

No obstante, estimo que en este supuesto concurren factores particulares que impiden abrir la consideración del agravio formulado al respecto. En efecto, la Sra. C. participó desde un inicio en todas las etapas de la causa, con la asistencia letrada de rigor, realizando distintas presentaciones con vastos aportes documentales con lo cual, pienso que —más allá de las peculiaridades del procedimiento adoptado— ha tenido oportunidad de explicitar sus argumentos defensivos (esp. fs. 40, 51/55, 122/126, 174/176 y 205/283; v. as. sobre agrgado).

Por lo demás, la interesada expresó al comparecer que lo hacía “a fin de tomar conocimiento de lo actuado y colaborar en el proceso” solicitando que se le diera “legal participación” (v. fs. 40). Más tarde consintió el trámite impreso al expediente, desde que no atacó las providencias que le acordaron la intervención correspondiente, con acceso amplio pero sin contencioso (v. fs. 43 y 158). Tampoco lo hizo con ninguna de las resoluciones que precedieron a la sentencia, entre ellas, la que la remitió a peticionar por la vía y forma, o la que organizó la escucha de los niños sin Cámara Gesell, a través de una evaluación psicológica y ambiental, o la que implemento las sesiones preparatorias tendientes al cumplimiento de la sentencia extranjera, a cargo de la Lic. Lacaze de Zambrano en las que, además, estuvo presente (v. esp. fs. 84, 88, 89 vta., 115, 116, 130 y 136). De ahí que, según entiendo, la argumentación que formula en torno a este tema, a partir del fallo adverso, no es sino el fruto de una reflexión tardía (arg. Fallos: 330:1491; 331:1730, entre muchos otros).

En todo caso, la requerida no aclara en qué consisten concretamente las defensas y probanzas que se vio impedida de producir y en qué medida ellas hubiesen alterado el sentido de la respuesta jurisdiccional. En esa línea, con la mera referencia formulada a fs. 422 (tercer párrafo) respecto del ofrecimiento de estudios psicológicos de su contrario, no se demuestra

mínimamente qué hallazgos hubiesen surgido de esa prueba que fueran inmediatamente atinentes a la restitución de los niños al país de origen (y no a la tenencia, tema por cierto ajeno a este proceso [doct. de los arts. 16, 17 y 19]), de modo que obstaran al progreso de la pretensión, con los contornos rigurosos que el CH 1980 impone. Esa omisión deja indeterminada la necesaria relación directa entre el agravio y la cláusula federal que se dice vulnerada, por lo cual la apelación tampoco llena la exigencia que para este remedio de excepción impone el art. 15 de la ley 48 (arg. Fallos: 329:4535; 330:2434; 331:1123).

En ese contexto, dado que las posibles incongruencias internas relativas al razonamiento de la Cámara y al curso que se dio al expediente, han venido a quedar excluidas de la consideración de esa Corte —tal como lo dije en el punto anterior—, opino que este ángulo de la impugnación también deviene inadmisibile.

- VII -

Lo acotado del marco cognoscitivo determinado en los acápites anteriores, implica que lo decidido por los jueces de la causa en aspectos fácticos o netamente procesales (entre ellos, los referidos a la competencia del tribunal, al tipo de trámite o a la selección y regularidad de los medios de prueba), llega firme a esta instancia, de manera que —reitero— está exento de la tarea revisora propia de este remedio extraordinario.

Entonces, el examen debe ajustarse a las aristas federales del planteo. Ellas se reducen, a mi ver, a la configuración o no de las excepciones previstas por los arts. 13 inc. b) y 20, en estrecha vinculación con el alcance que —dentro de la estructura del CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño— debe acordarse a la opinión de G. y E.

En ese sentido, creo útil puntualizar aquí que la excepción plasmada en los arts. 2º, inc. 2º, y 4º, inc. 4º de la Convención sobre Cooperación Judicial con la República Francesa (aprobada por la ley 24.107), no debe entenderse como una eliminación de las restricciones emanadas del CH 1980, en los términos de su art. 36, puesto que aquellos preceptos se refieren única y específicamente a la modalidad de funcionamiento de dos extremos del reconocimiento de pronunciamientos extranjeros (cosa juzgada y fuerza ejecutoria), cuando las sentencias versen sobre alimentos, tenencia o derecho de visita (doct. de los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; reporte Pérez-Vera, parág. 146 y su nota 61).

- VIII -

Pues bien, de acuerdo con los hechos que, como dije, no vienen en discusión, la problemática que genera estas actuaciones toca a una familia francesa, en la que el matrimonio se separó hace varios años. La autoridad parental conjunta se fijó por auto del juez de asuntos familiares de Montpellier, fechado 20 de diciembre de 2006, donde además se atribuyó al progenitor la guarda de los tres hijos comunes, por motivos que no nos corresponde juzgar aquí. En junio de 2008, se confirió judicialmente la patria potestad al padre, con exclusividad y en forma provisoria, restaurándose la titularidad compartida en noviembre de ese mismo año. Tanto en esa oportunidad como en julio de 2009 —esta vez, previa audiencia con los menores— se confirmó la estancia de estos últimos en la casa de su progenitor (v. fs. 26/27 y 82/83).

Posteriormente, la madre se radicó en nuestro país junto a su nueva pareja, permaneciendo en Francia el resto del grupo, incluida toda su prole (tres hijos del Sr. V. y dos con otra filiación paterna). Más tarde, dos de los hijos —que, reitero, nacieron y vivieron siempre en Francia y cuya guarda ejercía el padre por mandato judicial—, llegaron a Salta sólo para pasar unas cortas vacaciones junto a la madre, pero no volvieron al finalizar el plazo fijado (agosto de 2010).

Por ende, la ilicitud de la retención en los términos del art. 3° resulta patente para mí, hallazgo que torna inmediatamente operativo el mecanismo del CH 1980, para reintegrar a G. y E. al lugar de su residencia habitual, donde los jueces naturales han de dedicarse a la solución del conflicto pendiente (art. 12 primer párrafo).

Es que, inversamente a lo que parece creer la madre, en la economía convencional dicha ilicitud es una calificación jurídica que deviene del contenido de la custodia atribuido por la ley del país de residencia habitual y nada tiene que ver con las salvedades previstas a la obligación de restituir, a cuyo estudio debe abocarse el Estado de refugio, una vez determinada —precisamente— aquella condición de aplicabilidad.

- IX -

Así ubicados, corresponde ahora estudiar las alegaciones presentadas en torno a dichos supuestos de excepción, entre los cuales los interesados mencionan las hipótesis contenidas en los arts. 13 (párrafos tercero y cuarto) y 20.

En ese orden, en homenaje a la amplitud del derecho de defensa, he de examinar los argumentos centrales que hacen a la cuestión federal, adelantando desde ya que no encuentro motivos para su progreso.

Entiendo, en efecto, que una exégesis correcta del CH 1980 impone separar claramente dos órdenes de consideraciones: Uno, relativo a la conveniencia de que la titularidad de la guarda recaiga en el padre o en la madre; el otro, atinente a la procedencia del retorno, siendo este último el único debate para cuyo tratamiento están habilitadas las autoridades del Estado de refugio. La confusión que en este punto emana de los antecedentes del caso, como ha de verse más adelante, invade también la apreciación de la opinión de los niños que, en el contexto convencional, no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con alguno de los progenitores (v. dictamen de Fallos: 333:604 [esp. punto XIII y nota 26]).

En cuanto a los lineamientos de la ley 26.061, cabe destacar un hecho crucial en el caso, cual es que esta familia carece de conexiones con la República Argentina, más allá de la que generó la madre al radicarse en Salta, siguiendo la iniciativa de su actual pareja. En efecto, el centro de vida de estas personas en plena formación está, evidentemente, en Francia, donde nacieron tanto ellos como sus parientes, donde hasta ahora habían transcurrido —en circunstancias legales— todas sus vivencias, y donde aún hoy permanece parte esencial de su mundo, incluidos los medio hermanos por vía materna y paterna y especialmente su hermano mayor Y., con quien siempre convivieron.

Es que, dentro del régimen nacional de protección de la infancia, su interés se identifica con la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley (v. su art. 3°), privilegiándose —como inherentes a una identidad a resguardar— la nacionalidad, la lengua natal, la preservación de las relaciones familiares de conformidad con la ley y la cultura del lugar de origen (v. sus arts. 11 y 15). Asimismo, en sintonía con el CH 1980, la ley 26.061 consagra como uno de sus ejes principales la idea de “centro de vida”, de donde se manda atender al pleno desarrollo personal de los derechos del niño en su medio familiar, social y cultural y expresamente se alude al respeto por ese centro, teniéndose por tal al lugar donde “hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia ... principio [que] rige en materia de patria potestad ... [y al] que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse...”

(v. su art. 3º, inc. f). De tal suerte, creo que la apelación no alcanza a dar cuenta de cómo el desarraigo que devino aleatoriamente de un viaje vacacional, podría ir en beneficio del mejor interés de los niños.

- X -

Un capítulo aparte merece el tema de la audiencia del niño, invocado por ambos recurrentes, quienes a mi juicio sólo vienen a tomar partido por una de las posturas conceptuales elaboradas en este campo tan controvertido. Así, parecen enrolarse ahora en favor de una escucha directa de los niños y de la adhesión irrestricta a lo que ellos expresen. Empero, la madre concede que podrían oírse a través de sus representantes o de equipos interdisciplinarios de tribunales especializados, y que si existiesen elementos para calificar al deseo del menor como inconveniente para el logro de su propio interés, el juez podrá apartarse de él exponiendo claramente los motivos, recaudo que no se habría cumplido cabalmente en autos.

El tenor de esas alegaciones hace menester señalar, en primer lugar, que —contestes en la necesidad de contemplar la opinión de G. y E.—, los jueces la han recibido y ponderado a la luz de lo observado por la perito psicóloga, quien verificó lo lábil de la personalidad de aquéllos, sujeta —sobre todo en G.— a una fuerte dependencia materna, explicando la reticencia de los niños en función de una reacción común en casos de padres separados donde se juegan lealtades, temores e influencias. Asimismo, la experta informó acerca de los sentimientos ambivalentes y de las necesidades profundas de estos hermanos —desveladas mediante entrevistas y test—, que ponen en franca duda lo que ellos dejan traslucir a nivel manifiesto. Como colofón, evaluó el regreso al lugar de origen como conveniente para su salud psicológica (v. fs. 114/115 y 160/161).

De ello se sigue que, en verdad, las apelaciones sólo traslucen el disenso con el temperamento adoptado por los jueces de la causa tanto en la metodología de recepción del pensamiento de los hermanos —consentida previamente por los interesados—, como en la valoración de los elementos de juicio allegados, ámbito propio de la doctrina de la arbitrariedad que —como quedó dicho en el punto V— no puede ser objeto de examen en esta instancia.

A ese respecto y con relación a la impugnación de fs. 372/387, puede observarse que —al evacuar la vista previa a la sentencia— el Sr. Defensor Oficial afirmó que el juez había hecho lugar a su solicitud de oír a los niños “...a fin de preservar el interés superior de los menores en cuanto a que sean escuchados en presencia de profesionales idóneos...” (v. fs. 20, 38, 42 y 163 vta.), sin establecer con minuciosidad los motivos por los cuales esa escucha ahora se considera inidónea, siendo que el tribunal se ajustó a las indicaciones de la psicóloga actuante y a la rigurosa regla interpretativa de esa Corte.

A esta altura cabe advertir que, en definitiva, los agravios de los recurrentes fuerzan el acotado espectro convencional que —en razón de su finalidad específica— no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar, psicológicamente genuino y no meramente instalado o declamado (v. dictamen de Fallos: 333:604 [v. esp. puntos X (6) y XIII y sus citas]).

En ese sentido observo que la experta, además de la vulnerabilidad y dependencia antes referidas, constató que G. y E. tienen incorporado como grupo familiar a los dos padres, así como su honda necesidad de acercamiento a la figura paterna; con lo cual —contrariamente a lo sostenido dogmáticamente por los recurrentes—, el repliegue de los hijos ni está dirigido a su vuelta a Francia, ni aparece como una actitud interna auténticamente intransigente, de modo que carece de las características necesarias para configurar la excepción en tratamiento.

Creo que ése es el marco en el que debe leerse el progreso paulatino de la postura reacia —en lo manifiesto— de G. y E., de la que da cuenta la presentación realizada el 18 de marzo pasado por el Sr. Defensor Oficial ante esa Corte, toda vez que una nueva intervención profesional (esta vez, de una Licenciada en Psicología de la Gendarmería Nacional) reafirma el hallazgo de la Lic. Lacaze en torno a la cambiante disposición de los niños que, en un primer momento, se niegan a dialogar con el Sr. V., pero luego acceden a comunicarse naturalmente con él.

Por lo demás, más allá de insistir con la versión de haberlos llevado a Ezeiza, de haberlos alistado para que volvieran con su padre “si ellos querían” y de haber ofrecido una salida acordada, la madre nunca explicó concreta y puntualmente —como debió hacerlo en virtud de la entidad del recurso extraordinario—, qué intentos serios realizó en pos del cumplimiento —v.gr., viajar en su compañía—, frente al gesto de esos pequeños hijos que le habrían comunicado una “decisión” de tan vastas consecuencias, como es la de abandonar su mundo para permanecer con ella en nuestro país.

Es mi convicción que, de admitirse actitudes de esa índole, la efectividad de este resorte de la comunidad internacional en la lucha contra el secuestro transfronterizo de niños quedaría a merced del captor, a través de conductas prescindentes o, incluso, de la manipulación de la voluntad de los propios hijos, penosa realidad que —como señalé en el dictamen emitido el 18/6/2009, in re S.C. M. N° 394, L. XLIV, citado en Fallos: 333:604— la experiencia nos muestra con demasiada frecuencia.

- XI -

A mi modo de ver, lo dicho hasta aquí descarta también la concurrencia de las restantes excepciones invocadas (grave riesgo y principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y libertados fundamentales), respecto de cuya exégesis ya se ha expedido esa Corte.

La madre insiste en que se vio impedida de producir prueba respecto del primero de los aspectos mencionados, cosa que en este estado y más allá de los defectos que reseñé en el punto VI, ha quedado fuera de la consideración. Por otro lado —a pesar de lo que afirma dogmáticamente—, el riesgo que alega apunta en verdad a discutir la aptitud del padre para el ejercicio de la guarda, postura que queda en descubierto no bien intenta explicitar su agravio, pues termina por argüir en contra de la imposición de vivir lejos de ella, con un padre a quien los niños temerían, que so pena de castigos y tormentos pretendería sustituir la figura materna con su actual pareja, y que persigue embarcarlos a Francia mediando violencia (v. esp. fs. 412 penúltimo párrafo, fs. 413 vta. último párrafo y fs. 414 vta. *in fine* 415 *supra*).

En definitiva, desde la perspectiva que marcan las pautas interpretativas delineadas por V.E. (v. dictamen de Fallos: 333:604 y sus citas), estimo que el riesgo de connotaciones rigurosas al que se refiere el CH 1980 no está presente en el caso, donde los niños deberán regresar a un país en el que han nacido y vivido hasta ahora —Francia—, en un contexto donde ni los tribunales franceses —que conocen de cerca el desarrollo del conflicto, salvo en los últimos meses— ni la experta designada en autos, advirtieron un peligro extraordinario.

De tal suerte, tampoco concurre una afección a los derechos humanos, que pudiese activar la negativa argentina, en uso de la habilitación que concede el art. 20. Como lo recordé en el precedente de Fallos: 333:604, el texto de esa cláusula —inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales— fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, con el propósito de evitar que se frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado, mediante la introducción de una cláusula o de una reserva, por las que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución. En ese sentido, es menester estudiaren cada caso si la restitución conlleva “... la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental...” del niño (Fallos: 318:1269, consid. 16). Y dicha ponderación normalmente guarda directa relación con los hallazgos realizados en torno a los restantes supuestos de excepción contenidos en el CH 1980, que —como quedó establecido más arriba— no se configuran en la especie.

- XII -

En tales condiciones, y como lo indicaron los jueces de la causa, la calidad del rol paterno resulta ajeno a la apreciación de las autoridades argentinas. No se trata aquí de juzgar sobre los méritos de la guarda, sino de regresar a G. y E. al lugar que operó como su centro de vida, en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional.

Valga reiterar el concepto que también sostuvo esta Procuración General en los precedentes de Fallos: 328.4511 y 333:604, en torno a que los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias singulares no demostradas en autos, no deberían abdicar de esa responsabilidad —contraída ante la comunidad mundial— al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores, pues de lo contrario, el CH 1980 caería en letra muerta.

Este criterio no significa, como reprochan los recurrentes, priorizar las obligaciones de la República por sobre los derechos de estos niños. Como lo tengo dicho en otros casos, los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Es que el CH 1980 tiene como premisa que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de traslado o de retención ilícitos, de manera que preserve el mejor interés de aquél —proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño—, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, entonces y ante todo, restablecida en su situación anterior, salvo las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional que, en la especie y según acabamos de ver, no concurren (v. esp. Fallos: 333:604 [v. esp. puntos X (2), XII y XV y sus citas]).

Así las cosas y dado que, como V. E. enseña desde antiguo, ni la mera invocación de agravios constitucionales, ni la expresión de una solución jurídica distinta a la que siguió el pronunciamiento sobre la base de la interpretación de reglas federales, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa (arg. Fallos: 316:1979, 329:1628 —voto del Dr. Petracchi—, entre muchos otros), opino que las apelaciones no deben progresar.

- XIII -

Por estas consideraciones, aconsejo a V. E. desestimar los recursos extraordinarios interpuestos.— Buenos Aires, 15 de junio de 2011.— MARTA A. BEIRÓ DE GONÇALVEZ

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 16 de agosto de 2011.

Vistos los autos: **“V. D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia”**.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que, al confirmar lo resuelto en la instancia anterior, ordenó la restitución de los menores de nacionalidad francesa G. V. y E. L. V., solicitada por su padre, el señor D. L. V., el señor Defensor Público Oficial (fs. 370/387) y la progenitora (fs. 408/425) dedujeron sendos recursos extraordinarios, los que fueron concedidos (fs. 566/567 vta.).

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por razones de brevedad.

3º) Que según da cuenta el Tribunal de Gran Instancia de Montpellier, Francia (fs. 307 vta.), lo que se encuentra corroborado por las constancias obrantes a fs. 59/65 y 446, la progenitora y su actual pareja han expuesto públicamente el conflicto parental en diferentes redes sociales de Internet, publicando toda clase de fotografías, notas y opiniones —a las que se puede acceder con sólo escribir los nombres de las partes en cualquier buscador de la red— en las que se ven involucrados los menores en cuestión.

4º) Que, al respecto, el derecho a la intimidad y a la vida privada —contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución Nacional—, encuentra un ámbito de protección inequívoco en los arts. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en términos amplios, en los arts. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, además de reconocer el derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar, contempla el derecho de los menores a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen, y prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los niños, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, cuando lesionen su dignidad o la reputación o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar (arts. 10 y 22).

En ese orden de ideas, la reglamentación del citado artículo, aprobada por el decreto 415/2006, agrega que en aquellos casos en que la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere la norma, resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley (es decir, los niños, niñas y adolescentes) y sus representantes legales.

5º) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectuó consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de “interés superior del niño”, al afirmar que “Este principio regulador de la normativa de los derechos

del niño 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 así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (conf. Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cap. VII, punto 56).

6º) Que esta Corte ha señalado que los tribunales están obligados a atender primordialmente al citado interés superior, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (conf. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa n° 7537”, Fallos: 331:2691).

En ese sentido, además de la citada obligación, la Convención sobre los Derechos del Niño compromete a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, su nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley, “sin injerencias ilícitas” (art. 8); y lo protege contra “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia”, estableciendo que “tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (art. 16).

7º) Que atento a lo expresado, corresponde señalar que los informes psicológicos producidos en la causa dan cuenta del temor que los niños tienen de expresar sus deseos y sentimientos profundos influenciados por el progenitor con el que conviven en ese momento o por el miedo a desagradarlo y perder su cariño si manifiestan una elección y, particularmente respecto de la menor E. L. V., del daño psicológico que está sufriendo por la disputa de ambos padres que le generan sentimientos de indefensión, inseguridad, mostrando ciertas tendencias regresivas y represión de las emociones negativas. En cuanto a G. V. señala la psicóloga que presenta serios problemas de adaptación con una marcada dependencia materna a la que se halla fuertemente ligado y con fuertes tendencias regresivas que le imposibilitan lograr un desarrollo paulatino de su autonomía (conf. fs. 114/115 y 160/161).

8º) Que frente a dichas conclusiones, la conducta de la progenitora destacada precedentemente, al margen de no coincidir con la actitud “colaboradora” que invocó al presentarse en la causa, dista de favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores, y por ende, de la preocupación fundamental que para los padres debe constituir el “interés superior del niño” (art. 18, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

9º) Que corresponde a esta Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (Fallos: 318:1269 y 333:604).

10) Que, en virtud de lo expresado y dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G. V. y E. L. V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente admisibles los recursos extraordinarios deducidos y, con el alcance indicado,

se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 14, ley 24.946). Esta Corte exhorta a los progenitores de los menores en los términos del considerando 10. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina. — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO. — CARLOS S. FAYT. — JUAN CARLOS MAQUEDA. — E. RAÚL ZAFFARONI. — CARMEN M. ARGIBAY.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores - Derecho a la salud integral - Menor discapacitada - Autoridades Centrales - Deber de cooperación internacional

F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo - 08/11/2011 - Fallos 334: 1287

Antecedentes:

La sentencia de primera instancia ordenó la restitución de dos niñas a la República del Perú, una de ellas con Síndrome de Down e impedimentos físicos, encuadrada en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (CH 1980).

La Cámara decidió desestimar la solicitud del padre. Contra este pronunciamiento, aquél interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió a los argumentos esgrimidos por la Procuradora Fiscal, revocó el fallo impugnado y ordenó la restitución de las dos menores al Perú.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Salida del país autorizada. Retención ilícita. Operatividad del mecanismo restitutorio expedito.**
- b) **Menor discapacitada. Integración al medio social. Riesgo en la evolución post-traslado. Restitución.**
- c) **Menor discapacitada. Derecho a la salud integral. Deber de información y cooperación entre las Autoridades Centrales.**
- d) **Interés superior del niño. Celeridad en la restitución. Ejecución de la sentencia. Deberes de los progenitores y del juez de la causa.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Si bien está probado que la salida del Perú contó con el permiso del padre, no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino —desde que aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento médico de la menor discapacitada, por ende, transitorio— y atento a que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3º inc. a) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de

Menores de Montevideo IV (v. art. 5° inc. a) Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 1980), corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4° Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo IV (v. art. 3° Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 1980); constatación que hace operativo en autos el mecanismo restitutorio, toda vez que tampoco se ha logrado establecer con el rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas.

- La adaptación de la menor que padece de Síndrome de Down a su nuevo medio social, que fue lograda a partir de la retención ilícita, así como las nuevas dificultades en su evolución que podría producir su traslado, no resultan óbice para la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 1980, pues de las constancias de la causa surge acreditado que su padre se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica.

- A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor y también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

- Teniendo en cuenta que el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva, e igual requerimiento cabe dirigir a la jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —sala L—, que desestimó la solicitud de restitución a la República del Perú de las dos menores hijas de

las partes (T. L. y B. N. F. L.), el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 407/414, concedido a fs. 434.

- II -

El decisorio impugnado revocó el fallo de primera instancia, que había acogido la petición encuadrada en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (que en adelante denominaré CH 1980).

Para así hacerlo consideró en lo principal que: (i) la ilicitud del traslado a nuestro país no aparece manifiesta, ya que en todas las ocasiones el actor concedió los permisos de viaje, sin que la legislación peruana contemple un plazo máximo de vigencia de ese tipo de autorizaciones. (ii) según el art. 12 CH 1980, la restitución debe ordenarse salvo que quede demostrado que el niño se ha integrado en su nuevo medio, dando preeminencia a su superior interés así como a su estabilidad psíquica y emotiva, ámbitos que también protege la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ende, si bien el procedimiento se inició antes del año desde la última partida del Perú, una correcta interpretación exige tener en cuenta lo ocurrido con anterioridad, pues se trata de personas de corta edad que han viajado con frecuencia y permanecido por largos períodos en nuestro país, adaptándose a su hábitat. (iii) la madre "... asume la responsabilidad de la crianza y educación de ambas hijas respondiendo a las necesidades de cada una de ellas, brindándoles afecto, contención y cuidado que todo niño necesita para crecer y desarrollarse como sujeto de derecho", de modo que el panorama dista de parecerse al existente cuando convivían con la familia materna. (iv) la visita ambiental glosada a fs. 107 da cuenta de la conversación sostenida con el progenitor que vivía con el resto del grupo, circunstancia que avalaría el hecho alegado en cuanto a que en algún momento el Sr. F. R. tuvo intención de radicarse junto a su familia en Argentina. (v) el 2/10/2007 el actor facultó a la demandada a viajar con su hija T. y a realizar todos los trámites tendientes a obtener la radicación y/o nacionalización de la niña en Argentina. En ese momento, la madre ya contaba con un permiso fechado 8/8/07, por lo cual resulta innegable que la voluntad de aquél era permitir la radicación en Argentina, descontándose "...que no se oponía a la permanencia de la otra [hija] junto a su madre y la hermana, ya que en caso contrario se produciría una fractura familiar no deseable".

- III -

En lo que nos interesa, el apelante sostiene centralmente que: (i) la sentencia es claramente contraria a garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de ese jerarquía, como así también al CH 1980, configurándose de tal modo una cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria. (ii) en ese sentido, el fallo desatiende los compromisos y objetivos que derivan de los arts. 1, 2 Y 11 CH 1980, violentando el derecho de las niñas a no ser retenidas en forma ilícita y a regresar al lugar de su residencia habitual en el país de origen, junto a su padre. Desconoce también el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues el CH 1980 se apoya en la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. (iii) el tribunal parte de asegurar que la ilicitud del traslado no aparece manifiesta, pero en autos jamás se cuestionó el desplazamiento sino la retención de las niñas. Siempre se reconoció que el Sr. F. R. había aprobado el viaje, pero se remarcó que —aun cuando no fijó la fecha de regreso— la anuencia era temporal y para realizar el trayecto Lima-Buenos Aires-Lima. Entonces, ambas niñas debían retornar a Perú, quedándose aquí contra la voluntad de su progenitor que estaba en ejercicio de la patria potestad. (iv) el pronunciamiento fuerza la interpretación del art. 12 CH 1980, pues a pesar de reconocer que el mecanismo restitutorio se impulsó antes de cum-

plirse el año de ocurrido el desplazamiento, no se aviene a la devolución inmediata y examina la adaptación al medio, prevista como excepción para otro supuesto. (v) de cualquier modo, el viaje realizado con anterioridad al de 2007 fue temporario y obedeció a motivos de salud. Asimismo, aun teniendo en cuenta ese período de permanencia en Argentina, T. L. ha vivido más en Perú que en nuestro país. (vi) la Cámara toma en cuenta el espacio en que las niñas estuvieron en Argentina en forma ilícita, contraviniendo la oposición del padre. (vii) la sentencia se dictó tres años después de iniciado el reclamo, de manera que esa demora no puede computarse en contra de los intereses de las niñas y del reclamante, alentando así que otros padres retengan ilícitamente a sus hijos dilatando la tramitación del proceso legal. (viii) la sala realiza una valoración absolutamente parcial de la estancia de T. L. y B. N. en Argentina, omitiendo hechos graves relativos a la calidad del cuidado de la madre, panorama que —insiste— no ha mejorado. (ix) la venia para tramitar la radicación de T. L. tuvo por finalidad procurarle una mejor atención médica, propósito que justifica que el permiso se extendiera sólo para la hija que presenta problemas de salud y no respecto de B. N. De haber tenido la intención de que ambas hijas vivieran definitivamente en Argentina, hubiese firmado el mismo instrumento respecto de B. N., pero no lo hizo. (x) T. L. y B. N. nacieron en Perú, vivieron allí junto con sus padres hasta julio de 2004 y se trasladaron transitoriamente, al solo efecto de proveer asistencia médica a T. L. Esta volvió a su país natal el 23/1/06 y B. N. lo hizo el 23/12/06, sin la compañía de su madre, quien jamás reclamó administrativa o judicialmente, por lo que ambas moraban en el Perú con el consentimiento de la Sra. L. S. (xi) en agosto de 2007 la madre pidió traerlas a Argentina, donde habita su familia, y a fin de hacer un control médico de T. L. Al ser atendible el pedido, el Sr. F. R. extendió su venia para el itinerario Lima-Buenos Aires-Lima; por lo cual, si bien no estableció una fecha tope, quedó claro de los mismos términos de la autorización que las niñas debían volver a Lima. (xii) la solicitud de restitución se entabló el 26 de marzo de 2008, por lo que debe ordenarse inmediatamente el retorno, dando efectividad al compromiso asumido por nuestro país en ese sentido. (xiii) aunque la carga probatoria respecto de los óbices a la restitución está en cabeza de la parte requerida, el padre se ha encargado de acreditar la residencia habitual en Perú, a través de las constancias documentales agregadas a la demanda, de donde surge la concurrencia a establecimientos educativos, la atención médica y psicológica, etc. (xiv) ni la madre ni la Defensora de Menores alegaron oportunamente ninguna de las excepciones previstas por el CH 1980, de modo que si se oyeran los argumentos traídos con posterioridad, se estaría vulnerando el principio de preclusión y, por ende, el derecho de defensa en juicio de su parte. (xv) tampoco se ha probado que exista un grave riesgo de que la devolución exponga a las niñas a un peligro físico o psíquico sino que, por el contrario, la documental agregada acredita que B. N. y T. L. pueden recibir en Perú educación y seguimiento médico, así como proveerse a T. L. la atención especializada que brindan los centros cuyos informes obran en autos. (xvi) ni la integración del menor al nuevo medio, ni la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente, bastan para configurar la situación extraordinaria que permitiría negar la restitución.

- IV -

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de tratados internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquél (art. 14 inc. 3 de la ley 48).

En tales condiciones, la actuación del Tribunal no se encuentra restringida por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en disputa (doct. de Fallos: 308:647; 322:1754; 324:2184 y sus citas, entre muchos otros).

En ese orden, advierto que el caso se regiría por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo (CIDIP IV; v. su art. 34). Sin embargo, ponderando que —como se dijo en Fallos: 328:4511 [v. punto IV del dictamen de esta Procuración, al que remitió V.E.]—, tanto el CH (ley 23.857), como la CIDIP IV (ley 25.358) satisfacen las directivas del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), mediante cláusulas sustancialmente coincidentes, entiendo pertinente abordar el tratamiento del tema desde el enfoque propuesto en dicho precedente. Pienso, pues, que procede aplicar los criterios generales elaborados en torno al primero de los instrumentos citados, en cuyos propósitos y remedios básicos contra la sustracción transnacional de niños, se alinea —reitero— la CIDIP IV.

Por otro lado, las particularidades de la cuestión debatida y la íntima conexión de los aspectos fácticos con la hermenéutica de la materia federal, en el marco de la imprecisión y generalidad del auto que concedió el recurso extraordinario, tornan razonable una revisión integral del problema traído a esta instancia de excepción.

- V -

La lectura de los expedientes que tengo a la vista, permite deslindar los siguientes elementos que estimo conducentes para la comprensión y resolución del problema: (i) las niñas T. L. y B. N. nacieron en el Perú el 4/7/2001 y el 22/7/2003, respectivamente. (ii) T. L. padece síndrome de Down y una anomalía ano-rectal severa. (iii) la familia vivió en aquel país hasta julio de 2004, mes en el que tuvo lugar una primera salida de madre e hijas con destino a la Argentina. (iv) el viaje se realizó para llevar a cabo una intervención quirúrgica a T. L. así como la consecuente rehabilitación que, al extenderse más de lo previsto, provocó la venida del Sr. F. R. (v. fs. 135 vta. y 296). (v) vuelto el padre a Perú, las niñas permanecieron en Buenos Aires con la madre. (vi) en enero de 2006 T. L. regresó a su lugar natal y en diciembre de 2006 lo hizo B. N. (vii) en agosto de 2007 ambas niñas partieron del Perú hacia Chile (v. fs. 21/22) y luego habían llegado a Buenos Aires. (viii) en esa ocasión (8/8/2007), el padre extendió la respectiva autorización para el circuito Lima-Buenos Aires-Lima, sin límite temporal expreso (v. fs. 225/226 y 229/230), plazo que tampoco está determinado por el ordenamiento peruano (v. fs. 216). (ix) el 2 de octubre de 2007 el Sr. F. R. facultó a la madre para “obtener la nacionalización y/o radicación argentina” de su hija T. L. (x) la documental agregada en el inicio fue transmitida desde la Autoridad Central peruana, confiriéndose la intervención de estilo a nuestra Cancillería, por lo que debe recibirse con el alcance del art. 9º inc. 4º CIDIP IV (art. 23 CH 1980) sin que a mi juicio sea posible descalificarla por la vía del art. 356 del CPCCN, como pretende hacerlo la Sra. L. S. a fs. 135 acápite 3. (xi) según dichas constancias, en agosto de 2007 T. L. desarrollaba el ciclo escolar en la Institución Educativa Inicial N° 384 de la localidad de Lucyana (Carabayllo, República del Perú), en la que había cursado sus estudios regulares durante el año lectivo 2006 Y a la que estaba integrada, encontrándose matriculada al 20/12/2007 y con vacante reservada en marzo de 2008. Además, tenía seguimiento psicológico y realizaba terapia ocupacional y del lenguaje, contando con seguro de salud en marzo de 2008, mientras que ya en mayo de 2006, era afiliada de la Sociedad Peruana de Síndrome Down. (xii) por su parte, B. N. también cursó sus estudios en Perú durante el año 2007, hallándose matriculada en diciembre de 2007 y manteniendo, para marzo de 2008, la vacante escolar y la cobertura de salud. (xiii) a la inversa, la documental glosada por la progenitora en fotocopia, fue desconocida sin que se ofreciera siquiera su autenticación (v. fs. 136/138 Y 154). Por ende, sólo puede hacerse mérito de la instrumental acompañada por ella en original, como asimismo de las autorizaciones de viaje que el Sr. F. R. tuvo por existentes y que fueron glosadas por la Autoridad Central a solicitud del nombrado (v. fs. 102, 221/227 y 228/231). (xiv) al contestar el traslado del pedido de resti-

tución (v. fs. 135 vta.), la madre admitió que el desplazamiento hacia la República Argentina fue motivado por los problemas de salud de T. L. (v. fs. 296, segundo párrafo del cap. 11). Dicho reconocimiento, así como el de haber mandado de vuelta a las niñas a Perú en 2006 y 2007 — voluntariamente y más allá del deseo del abuelo paterno—, también surge de la causa penal n° 9030/08 (v. sus fs. 3 y 4) Y del expediente n° 76.348/08 por violencia familiar, en cuyo transcurso la interesada no refirió como móvil de la pareja afincarse en territorio de la República (v. copia de fs. 82/83 de estos autos). (xv) si bien en autos solicitó el rechazo de la demanda y negó genéricamente la retención indebida, así como el carácter temporario de la conformidad paterna, la Sra. L. S. no controvertió que la residencia habitual de T. L. y B. N. se situara en Perú; ni articuló fundadamente en primera instancia los óbices taxativamente establecidos por el sistema restitutorio. (xvi) la Sra. L. S. tampoco puso en discusión que, según el régimen familiar peruano, la madre no estaba habilitada para fijar unilateralmente la residencia definitiva de sus hijas fuera del país ni que al Sr. F. R. le asistieran, en el momento de la retención, derechos relevantes en los términos de la CIDIP IV (arts. 1° y 4°) y del CH 1980 (arts. 1° y 3°).

Por lo demás, en orden a la flexibilidad que consagra el art. 14 en el conocimiento del derecho extranjero, puede constatarse que esos extremos surgen del art. 76 del Código de los Niños y Adolescentes peruano (ley 27.337), en tanto preserva el ejercicio común de la patria potestad aun separada la pareja parental, así como de su art. 111, que exige la aquiescencia de ambos progenitores para la salida del país (v. as. fs. 51 y acápite x). (xvii) las gestiones tendientes a la restitución internacional, se emprendieron dentro del plazo de un año previsto en el art. 14 CIDIP IV (v. art. 12 CH 1980).

- VI -

En el dictamen emitido en el precedente de Fallos: 333:604, se examinaron los criterios interpretativos sentados por esa Corte en materia de restitución internacional de niños. Es en esas pautas que encuentra solución el conflicto sometido a consideración, de modo que a ellas me remito y las doy aquí por reproducidas para aconsejar, como lo haré, el progreso del recurso interpuesto.

Sin embargo, en función de las características que presenta el problema, estimo útil subrayar alguno de los conceptos allí expuestos. Primeramente, tal como indica el Sr. F. R., a pesar de los costos que habitualmente acarrea una nueva reubicación, el arraigo del niño en el país de refugio no constituye un motivo autónomo de oposición ni excusa el incumplimiento de la devolución inmediata cuando —como en el caso ocurre— el mecanismo restitutorio se activa dentro del año (v. arts. 14 CIDIP IV y 12 CH 1980). Recordemos que el centro de vida no puede adquirirse a través de un acto ilícito; de lo contrario el sistema devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 318:1269 (consid. 14), el procedimiento “...concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...” (v. art. 3° del decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061).

En segundo lugar, es el presunto captor quien debe demostrar la concurrencia de los supuestos de excepción, entre ellos, la conformidad del otro progenitor respecto de la modificación del *statu quo ante*. Y debe hacerlo cabalmente, toda vez que las hipótesis de denegación poseen carácter excepcional —por ende, riguroso—; con lo cual, las defensas que se propongan en ese terreno deben evaluarse con estrictez.

De otra parte, los esquemas restitutorios no pretenden resolver el problema de la atribución de la guarda. Por lo mismo, este trámite no admite la formulación de juicios sobre los

méritos de la custodia, desde que la definición del asunto de fondo se defiere a las autoridades competentes del Estado requirente.

En tales condiciones —además de partir, como bien lo observa el recurrente, de la naturaleza no manifiesta de la ilicitud de un traslado cuya regularidad nunca fue debatida por el padre—, entiendo que la respuesta de la Cámara no se aviene a los lineamientos sentados en materia de restitución internacional.

En efecto, como se vio en el punto 11, los jueces han extendido la salvedad prevista en el segundo párrafo del art. 12 a la situación contemplada en su primera parte, en cuyo marco —al igual que lo que acontece con el art. 14 CIDIP IV—, la estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención indebidos, no es idónea para sustentar la no restitución. De tal suerte, por la vía de la interpretación analógica —vedada en el contexto convencional—, han consagrado una nueva causal de eximición, forzando así uno de los objetivos fundamentales de estas estructuras cooperativas, que es el restablecimiento del estado anterior, mediante la devolución inmediata del niño trasladado o retenido ilícitamente (arts. 1° CIDIP IV y 1° CH 1980), Adicionalmente, la sala deduce la voluntad del padre en cuanto a radicarse en Argentina; y lo hace desde una circunstancia aislada (la estadía del progenitor en Buenos Aires que surge de fs, 107), aunque las narraciones de la misma interesada dejan ver tanto que ella y sus hijas vinieron con el fin manifiesto de tratar la enfermedad de T. L. como que el Sr. F. R. llegó a esta ciudad impulsado exclusivamente por la prolongación de la rehabilitación, más de lo esperado (v, punto III acápite iv y xiv).

En esa línea de amplitud hermenéutica —extraña, como se vio, al sistema restitutorio—, el tribunal infiere la conformidad paterna para que B. N. permanezca en el país, a partir del permiso otorgado para tramitar la nacionalidad de su hermana, T. L. En cuanto a esta última, bien que el poder extendido en orden a su nacionalización y/o radicación suscita interrogantes, la conjetura que de ese hecho extrae el tribunal resulta excesiva, Digo esto porque —aun apartándonos de la situación procesal descrita en el acápite xv del punto anterior—, es la propia madre quien niega que sus hijas “no hayan regresado jamás a su residencia habitual” y “que la retención ilícita de”, [ellas] haya turbado la vida que las mismas tenían en su país” (v. fs. 135 y 135 vta.), para referirse más tarde a su adaptación, atribuyéndola a “la cantidad de viajes que han hecho las niñas” (v. fs. 423); con lo cual, es dable pensar que en el 2007 su residencia habitual se localizaba en el Perú. Además, repito, las distintas versiones que ensaya la Sra. L. S. tienen en común un elemento excluyente y es que el propósito que trajo a la familia a este país fue el tratamiento médico de T. L. (v. fs. 82 vta., 135 vta. y 296 y fs. 3/4 de la causa penal). De tal suerte, y en sintonía con la explicación que proporciona el padre, no es inverosímil que las distintas autorizaciones paternas y la permanencia misma de T. L. en la República, se encontraran supeditadas en un todo —también en su dimensión temporal— al cumplimiento de dicho objetivo, y sólo representarían para el progenitor —extranjero y abocado a solucionar los problemas de salud de su hija— medios encaminados a ese fin, más allá de los alcances específicos de la normativa nacional que él pudo perfectamente desconocer (arg. Fallos: 333:2396 consid. 14). Máxime que, como lo advierte la Autoridad Central a fs. 227, la redacción impresa a la autorización para realizar el último viaje, fijó como puntos de partida y destino Lima-Buenos Aires-Lima.

Finalmente, los jueces han ponderado circunstancias que hacen a la calidad de la guarda, consideración que —insisto— resulta ajena a la naturaleza misma de este mecanismo.

En ese contexto, creo que no se ha acreditado con la certidumbre exigible que la mudanza definitiva haya contado con la anuencia previa del progenitor, quien —por lo demás— firmó la pertinente solicitud de devolución con una razonable presteza (el 26 de marzo de 2008

[v. fs. 13 y 18]). Entonces, dado que la aceptación sobreviniente —aunque puede verificarse tácitamente— debe ser inequívoca, interpreto que no estamos habilitados para derivar de las constancias mencionadas precedentemente una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento paterno.

- VII -

Cabe apuntar, además, que en el marco diferenciado al que debe ceñirse nuestra opinión —aun dejando de lado el tema de la oportunidad de su invocación—, los argumentos relativos a la opinión de las menores y al peligro que entrañaría el regreso, carecen de idoneidad.

Es que —más allá de las afirmaciones dogmáticas en cuanto a la situación deficitaria a la que se verían sometidas las niñas en su país de origen—, la madre no invocó siquiera que la permanencia en Argentina constituya un recaudo *sine qua non* para la preservación de la salud de T. L.

En lo atinente a la postura de las niñas, los pocos elementos incorporados a la causa, transmiten “...cuánto les gusta vivir aquí en la Argentina junto a su mamá, no recordando prácticamente nada de su vida en Perú” (v. fs. 324) o los dichos de B. N. en el sentido de “que prefiere permanecer aquí y como todos los veranos asistir a la colonia con sus amigos” (v. fs. 459). Nada nos habla de un conflicto férreo, ni de una oposición, tal como fueron interpretados por V. E. (v. as. fs. 336/338).

En suma, de lo dicho hasta aquí tenemos que, si bien está probado que la salida del Perú contó con el permiso del Sr. F. R., no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino, desde que aquélla se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento médico de T. L., por ende, transitorio.

Así las cosas, atento a que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3º inc. “a” CIDIP IV (v. art. 5º inc. “a” CH 1980), corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4º CIDIP IV (v. art. 3º CH 1980); constatación que —en el marco de la doctrina elaborada por V.E., especialmente en los precedentes ya mencionados de Fallos: 333:604 y 2396—, hace operativo en autos el mecanismo restitutorio, toda vez que tampoco se ha logrado establecer con el rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas.

- VIII -

Por último habré de recordar que, como V. E. ha enseñado, compete a ese alto cuerpo, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a efectos de no comprometer su responsabilidad internacional.

Bien en claro, como ya lo tiene dicho esta Procuración, que el temperamento que aquí propicio no importa interferir en la cuestión de la tenencia, sino sólo el reintegro a la jurisdicción peruana —de la que las menores fueron excluidas ilícitamente, con arreglo a las normas internacionales—, donde deberá resolverse en definitiva.

Asimismo, en concordancia con el dictamen citado en el párrafo anterior, insistiré hoy en que la función esencial de este Ministerio Público Fiscal, consiste en velar por el resguardo de la legalidad, extremo que en el sub-lite se centra en el cumplimiento irrestricto de los instrumentos que regulan el caso. Por ende, si V. E. lo considerase pertinente, podría disponer que T. L. y B. N. sean oídas por medios que despejen cualquier duda que pueda suscitarse en punto a su mejor interés.

- IX -

En consecuencia, opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia con el alcance indicado.— Buenos Aires, julio 11 de 2011.— MARTA A. BEIRÓ DE GONÇALVEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: **“F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”**.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó el pedido de restitución de las menores T. L. y B. S. de nacionalidad peruana, el actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido (fs. 407/414 y 434).

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse, por razones de brevedad.

3º) Que, sin perjuicio de ello, no resulta ajeno a esta Corte Suprema que la menor T. L., que padece de Síndrome de Down y de una anomalía anorectal severa, se encuentra en la actualidad con el debido cuidado y seguimiento profesional e integrada al medio social en el que vive. Dicha adaptación, lograda a partir de la retención ilícita que este Tribunal considera configurada en el caso, así como las nuevas dificultades en su evolución que podría producir su traslado, no resultan óbice para la aplicación del CH 1980, pues de las constancias de la causa surge acreditado que durante la estadía de T. L. en la República del Perú en el período 2006/2007, su padre F. R. se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo de su hija, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica (conf. fs. 23/24, 28/42 y 47).

4º) Que el derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en lo que respecta a los menores la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a acceder a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo los Estados Parte asegurar la plena aplicación de esta prerrogativa a través de medidas adecuadas (art. 24). Asimismo y en estrecha vinculación con la particularidad que presenta el caso, en el art. 23 de la citada convención los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales, y el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento con el objeto de lograr su integración social y el desarrollo individual.

El Comité de los Derechos del Niño —órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte—, en su Observación General Nº 9 (2006), entre otras recomendaciones vinculadas con los derechos de los niños con discapacidad, ha tenido oportunidad de destacar que las medidas adoptadas para

la aplicación de tales derechos contenidos en la Convención, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad (conf. Cap. II, pto. B, págs. 4/6).

5°) Que, en ese mismo sentido, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad —aprobada por la ley N° 26.378— reconoce que los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, recuerda las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño y prevé que en todas las actividades relacionadas con los menores con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (art. 7°).

6°) Que esta Corte ha señalado que los tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés, sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (conf. Fallos: 331:2691 y causa V.24.XLVII “V., D. L. s/restitución de menores - ejecución de sentencia”, pronunciamiento del 16 de agosto de 2011).

7°) Que el art. 7° del CH 1980 establece que las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, que cumplen un rol primordial en los procesos de restitución, tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores. La primera parte de la Guía de Buenas Prácticas del mencionado convenio —elaborada por la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado—, específicamente destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales, contempla que dicha colaboración no sólo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales —fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales—, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, pto. 3.18, pág. 42).

8°) Que por otra parte, el citado art. 7° también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños —facultándolas para adoptar las medidas provisionales que correspondan— y a garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. incs. b y h).

Sobre la base de dichas obligaciones, la mencionada Guía señala que los Estados Parte reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación, en virtud del artículo 7°(h), para asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente. Asimismo, recomienda la implementación de “órdenes de retorno sin peligro del menor” (*safe return orders*), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución (conf. ptos. 3.18 y 6.3, págs. 41/42 y 79, respectivamente).

9º) Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T. L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que —por medio de los mecanismos adecuados— deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.

Asimismo, en virtud de las obligaciones señaladas y del interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos, hágase saber a la Autoridad Central argentina que deberá poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

10) Que, por último, dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T. L. y B. S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 9º. Asimismo, esta Corte exhorta a los progenitores de los menores en los términos del considerando 10.

Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina. — RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Edad - Retención ilícita - Ejecución de sentencia - Deberes del juez

W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor - 22/11/2011 -Fallos: 334:1445

Antecedentes:

El padre inició un pedido de restitución del menor de 7 meses a la República Federal de Alemania, que fue desestimado por el juez inferior y por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que confirmó esa decisión.

Contra este pronunciamiento, el progenitor interpuso un recurso extraordinario. La Corte Suprema, haciendo suyos los argumentos del dictamen de la Procuradora Fiscal, revocó la sentencia y ordenó la restitución del niño, exhortando a los padres a colaborar en la etapa de ejecución de la sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Traslado lícito. Modificación de la residencia habitual. Consentimiento de ambos progenitores.**
- b) **Restitución. Edad del menor.**
- c) **Traslado lícito. Negativa de la progenitora a retornar. Modificación unilateral de la residencia habitual. Retención ilícita.**
- d) **Ejecución de sentencia. Deberes del juez. Minimización de riesgos. Adopción de medidas conducentes.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Si bien debe descartarse la ilicitud en el traslado a nuestro país, pues el niño fue traído por ambos progenitores, no se ha demostrado que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza, ya que tampoco se configura un supuesto de “clara intención compartida de mudarse” a la República.

- Las personas de escasa edad no quedan fuera del amparo de la Convención, ya que su art. 4º comprende en el ámbito de aplicación *ratione personae* a los niños de cero a dieciséis años.

- Si la madre se rehusó a retornar y retuvo al menor en el lugar al que se había trasladado legalmente, forzando así su cambio de residencia contra la voluntad del padre, quien ostenta igual derecho a autorizar o denegar dicho cambio, tal situación configuraría el supuesto de retención ilícita, pues ni siquiera ha invocado ni probado hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad en ese país que los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal.

- A los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor al país de origen no obstaculicen el cumplimiento de la sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un país en el que aquélla manifestó no haber podido adaptarse, corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de ejecutar el fallo, proceda a realizar la

restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que confirmó el rechazo del pedida de restitución a la República Federal de Alemania respecto del hijo menor de las partes M. W. (en adelante M.), el padre requirente dedujo el recurso extraordinario de fs. 572/584, concedido tanto respecto de la materia federal cuanto de la arbitrariedad invocada por el apelante (v. fs. 624).

- II -

La apelación resulta admisible, ya que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (que denominaré "CH 1980" y a cuyo articulado me referiré, salvo aclaración en contrario) y de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, la decisión impugnada es contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en los predichos instrumentos internacionales (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o de la Corte local, no restringen la actuación de ese Tribunal, sino que le incumbe a V.E. realizar una declaratoria sobre la controversia (doct. de Fallos: 329:5621; 330:2286, 2416, 3758, 3764, 4721; 333:604 y 2396, entre muchos otros).

Asimismo, atento a que la arbitrariedad que se atribuye al pronunciamiento impugnado guarda estrecha relación con la violación de los derechos constitucionales invocados, ambas aristas han de examinarse conjuntamente (arg. Fallos: 321:2764; 325:2875; 326:1007; 327:3536, 5736, entre otros).

- III -

En el dictamen emitido en el precedente de Fallos: 333:604, al que V.E. adhirió en su sentencia del 19/5/2010, he tenido oportunidad de precisar los principios, finalidades y criterios sentados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH) y por esa Corte Suprema, líneas todas que marcan la perspectiva interpretativa adecuada a la hora de establecer los alcances concretos del CH 1980 (Ley N° 23.857).

A ellos, pues, corresponde ceñirse, dándolos aquí por reproducidos, aunque creo de interés subrayar algunos de esos conceptos, en función de las características del conflicto por el que se me corre vista:

i. El mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicha cualidad ha de determinarse coordinando el tenor de la custodia conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (que, en la especie, asigna su ejercicio conjunto a los progenitores casados —art. 1626 del Código Civil alemán—), con la directiva que emana del art. 5° inc. a), según la cual cualquier custodia —para ser tal en el sentido del CH 1980— debe comprender necesariamente, no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia (arts. 3° inc. “a” y 13 inc. “a”).

ii. Verificada la ilegalidad del traslado o retención —que, en principio, habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año (art. 12 primer párrafo)—, los países signatarios sólo podrán denegar el requerimiento si se configurase efectivamente alguna de las hipótesis previstas por los arts. 13 y 20, esto es: (1) retorno que comporte grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al niño, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; (2) comprobación de que el propio afectado —con una edad y grado de madurez, de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones— se opone al regreso; y (3) principios fundamentales del Estado requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

iii. Es el supuesto captor quien debe demostrar que el otro progenitor consintió la modificación del *statu qua* ante.

iv. Idéntica carga pesa sobre él respecto de la acreditación acabada de la concurrencia de los supuestos de excepción citados en el acápite ii.

v. No existe contradicción entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el CH 1980. El Convenio en el que se apoya la petición de autos, respeta y complementa la debida jerarquización de bienes, con preeminencia del mejor interés del niño. Lo hace partiendo de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél —proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño—, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurren las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional.

vi. La facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Exige que se dé un panorama sumamente delicado, que va más allá del natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o la desarticulación de su grupo conviviente.

vii. El art. 13.b. contempla un supuesto de excepción. Las palabras escogidas por los redactores de la norma (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que debe evaluarse el material fáctico de la causa, para no frustrar la efectividad de la Convención.

viii. Fuera de la coyuntura a la que responde el art. 12 (segundo párrafo), la integración conseguida en el nuevo medio, no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo

para excusar el incumplimiento de aquél, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado o retención ilícitos por parte de cualesquiera de los progenitores, no es idónea para sustentar una negativa a la restitución.

ix. El centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado o retención ilícitos; de lo contrario, el CH 1980 devendría inaplicable, pues como lo advirtió V.E. en Fallos: 318:1269, el procedimiento "... concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido..." (consid. 14).

x. La ley 26.061 cualifica el concepto "centro de vida" por remisión a la legalidad de la residencia. Y esa idea se ahonda en el art. 3° del decreto reglamentario 415/2006, que reza:

"[e]l concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad".

xi. La mera invocación genérica del beneficio del niño o del perjuicio que puede aparejar un cambio de ambiente, no basta para rehusar la restitución.

xii. Los supuestos de denegación poseen un carácter riguroso y excepcional. Por tanto, han de evaluarse restrictivamente.

xiii. En el contexto del CH 1980, no se juzgan los méritos de la guarda, puesto que la definición sobre el fondo del asunto, es deferida a las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la mudanza.

xiv. Corresponde a la Corte Suprema, como cabeza de uno de los poderes del gobierno federal, aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.

- IV -

La hermenéutica formulada permite descartar de plano la ilicitud en el traslado, pues el niño M. fue traído al país por ambos progenitores.

Ello conduce a un segundo aspecto que es el del carácter de la retención, punto que debe esclarecerse a la luz del estricto nivel de escrutinio cuyos principales lineamientos dejé sintetizados precedentemente.

Con relación a esta faceta del debate, he de recordar que —dentro de dicho esquema riguroso— la acreditación no está a cargo del progenitor desasido sino del supuesto captor, así como que la prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, suscitando un nivel de certidumbre que —a mi ver— la interesada no ha logrado establecer en autos. Digo esto porque se han agregado al expediente diversos elementos de juicio que, según estimo, no pueden tenerse por decisivos en uno u otro sentido. De tal manera, sólo se ha bosquejado un panorama ambiguo, sin demostrarse cabalmente que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza.

En ese orden, la Guía de Buenas Prácticas de la HCCH (Segunda Parte, Medidas de aplicación, acápite 6.5.2.-) establece como regla para la apreciación de los extremos atinentes al CH 1980 que, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales. Por ende, ante la imprecisa trama que resulta de los antecedentes glosados, la prueba testimonial producida a instancias de la Sra. D. a fs. 384/385 (resp. 3ª y 4ª), y fs. 387/388 (resp. 2ª a 4ª), resulta un material subjetivo sumamente endeble para sustentar *per se* la ilación histórica de su oferente.

En tales condiciones, pienso que en autos no se configura un supuesto de “clara intención compartida” de mudarse a la República, conforme el estándar del que se hace mérito a fs. 307 y vta.

- V -

Es menester ahora revisar la tesis propugnada por la Sra. D. en torno a una noción cardinal en la estructura del CH 1980 como es la de residencia habitual. Sostiene, en síntesis, que por el solo hecho de tratarse de un niño de siete meses, su hijo no llegó a conformar dicha residencia en Alemania (v. fs. 309/310 vta.).

Creo que esa postura lleva necesariamente a aceptar que las personas de escasa edad quedan fuera del amparo de la Convención. Esta conclusión me parece del todo inadecuada, desde que introduce una cortapisa a la realización del objetivo central del CH 1980, que es desarticular —en orden a la tutela del derecho de custodia— la práctica del traslado o retención ilegítimos, restableciendo el *statu quo ante* mediante el retorno inmediato del menor desplazado. Y esa barrera aparece extraña —y opuesta— a la norma del art. 4º, que comprende en el ámbito de aplicación *ratione personae* a los niños de cero a dieciséis años (v. el reporte explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera, esp. parág. 16 a 18, 57, 71, 76 y 77).

En ese mismo plano, ubica la Sra. D. el tema del lugar de restitución, al pretender que —trasladado el padre a vivir en la ciudad de Kiel— el niño no estaría regresando a su lugar de origen. A ese respecto, la Oficina Permanente de la HCCH, tiene dicho que “[e]l art. 12... no prescribe el lugar al que debe restituirse el menor. Los redactores querían que la disposición fuera lo suficientemente amplia para permitir la restitución a un Estado ajeno al de residencia habitual del menor. Sin embargo, el Preámbulo deja en claro la intención general es que la restitución se efectúe en este último Estado... Asimismo, una restitución no implica necesariamente la restitución al lugar particular del Estado en que el menor vivía previamente...” (v. www.hoch.net; INCADAT: voces “mecanismo de restitución del art. 12”, “restitución”, “lugar de restitución” y jurisprudencia allí extractada).

En consecuencia, estimo que la exégesis propuesta por la madre tal como fue planteada, no resulta atendible.

- VI -

Por otro lado, no acreditada —como se concluyó en el punto IV— la hipótesis de que la familia vino a vivir a la Argentina, también se torna inconducente el argumento esgrimido a fs. 311, acerca del abandono del hogar con efecto reflejo sobre el ejercicio unilateral de la guarda.

En todo caso —más allá de las repercusiones que la actuación del Sr. W. a partir del día 17/1/2008, pudiere tener en el contexto de un juicio de divorcio o tenencia—, encuentro evidente que, como se encargó de aclararlo el tribunal superior de la causa, si la madre se rehusó a retornar y retuvo “... al menor en el lugar al que se había trasladado legalmente, forzando así

su cambio de residencia contra la voluntad del padre, quien ostenta igual derecho a autorizar o denegar dicho cambio, tal situación configuraría el supuesto de retención ilícita..." (fs. 558 vta.).

El razonamiento de la Sra. D. termina por instaurar la idea de que el progenitor que, en el momento de la retención, ejercía —o podía ejercer— el derecho de custodia en función de una atribución *ipso iure*, está obligado a someterse a las vías de hecho y permanecer en el país de asilo, puesto que si no lo hiciese no calificará para activar el mecanismo del CH 1980. En definitiva, desconoce la norma del art. 3º (último inciso de la letra b), en tanto contempla las diversas situaciones en las que la custodia no puede hacerse efectiva debido, precisamente, al traslado o retención del niño.

- VII -

La progenitora también se escuda en la excepción de aceptación posterior del requirente.

Sobre este particular, en el marco de la carga probatoria que —según se dijo en los puntos III y IV— diseña el CH 1980, estimo que no puede tenerse por satisfecha la acreditación rigurosa —insisto, a cargo de la emplazada— de dicha anuencia.

Entonces, dado que la autorización sobreviniente —aunque puede verificarse tácitamente— debe ser inequívoca, interpreto que no estamos habilitados para derivar de las constancias de fs. 223/283 una conclusión de tanta trascendencia como es la existencia del consentimiento paterno, sobre todo si se advierte que, al emitirse el mail de fs. 258 estaba un curso el procedimiento de restitución no desistido.

- VIII -

En lo que concierne al eventual riesgo, en el punto III dejé sintéticamente expuestos los cánones establecidos por V. E., en orden a la exégesis y aplicación del extremo excepcional del art. 13, inc. b). Como lo expresé en el dictamen publicado en Fallos: 333:604, dichos parámetros se alinean con el propósito de la HCCH, que aprehende las posibles situaciones de peligro con la especificidad propia del Convenio, y lo demuestra con una estricta selección de la terminología empleada, de la que —por ejemplo— se excluyeron los perjuicios de tipo económico o educativo.

Esa tarea reclama ante todo, por la índole de las defensas opuestas por la Sra. D., tener presente que aquí ni siquiera se juzga sobre los méritos de la guarda ni, mucho menos, se persigue alterarla, de modo que —en este estado— no existen óbices jurídicos para que M. regrese y siga viviendo en compañía de su progenitora.

Lo dicho nos obliga a examinar la negativa de la demandada a volver con su hijo a Alemania, como un capítulo vinculado al riesgo del niño. Y para ello, es necesario tener presente, nuevamente, el enfoque riguroso con que debe afrontarse el examen de cualesquiera de las excepciones posibles, pues admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio por la mera oposición de la madre a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada.

El criterio valorativo ha de ser —insisto— minucioso, según la mirada predominante que, entre los países signatarios, registra la HCCH (v. INCADAT, Análisis de Jurisprudencia [voz

“Excepciones a la restitución”, acápite “Grave riesgo de daño”, apartado “Sustracciones por la persona que ejerce el cuidado primordial del menor”, con vasta cita de fallos]).

En esa línea, observo que la Sra. D. no ha invocado siquiera —y por ende, no ha probado— hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad, en ese país que —a contrario de los supuestos escollos enumerados a fs. 317 vta., último párrafo— los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal (v. fs. 69 vta., 382 resp. quinta y fs. 390/392).

Por otra parte, en cuanto al factor económico (más allá del peso discutible que esa variable puede tener en el esquema convencional; v. esp. reporte Pérez-Vera —parág. 116 y su nota—; Documentos de Trabajo n° 41 y n° 42, pág. 302; v. asimismo INCADAT, Análisis de Jurisprudencia [voz “Excepciones a la restitución”, acápite “Grave riesgo de daño”, apartado “Factores económicos” y cita de fallos allí contenida]), en nuestro caso ni siquiera se intentó acreditar la concurrencia de la falta sustancial de recursos alegada a fs. 317 vta., como así que éstos sean inasequibles, con probabilidad cierta de sumir a M. en situaciones extremas.

Como se ve, nada se ha agregado a la causa que permita tener por configurada, a partir de esa negativa infundada, la excepción del arto 13, inc. b), con los contornos rigurosos que emanan de la doctrina de esa Corte.

Así las cosas, cabe volver aquí sobre el estándar elaborado por V.E. en cuanto a que la facultad de denegar el retorno en base a la cláusula de grave riesgo, requiere que el niño presente una perturbación superior a la que normalmente deriva de la ruptura de la convivencia con uno de sus padres (v. punto III); situación extrema que, por cierto, no puede inferirse de la recomendación genérica efectuada en el informe ambiental glosado a fs. 410.

Apreciadas esas deficiencias probatorias, juntamente con las circunstancias que se valorarán seguidamente, entiendo que los jueces argentinos no cuentan con elementos para rehusar la restitución, en base a lo dispuesto por el art. 13.

- IX -

Queda, pues, por evaluar en el ámbito del art. 13 inc. b), la posible existencia de violencia y sus repercusiones dentro del particular procedimiento que nos ocupa.

Esta Procuración ya ha dejado sentada su firme opinión acerca del modelo de abordaje específico que la complejidad de la violencia familiar reclama, y ha llamado la atención sobre la responsabilidad internacional que, también en esa esfera, compromete al Estado argentino (ley n° 26.485; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada mediante la ley n° 23.179; Recomendación General de las Naciones Unidas [Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer - CEDAW] n° 19, esp. puntos 6, 19, 23, 24 incs. “b”, “i”, “k”, “l” y “r” acáp. “v”; y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada mediante la ley n° 24.632; V. dictamen emitido in re S.C. G. W 2125; L. XLII, al que V. E. adhirió en su sentencia de fecha 26/10/2010).

Las cuestiones planteadas en torno a dicha materia son indudablemente delicadas, máxime cuando confluyen con estas otras, que también tocan aspectos profundos de la condición humana.

No obstante, en el contexto de las pautas interpretativas aludidas en los puntos III y IV, no advierto que en este caso —donde hubo una amplia oportunidad de debate y prueba— se encuentre acreditada la configuración de un proceso de violencia familiar en sentido técnico, con las notas de ocultamiento, continuidad, escalada y recurrencia cíclica que lo caracterizan, y que no siempre están presentes en incidentes aislados de desborde emocional o incluso físico, como los que admite el Sr. W.

Así las cosas, el problema de las aptitudes del Sr. W. para desempeñar el rol paterno resultan extrañas a estas actuaciones y deberán ventilarse en el litigio de tenencia que se entable ante los jueces alemanes, ante quienes la Sra. D. —que no está obligada a reingresar al domicilio de su cónyuge— podrá solicitar las medidas cautelares que estime corresponder.

- X -

Por último, no advierto presente en la especie la tensión que se sugiere a fs. 324. A la inversa, como esta Procuración ha venido remarcando (v. dictámenes publicados en Fallos: 328:4511 y 333:604 —a los que V.E. remitió— y opinión expuesta in re S.C. G. W 256 L XLVI), los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y, salvo circunstancias singulares no demostradas en autos, no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores.

En consecuencia, dado que la oponente no ha logrado desvirtuar la presunción referida en el punto III (v), y haciendo aplicación de las restantes premisas expuestas en ese mismo punto, opino que V. E. debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. En ese sentido, cabe reiterar el concepto expresado en Fallos: 333:604 en el sentido de que “...los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito específico del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Ese reconocimiento —que da un contenido preciso al concepto genérico “interés del menor”—, obliga a refinar exhaustivamente cualquier impedimento a la consecución de sus objetivos. Y puesto que esas aspiraciones son coincidentes, repito una vez más, con los de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. esp. art. 11), integrante del llamado bloque de constitucionalidad de la República, no encuentro en nuestro ordenamiento, ningún imperativo que, en este caso concreto, obste a la restitución...”

Dejo así evacuada la vista conferida.— Buenos Aires, 14 de julio de 2011.— MARTA A. BELRÓ DE GONÇALVEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 22 de noviembre de 2011.

Vistos los autos: **“W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”**.

Considerando:

1°) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse, por razones de brevedad.

2°) Que teniendo en mira el interés superior del niño —que debe primar en este tipo de procesos— y la rapidez que requiere el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), corresponde exhortar a los padres de M. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar al niño una experiencia aún más conflictiva.

3°) Que sin perjuicio de coincidir con los criterios expresados por la señora Procuradora Fiscal en el punto VIII de su dictamen respecto de la negativa infundada de la progenitora a retornar con su hijo a Alemania, corresponde agregar que sobre la base de la obligación de colaborar que pesa sobre las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en virtud del art. 7° del CH 1980, la Guía de Buenas Prácticas del citado convenio, Primera Parte —Práctica de las Autoridades Centrales—, al tratar el procedimiento a continuación de la decisión de retorno, señala que dichos organismos deberían cooperar lo más estrechamente posible para aportar información sobre la asistencia jurídica, financiera y social, así como todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, y facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en los casos apropiados, asegurándose de que esas medidas sean aplicadas tras la restitución del menor (puntos 3.18 y 3.20, págs. 42/43).

Asimismo, establece que ambas autoridades centrales deben colaborar para garantizar que el padre sustractor que desea volver con el menor sea informado de los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, incluso cuando la restitución no plantea ningún problema de seguridad (punto 4.24, pág. 61).

4°) Que sobre la base de lo expresado precedentemente y a los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor no obstaculicen el cumplimiento de esta sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un país en el que aquella manifiesta no haber podido adaptarse (conf. fs. 294 vta. de la contestación de demanda), corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulan en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento (ver Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, punto 6.3, pág. 79 y Segunda Parte, punto 6.7, pág. 41).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Esta Corte exhorta a los padres del menor y al juez que interviene en la causa en la forma indicada en este pronunciamiento. Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central Argentina. — RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

TENENCIA

Información complementaria: (49)**Tenencia provisoria**

La Corte Suprema con remisión al dictamen de la Procuración General en “*M. D. H. c/ M. B. M. F.*” (29/02/11 – Fallos: 331:841) dijo que al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, máxime en asuntos en los que el interés del niño —de rango superior— opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél. Señaló que un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (arts. 2.2, 12.1 y 16.1); y que un cambio de guarda es siempre un asunto de extrema trascendencia para el hijo lo cual impone un juicio que balancee con especial esmero las consecuencias para el infante en términos beneficio-daño, valoración que ha de abarcar ineludiblemente la evaluación del impacto psicológico del desarraigo.

En “*V, M. N. c/ S., W. F. s/ autorización*” (14/09/2010 – Fallos: 333:1776) consideró que la labor decisoria debe solventarse en función del mayor bienestar del niño, puesto que el modo de ser propio de este tramo fundacional de la existencia humana impone que se busque lo más conveniente para él y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Asimismo la determinación del interés superior del niño hará necesaria la intervención de especialistas, quienes han de transmitir al tribunal las comprobaciones y resultados de su actividad y le suministrarán elementos para la formación de su convencimiento, con relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica.

VIOLENCIA FAMILIAR

Información complementaria: (50)**Violencia familiar. Abuso sexual. Vinculación con los padres**

La Corte Suprema en “*G., M. S. c/ J. V., L s/ divorcio vincular*” (26/10/2010 – Fallos: 333:2017) con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal dijo que cuando se trate de problemas tales como la reanudación del contacto de las hijas menores con su progenitor —quien estaba acusado de abuso sexual en perjuicio de una de ellas— cualquier solución que se adopte debe empezar por recordar que el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres son cánones unánimemente aceptados, como también lo es que deberían favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia a raíz de la falta de conviven-

(49) **N. de S.:** El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

(50) **N. de S.:** El fallo completo puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

cia, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder. Asimismo consideró que frente a la manifestación extrema de violencia —como el abuso sexual— no es razonable que las decisiones se funden maquinalmente, los jueces deben evitar desenvolverse a espaldas de las disciplinas de la salud por lo que el alcance de los mecanismos de intervención judicial deberían establecerse con ajuste a una visión especializada. Consideró que no es desatinado provocar la inmediata separación del niño respecto del supuesto perpetrador, sobre todo en un plano estrictamente precautorio con miras a detener el progreso y la perpetuación del eventual abuso y de prudencia ya que posponer la cautelar a las resultas de una investigación previsiblemente prolongada, podría importar una desafortunada contribución institucional a la consolidación de un perjuicio irreparable. Por último, señaló que corresponde hacer lugar a la sugerencia del señor Defensor Oficial ante la Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designar un letrado especializado en la materia para que las patrocine.

ASPECTOS PENALES

JÓVENES IMPUTADOS PENALMENTE

Imposición de pena - Prisión perpetua - Medida del reproche - Derechos especiales derivados de la condición especial de niño - Interés Superior del Niño

Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado - causa N° 1174 - 07/12/2005 - Fallos: 328:4343

Antecedentes:

La Cámara de Casación Penal modificó la pena de catorce años de prisión impuesta por un Tribunal Oral de Menores y condenó a Daniel Enrique Maldonado —menor de edad al momento de los hechos— a la pena de prisión perpetua en calidad de coautor del robo agravado por el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado por la finalidad de obtener su impunidad. La defensa oficial del nombrado interpuso el recurso extraordinario que, denegado, dio origen al recurso de queja. La Corte revocó el fallo apelado.

El juez Fayt, por su voto, destacó las diversas medidas disponibles en el ámbito de la justicia penal juvenil y el examen del juzgador de la necesidad de imposición o no de pena.

La jueza Argibay, por su voto, señaló que la aplicación de una pena máxima exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de esa carga determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Consideración de la edad en la comisión de un delito.**
- b) **Convención sobre los Derechos del Niño.**
- c) **Escala penal. Tipicidad. Graduación culpabilidad.**
- d) **Derecho a ser oído. Conocimiento *de visu* del imputado. Posibilidad de prescindencia de la pena. Jóvenes.**
- e) **Juicio de necesidad de imposición de pena.**
- f) **Derechos especiales. Convención sobre los Derechos del Niño. Derechos Humanos.**
- g) **Constitución Nacional, concepto de persona. Persona en desarrollo. Inmadurez emocional. Reacción punitiva estatal inferior.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La consideración de la minoridad al momento del hecho resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1°, de la Convención del Niño como por imperio del principio de culpabilidad.

- Si algún efecto ha de asignársele a la Convención sobre los Derechos del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal.

- Cuando se trata de hechos cometidos por menores, en caso de que se decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidirse acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. No es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

- Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. Y si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria.

- El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5°, inc. 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) exige que el sentenciante no se desentienda de los po-

sibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

- Reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

- Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado, reconocimiento que constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

- En el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y respecto de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

- Existen casos, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (51)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005.

Vistos los autos: **“Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de**

(51) N. de S.: El dictamen pueden consultarse en www.csjn.gov.ar.

armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral de Menores n° 2 de esta ciudad condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad (arts. 166 inc. 2°, 80 inc. 7° del Código Penal y 4° de la ley 22.278). Contra ese fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación, por entender que al atenuar la pena impuesta a Maldonado por medio de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4° de la ley 22.278.

2°) Que la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia, y condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua. Dicha resolución fue apelada por la defensa oficial mediante el recurso extraordinario de fs. 80/93, cuyo rechazo motivó la presente queja.

3°) Que la recurrente cuestiona la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada a Maldonado, por cuanto, por su gravedad, resulta violatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Asimismo, sostiene que la aplicación de la pena indicada supone hacer a un lado el “interés superior del niño” y el principio de aplicación subsidiaria de la pena privativa de libertad respecto de menores (conf. arts. 3° y 37, inc. “b”, Convención sobre los Derechos del Niño). Desde otro punto de vista, según la defensa, no es posible argumentar —como lo hace el a quo— que la posibilidad de libertad condicional prevista para la prisión perpetua garantiza su adecuación a la Constitución, en tanto los lapsos necesarios para llegar a la mera posibilidad de aplicación del régimen de semilibertad (12 años, conf. art. 17, ley 24.660) y a la efectiva libertad condicional (20 años, cf. art. 13, Código Penal) son demasiado prolongados como para satisfacer el mandato convencional.

4°) Que en la medida en que se encuentra en discusión el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, y la decisión del a quo ha sido contraria a la pretensión de la apelante, existe en el caso cuestión federal bastante para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48.

5°) Que según se expresa en la decisión recurrida, “aun cuando ‘las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez’ resulten parámetros directamente conectados con la decisión de considerar necesario aplicarle una sanción (...), una vez adoptada la resolución de condenar el tribunal debe adaptar la pena de conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal incluso para establecer si corresponde, en el caso, escoger la escala atenuada prevista para la tentativa”. Ello derivaría, en opinión del a quo, del propio régimen penal de la minoridad, que establece como pautas mensurativas de la pena circunstancias que “coinciden parcialmente” con las de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

6°) Que, a partir de esa premisa, reexamina la decisión del tribunal oral, y concluye que “no corresponde la reducción de pena”, y que la pena de prisión perpetua “es la que mejor se adecua al caso”. Para llegar a esa conclusión, descalifica los fundamentos de la sentencia del tribunal oral, en cuanto sustentó la decisión de aplicar la escala penal reducida en una errónea valoración de los elementos de la causa. Así, según el a quo, al apoyar el tribunal oral su de-

cisión de penar en forma atenuada en el hecho de que Maldonado cometiera el delito siendo menor, tomó en cuenta una circunstancia que, en rigor, sería irrelevante, mientras que el otro elemento de juicio, el resultado del tratamiento tutelar, fue valorado en forma parcial. Con respecto a este último punto, la Cámara critica que se haya considerado el buen comportamiento del menor mientras estuvo, bajo disposición tutelar, internado en el Instituto Agote, pero que no se haya seguido del fracaso de dicho tratamiento (revelado en la comisión de nuevos delitos) la necesidad de una pena más intensa.

7°) Que, en apariencia, es cierto que la circunstancia de que Maldonado fuera menor ya es un requisito necesario para la aplicación de la escala atenuada, y que, en consecuencia, no aporta nada para decidir la alternativa planteada por el art. 4° de la ley 22.278, aplicable sólo respecto de menores. De acuerdo con esta norma, una vez cumplidos los 18 años, la decisión acerca de si habrá de aplicarse pena respecto del menor previamente declarado responsable, incluye, en este último supuesto, la posibilidad de atenuar la pena que normalmente se aplica a los mayores, de acuerdo con la escala reducida de la tentativa. En este sentido, para que la alternativa exista, el hecho debe haber sido cometido entre los 16 y los 18 años.

No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de Maldonado, “su minoridad al momento del hecho”. Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1°, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la “edad” es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de Maldonado ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido.

8°) Que, para la imposición de la pena de prisión perpetua, la decisión apelada estima decisivo el fracaso del tratamiento tutelar. Así, afirma que: “no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio”. Siguiendo esta línea de pensamiento, señala que la reducción de la pena “no deriva racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo”.

9°) Que tal afirmación importa una simplificación inadecuada, sobre la base de la cual no puede fundamentarse el fallo. En efecto, la liberalización del régimen de internación a través de “egresos periódicos” aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros. A nadie puede escapar —en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores— que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr. Por otra parte, tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida. Pero aun cuando se aceptara esta posibilidad, no es admisible que en la sentencia apelada se omita toda referencia fáctica a las concretas condiciones de contención social en que se produjo la liberación. Desde ese punto de vista, resultan sumamente reveladoras las constancias del expediente tutelar en cuanto hacen referencia reiteradamente al medio social de Maldonado como de

“alto riesgo” (así, por ejemplo, fs. 3 y 71), así como las que se vinculan con su procedencia de un hogar en el que los progenitores no ejercen sus roles en forma efectiva (fs. 17, 249).

10) Que, por lo demás, en este caso, la “defraudación” de la confianza en que habría incurrido Maldonado derivaría de la comisión de un nuevo hecho delictivo por el cual, al menos al tiempo del dictado de la sentencia recurrida, aún no había recaído condena. Según el a quo, pese a que Maldonado “aún conserva el estado de inocencia, lo cierto es que la presunción de responsabilidad que dimana del progresivo avance de dicha causa es un dato objetivo que no puede ser desdeñado en el juicio de peligrosidad que este tribunal está obligado a emitir de conformidad con el art. 41 del Código Penal”.

11) Que, en principio, no corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión “peligrosidad” contenida en el art. 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al *non bis in idem*. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la “peligrosidad”, pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal. Por otra parte, en caso de recaer condena, la gravedad del nuevo hecho habrá de ser valorada en esa decisión posterior, y serán las reglas del art. 58 del Código Penal las que habrán de asegurar, si correspondiere, una valoración global, que evite la plural valoración agravante del mismo elemento bajo rubros diferentes: en un juicio, como “defraudación de la confianza” y como revelador retroactivo de “peligrosidad”, y en el otro, por el ser el objeto propio de la condena.

12) Que, sentado lo expuesto, la afirmación del a quo, según la cual, “Maldonado, cuando delinque, exhibe un manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad” sólo debe referirse al hecho de autos.

Tal afirmación, relativa a la gravedad del hecho cometido por el imputado, es presentada como el argumento decisivo en favor de descartar la posibilidad de aplicar la escala penal reducida. Se trata, sin embargo, de un ejemplo prototípico de fundamentación aparente, en tanto nada dice del caso sometido a juzgamiento, ya que idéntica afirmación podría ser trasladada a cualquier caso en el que el tipo penal que entrara en consideración fuera un homicidio del art. 80 inc. 7° del Código Penal: lo que caracteriza la gravedad propia del ilícito del homicidio cometido con el fin de procurar la impunidad no es otra cosa que el desprecio a la vida que manifiesta el autor con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad.

13) Que, por regla general, cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua.

14) Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten

atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible.

Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente.

15) Que ello no ha sucedido en el caso de autos. La descripción del hecho que realiza el a quo, según la cual “perseguido por un pariente de la víctima de su despojo y aún sin riesgo para su propia vida, le disparó a quemarropa y así le dio muerte”, no permite inferir, por sí sola que se trate de un hecho respecto del cual la pena de 14 años impuesta por el tribunal oral resulte desproporcionadamente leve. A ello se agrega que los elementos “a quemarropa” y “aún sin riesgo para su propia vida”, que se utilizan para remarcar la gravedad del ilícito, en modo alguno se desprenden de la descripción fáctica realizada por la sentencia de primera instancia y de la cual la alzada no podía apartarse.

16) Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena.

17) Que ello es así tanto si se considera que las reglas que orientan la determinación de la pena son las del art. 41 del Código Penal como si se estima que son las del art. 4° de la ley 22.278. Pues es verdad —y en esto sí acierta el a quo— que ambas regulaciones son parcialmente coincidentes.

18) Que existe otro aspecto concluyente respecto del cual ambas regulaciones coinciden, pero que al a quo no le pareció relevante: la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del condenado antes de determinar la pena. Así, el art. 41, inc. 2°, *in fine*, del Código Penal señala claramente que “El juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto... en la medida requerida para cada caso”. Por su parte, el art. 4° de la ley 22.278, es, para este caso, aún más categórico, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de “la impresión directa recogida por el juez”.

19) Que se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada.

20) Que si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria. Idéntica importancia ha de asignársele a dicha audiencia en un caso como el presente, en que la alzada decidió apartarse de la impresión “regular” a que había hecho referencia el tribunal oral que efectivamente tomó contacto con el menor y su evolución, y que lo había decidido a adoptar una pena atenuada. En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente

que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (sin destacar en el original).

21) Que a pesar de las coincidencias parciales señaladas, existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la “necesidad de la pena”.

22) Que la “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a “peligrosidad” como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°).

23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5°, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

24) Que ésta debe ser una de las primeras oportunidades en que este tribunal tiene oportunidad de expedirse sobre cuestiones trascendentes referentes a la justicia penal de menores.

La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4°), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2° *in fine* ley 22.278).

25) Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2° de la ley mencionada sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como “Ley Agote” (art. 21).

26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”.

Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la “libertad ambulatoria”, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.

27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio.

28) Que este paradigma de la justicia de menores, conocido en doctrina como “situación irregular”, fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes. Así, por ejemplo, Anthony Platt en su obra clásica, “Los Salvadores del Niño”, ha denunciado el sistema penal juvenil estadounidense, que bajo el ropaje de regirse por principios “Protectores”, en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en “Los ‘salvadores del niño’ o la invención de la delincuencia”, Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982).

29) Que la Corte Suprema de los EE.UU en el leading case denominado “Gault” (387 U.S. 1, 1967) se pronunció en contra de la “cosificación” del menor infractor. Allí el tribunal señaló que la persona que no ha cumplido los 18 años tiene derecho a todas las garantías, entre ellas, contra los arrestos y requisas ilegales, a ser informado de todos los cargos imputados, a recibir consejo de un defensor, a controlar la prueba, a confrontar con los testigos de cargo, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a un juez imparcial, etc. Agregó que el joven necesita asistencia legal para poder comprender más inteligentemente los hechos. El tribunal también criticó la terminología eufemística respecto de la encarcelación de los jóvenes tratándola como escuela o casa de recepción, cuando se trata de una institución de confinamiento.

Asimismo, expresó que la condición de ser un joven no justificaba un tribunal “canguro”, Kangaroo court, en el sentido de un tribunal que, a la manera del canguro, protege al menor llevándose lo consigo.

El mismo tribunal, en otro importante precedente, señaló que el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la práctica recibía lo peor de dos mundos (*worst of both worlds*) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor (“Kent v. United States”, 383 U.S. 541, 1966).

30) Que el paradigma de la “situación irregular” recibió embates importantes en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancia de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Juvenil, 1985. Anteriormente las Naciones Unidas habían adoptado la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959).

Del mismo modo, en el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de

que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que se basan en la doctrina de la “situación irregular”, no distinguan, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002).

31) Que cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 “Agote”, y la reemplazaron por la ley 26.061, de “Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. En dicho ordenamiento se establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27). En efecto, ya la Observación General N° 13 de las Naciones Unidas había señalado que “Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

32) Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos.

En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado —como aquel elaborado por la doctrina de la “situación irregular”— de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54).

33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar “la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)(Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).

34) Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.

35) Que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto.

36) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994.

Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853-1860.

De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor.

Tal es la sana doctrina que se deriva de nuestra Constitución y de los principios plasmados en ella por los constituyentes desde 1853. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelarían directamente el concepto mismo de persona. De este modo, el derecho penal de autor o de personalidad (también llamado de carácter), de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución, que siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger entre el bien y el mal.

37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas.

Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (así, por ejemplo, Peter Blos, *“Psicoanálisis de la adolescencia”*, México, 1976; del mismo, *“La transición adolescente”*, Buenos Aires, 1981; Ana Freud, *“La adolescencia”* (capítulo X, en *“Psicoanálisis y desarrollo del adolescente”*, Barcelona, 1985); Aberasturi-Knobel, *“La adolescencia normal”*, Buenos Aires,

1980; E. Erikson, *"Identidad, juventud y crisis"*, Buenos Aires, 1990; del mismo, *"El ciclo vital completado"*, Buenos Aires, 1985; Fernández Mouján, *"Adolescencia, de la metapsicología a la clínica"*, Buenos Aires, 1992; Varela-Álvarez-Sarmiento, *"Adolescencia marginal"* (en *Psicología forense*, Buenos Aires, 2000); F.Doltó, *"La causa de los adolescentes"*, Buenos Aires, 1990; Zushman de Arbiser, *"Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes"*, Buenos Aires, 1986; L. Kaplan, *"Adolescencia: el adiós a la infancia"*, Buenos Aires, 1994). Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional.

Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibles la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa.

Se dan en los niños comportamientos en acting-out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital.

38) Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1° de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. En este sentido, el mensaje que llega del siglo XIX suena brutal a los oídos de quienes lo leemos después de las tristes experiencias del siglo XX y nos percatamos de que, en definitiva, se trata de las ideas que prepararon el camino al genocidio, y que uno de sus expositores -por cierto, quizá el más prudente- sintetizaba de la siguiente manera: "La sociedad debe protegerse de los irreversibles, y como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida" (Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984, p. 120).

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”. Agrega que “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95).

39) Que incluso suponiendo que pueda pasarse por alto todo lo dicho respecto de la peligrosidad, y si, por hipótesis, se la admitiera dentro de nuestro sistema constitucional, en el mejor de los casos, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Aún así, no se trata más que de una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que en caso particular jamás puede asegurarse que el agente se comportará de una u otra manera, pues siempre existe la probabilidad contraria: podemos saber, científicamente, que en un porcentaje de casos la conducta futura llevará a la comisión de ilícitos, pero siempre hay un porcentaje en que esto no sucede, y nunca sabemos en cuál de las alternativa debe ser ubicado el caso particular. Por ende, aumentar la pena por la peligrosidad siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, y que nadie puede saber con certeza si lo pensará y ejecutará alguna vez en su vida.

40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

41) Que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, se advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.— ENRIQUE

SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT (según su voto) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que contra la decisión de la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que al casar la sentencia del Tribunal Oral de Menores N° 2, modificó la pena de catorce años de prisión impuesta y condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de prisión perpetua en calidad de coautor del robo agravado por el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado por la finalidad de obtener su impunidad (arts. 45, 55, 166, inc. 2° y 80, inc. 7°, del Código Penal), la defensa oficial del nombrado interpuso el recurso extraordinario de fs. 216/229 que, denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que, para así decidir, el a quo sostuvo que una vez adoptada la resolución de imponer una pena —de conformidad con el art. 4º, segundo párrafo, de la ley 22.278 y sin que medie controversia de partes en cuanto a esa necesidad— el tribunal de mérito debió adaptar la condena a los índices de mensuración punitiva previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal. En este sentido, señaló que la decisión del tribunal oral no se había ajustado a las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo; que no pudo derivar racionalmente de ellas la reducción de pena que prevé la ley juvenil; y que incurrió en contradicción, toda vez que tomó en cuenta la buena conducta intramuros del joven, cuando el tratamiento tuitivo prodigado había fracasado en lo que hace al progreso en la resocialización, pues “no bien el menor ganó la confianza de las autoridades (...) defraudó aquella y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos”. Agregó que si bien el joven Maldonado aún conservaba el estado de inocencia “la presunción de responsabilidad que dimana(ba) del progresivo avance de dicha causa era un dato objetivo que no podía ser desdeñado en el juicio de peligrosidad”. Así entendió que la sanción privativa de la libertad fija que prevé el art. 80, inc. 7°, del Código Penal -pena de prisión perpetua- era la que mejor se adecuaba al caso. Finalmente, remitió a precedentes de esa Cámara con el objeto de descartar los reparos de índole constitucional que aparejaría la imposición de perpetuidad en estos supuestos.

3°) Que el recurrente atacó esa decisión sobre la base de considerar que, por su gravedad, la pena de prisión perpetua impuesta a una persona por delitos cometidos antes de los 18 años de edad, estaría en contradicción con diversas disposiciones de jerarquía constitucional que tienen como común denominador el conjurar la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes y, especialmente, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en cuanto expresa que los estados parte velarán para que no se imponga pena capital o prisión perpetua *sin posibilidad de excarcelación*.

A su vez, se agravó por la arbitrariedad que importó remitir a los argumentos de la sala II de esa misma Cámara. Señaló, al respecto, que asimilar la excarcelación prevista por la mencionada Convención (art. 37, inc. a) con la libertad condicional de nuestro régimen, carecía de sustento toda vez que ambos institutos difieren en la oportunidad y en el momento para solicitarlos, así como también en los requisitos para su obtención.

Desde otro punto de vista, sostuvo que el ponderar el trámite de un proceso paralelo no finalizado —como evidencia del juicio de peligrosidad— redundó en una justificación meramente aparente de la pena a perpetuidad, así como en el desmedro del estado de inocencia.

Finalmente se agravió de que el a quo hubiera obviado el conocimiento personal del imputado como requisito previo al dictado de una pena, conforme lo prevé expresamente el art. 4º de la ley 22.278.

4º) Que los agravios expresados suscitan cuestión federal bastante para habilitar la vía intentada, en tanto el recurrente ha puesto en tela de juicio el alcance que cabe otorgar —especialmente— a los principios contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a las diversas disposiciones constitucionales que se encuentran en relación directa e inmediata con la materia a decidir. En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14, inc. 3, de la ley 48, toda vez que la decisión es contraria al derecho federal invocado por la parte, se trata de una sentencia que reviste carácter de definitiva y proviene del superior tribunal de la causa.

Asimismo, los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia, resultan inescindiblemente ligados con los vinculados a la inteligencia de las normas federales, por lo que corresponde tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 321:2223; 322:3154; 323:1625; 324:309; entre otros).

5º) Que, en primer lugar, cabe descartar el reparo fundado en la invalidez de la motivación basada en la sola remisión a otros precedentes de la misma Cámara. En principio, y de conformidad con conocida jurisprudencia de esta Corte, es bastante fundamento de las decisiones judiciales la remisión a lo resuelto en pronunciamientos anteriores (confr. Fallos: 311:2293 y sus citas). En efecto, todo pronunciamiento —en tanto unidad lógico - jurídica— debe auto-sustentarse y estar suficientemente fundamentado. Esto, como es evidente, tiene por objetivo esencial evitar que la decisión importe el producto del arbitrio ilimitado de los jueces y configure una afirmación meramente dogmática como “proposición que no está abierta a la corroboración intersubjetiva, [y que por el contrario,] se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales” (confr. Fallos: 327:954, voto del juez Fayt, con cita de Carlos S. Nino, “Introducción al análisis del derecho”, ed. Astrea, 1988, pág. 322). Sin embargo, este supuesto no se configura necesariamente cuando el juzgador realiza una remisión, pues allí —como en toda decisión— se manifiesta una premisa axiológica implícita que valora esa fundamentación por sobre otras y descarta que ésta sea insustancial, arbitraria o maliciosa (confr. Fallos: 327:954, voto del juez Fayt).

Por lo demás, el recurrente no ha demostrado en forma concreta el gravamen que tal remisión le ocasiona.

6º) Que sentado lo anterior, corresponde entonces efectuar algunas consideraciones previas relacionadas con las normas aplicables al caso. A tal fin, cabe recordar que el art. 4º de la ley 22.278 establece que: “(1) a imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2º estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º -Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere conforme a las normas procesales. 2º -Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3º -Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento y la impresión directa recogida por el juez hicieren nece-

sario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2°”.

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño prevé en su art. 37 que “(l)os Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital *ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad*” (énfasis agregado).

7°) Que la disposición que exige el conocimiento personal del imputado —contenida en el art. 4, ley 22.278— requería ser examinada por la Cámara de Casación como garantía mínima del debido proceso legal que rige en la materia. En tal sentido, corresponde atender a este agravio al amparo de los principios —que *ut infra* se desarrollarán— conforme los cuales, quien ha cometido un delito siendo menor de 18 años debe contar con la posibilidad de participar en la trascendental decisión que importa adoptar alguna de las hipótesis que regula la norma de mención.

8°) Que, por otra parte, la existencia del instituto de la “libertad condicional” en el régimen nacional permite —en principio— la equiparación a la “posibilidad de excarcelación” en caso de prisión perpetua, establecida en el art. 37 a de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para dicha equivalencia, con posibilidad de liberación anticipada.

Por lo demás, la “posibilidad de excarcelación” prevista en la norma internacional autoriza a sostener que no se advierte una clara conculcación a un principio de derecho público local (art. 27 de la Constitución Nacional). Sin embargo, las restantes cuestiones planteadas conducen al examen de la sanción impuesta desde la estricta vigencia de otras normas federales que se encuentran en juego.

9°) Que, de tal modo, el ámbito de decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención —descartada, a su vez, su contradicción con los principios de derecho público local— la condena de prisión perpetua a quienes hayan cometido un delito siendo menores de 18 años. Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven Maldonado fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé.

10) Que las penas perpetuas, por principio, “son las que no tienen fin sino con la muerte del condenado; se aplican durante toda la vida de éste, el que resulta, así, totalmente segregado del medio social en que actuaba” (confr. Rodolfo Moreno h, “El Código Penal y sus antecedentes”, tomo II, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1922, pág. 13). De ahí que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establezca expresamente su prohibición, salvo para los casos en que —como ya se adelantó— se prevea excarcelación.

De esta manera —y a fin de establecer un consenso en tan delicada materia— se estableció la hipótesis de máxima que podría llegar a ser acogida por los estados parte, a modo de velar —dentro de su margen soberano de apreciación— por el cumplimiento de la disposición en cuestión. Y, tan así es, que hasta la propia Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió, en un reciente fallo, que si bien dicho Estado no había ratificado la citada Convención, sus directrices debían ser tomadas en cuenta a fin de no imponer la pena capital que aquélla prohíbe para

quienes hubieran cometido un delito siendo menores de 18 años de edad (confr. No. 03-633, “Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons”, del 1° de marzo de 2005).

11) Que la expresión “excarcelación” no puede entenderse en términos procesales y —por las características de la pena impuesta a jóvenes infractores— corresponde —como *ut infra* se explicará— interpretar por tal la liberación anticipada o, directamente, que la pena pueda tenerse por agotada.

En este sentido, cabe recordar que en nuestro régimen legal existe la posibilidad de extinción de la pena de prisión perpetua una vez obtenida la libertad condicional y transcurridos cinco años sin que ésta haya sido revocada (confr. arts. 13 y 16 del Código Penal). La única pena forzosamente perpetua conforme la normativa vigente al momento de los hechos, era la impuesta a los reincidentes, a quienes no podía aplicárseles la libertad condicional.

En virtud de lo anterior y toda vez que las condenas impuestas por delitos cometidos antes de que el imputado alcance los 18 años de edad no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de considerarlo reincidente (art. 5° de la ley 22.278), la libertad condicional se obtendría —de satisfacerse los restantes requisitos de procedibilidad que establece la ley— a los veinte años de condena (confr. art. 13 del Código Penal, según texto anterior a la reforma de la ley 25.892), mientras que la posibilidad de acceder al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad, a los doce años (confr. arts. 17 de la ley 24.660 y 27 del decreto 396/99); sin que corresponda considerar aquí la validez de este requisito.

12) Que, sin perjuicio de lo expuesto, no pueden desconocerse los límites que acotan el ámbito de legitimidad de las penas a imponer en un Estado de Derecho, los cuales deben ser interpretados armónicamente con otros principios que condicionan la aplicación de pena en el régimen penal juvenil.

Si bien es cierto que el art. 37 a) de la Convención citada es la única norma que expresamente prevé efectos para quienes ya son mayores de 18 años de edad, mientras los restantes apartados de ese artículo —que, en gran medida, se hacen eco de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad— se dirigen a la situación de los niños, entendiendo por tales a toda persona menor de dieciocho años de edad (confr. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 y, en el mismo sentido, ley 26.061), no lo es menos la circunstancia de que —conforme surge de las ya mencionadas Reglas de Beijing— se debe procurar extender el ámbito de aplicación de los principios contenidos en esas Reglas Mínimas a los adultos y jóvenes que hayan cometido un delito (confr. regla 3.3).

13) Que desde esta perspectiva, cabe recordar —sin recurrir al arracimado de disposiciones internacionales invocadas ni a los casos contenciosos de la Corte Interamericana cuya relación de correspondencia con el tema a decidir no necesariamente obligan a citarlos— que dentro de los objetivos que guían la justicia que rige en materia de jóvenes infractores se encuentra el principio de proporcionalidad, amén de la necesidad de considerar que la privación de la libertad sólo podrá ser impuesta como medida alternativa de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Aquel principio, entendido como una herramienta para restringir las sanciones punitivas y conforme el cual el merecimiento de pena corresponderá, fundamentalmente, a la gravedad

del delito —confr. comentarios que acompañan al texto de la regla 5 y que según se señala en la introducción a la resolución 40/33 de la Asamblea General fueron concebidos con el propósito de que se considerasen parte esencial del documento—, no es otro que el riguroso límite que nuestro derecho público interno prevé, en relación con el de la culpabilidad por el hecho, frente a pretendidas necesidades de prevención.

14) Que así planteado, y toda vez que el delito cometido debería ser el factor decisivo —necesario aunque no suficiente en la determinación del castigo— a efectos de mantener cierta proporcionalidad cardinal, cabe examinar la sentencia impugnada, en cuanto decidió que no podía adoptarse la escala reducida de la tentativa —conf. art. 4 de la ley 22.278— y que correspondía aplicar la pena de prisión perpetua.

En otros términos, debe determinarse si la máxima pena impuesta al joven Maldonado se corresponde con los principios constitucionales relativos a la fijación de la pena y a la atención que cabe asignar a la especial situación en la que se encuentran los jóvenes en conflicto con la ley penal, teniendo especialmente en cuenta que en este campo existe la alternativa de reducir las penas en general mediante la adopción de la escala reducida de la tentativa.

De ahí que el denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría —en todo caso— en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala reducida de mención. La benignidad así entendida “se refiere al fin loable de reducir el sufrimiento penal. Apunta a una reducción de penas —algo que las sanciones proporcionales pueden conseguir bajando los puntos de anclaje de las escalas de penas—” (confr. Andrew von Hirsch, “Censurar y castigar”, ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 169). Es ésta la opción político-criminal escogida por el legislador nacional, que se corresponde, por lo demás, con la formulación de directrices que en el ámbito de esta justicia especializada otorgan un margen de discrecionalidad a los “tribunales de menores” —mayor que el que tienen conforme la escala penal que rige en la justicia de adultos— a modo de velar por que se cumplan “las diversas necesidades especiales” y “la diversidad de medidas disponibles” en materia de derecho penal juvenil (confr. regla 6.1 de las Reglas de Beijing, *in fine*).

15) Que esta postura refleja el sentido que cabe asignar al art. 4º de la ley 22.278, a la luz de los mencionados principios y de lo establecido en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, en cuanto prevé —en lo que aquí interesa— la necesidad de promover acciones positivas para el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional, en especial, en todo cuanto concierna a los niños y con la finalidad de garantizar, entre otras cuestiones, la igualdad real de trato.

En tales condiciones, si bien “(e)n el imaginario, ‘la adolescencia’ es considerada como culpable a priori, ya pervertida y más bien irrecuperable, y se opone en eso a ‘la infancia’, todavía pura, frágil y fragilizada, la cual todavía puede ser salvada” (confr. F. Tetard, *Delinquance juvenile: strategie, concept ou discipline?*, en “Délinquances des jeunes”, vol. 2; citado por Juan Bustos Ramírez, “Perspectivas de un derecho penal del niño”, en NDP 1997-A, pág. 63, nota 1), debe observarse que conforme nuestra Ley Fundamental y normas reglamentarias se es niño hasta los 18 años de edad. Es por ello que de consuno con las denominadas directrices de Riad, cabe reconocer que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de madurez (confr. capítulo I, numeral 5.e, de las directrices para la prevención de la delincuencia juvenil).

En este sentido, cabe poner de resalto que todo contrato social debe definir entre sus cláusulas los dominios en los que la sociedad pretende promover la igualdad, lo que legitima al mismo tiempo las desigualdades que consiente y, desde luego, si bien la igualdad no es un estado sino un proyecto, deviene necesario reconocer que su efecto es compensar las desigualdades iniciales, resultantes de la diversidad de los seres humanos (confr. Jean-Paul Fitoussi y Pierre Rosanvalon, “La nueva era de las desigualdades”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 1997, p. 106 s.).

Los seres humanos difieren unos de otros en razón de circunstancias externas, pero también en sus características personales; y no hay principio de igualdad que, por así decirlo, se avenga a que los miembros de una sociedad queden encerrados en sus condiciones iniciales, o que su suerte sea completamente determinada por las circunstancias (confr. Fitoussi y Rosanvalon, *op. cit.*, pág. 107 s.).

16) Que, entonces, en principio no se encuentra en juego la medida del castigo sino, en primer término, el imperioso examen de la necesidad de la propia aplicación de una sanción penal que, en su caso, deberá ser por regla reducida.

Así se ha entendido también por nuestra tradición legislativa, pues a la par de que el art. 4° del Proyecto de Tejedor establecía que “(s)i en el momento de la consumación del crimen, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, y son, además, reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la de penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitenciaría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitenciaría, y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado, con prisión de uno a tres años,” en su comentario oficial se destacaba que la juventud debía ser considerada en todos los casos como causa de atenuación legal y remitía a su vez al Código de Baviera para establecer como regla “la presunción de inocencia hasta los dieciocho, y en caso de haber obrado el acusado con discernimiento, atenuación de la pena en general hasta la misma época, y la de muerte hasta los veintiuno” (confr. Rodolfo Moreno, *op. cit.*, pág. 320).

Desde entonces y aun cuando resulte susceptible de crítica la comprobación de la “exigencia de discernimiento” que siguieron algunos proyectos —a lo que obedece que fuera modificada por la clasificación legal hoy conocida— la regla de atenuación de la pena ordinaria fue adoptada en todos los sistemas subsiguientes (confr. Rodolfo Moreno, *op. cit.*, pág. 321 y ss.). Así desde el código de 1921, se estableció la reducción prevista para la tentativa ya mencionada.

De este modo el precepto en cuestión no sólo permitía al a quo asumir este temperamento, sino que además obligaba a fundar debidamente la propia imposición de pena.

17) Que conforme se desprende de la regulación especial corresponde considerar, como una primera cuestión, si cabe —en relación con los hechos por los cuales el joven infractor había sido previamente declarado responsable— el beneficio de la absolución previsto en el art. 4° de la ley 22.278 o la necesidad de pena. Como una segunda cuestión, y en su caso, si se aplica el marco legal que por regla corresponde a la tentativa, o bien el del delito consumado, para luego recién determinar la pena.

Dicha decisión depende —como ya se adelantó— de la valoración conjunta de “las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez” (confr. art. 4°, ley 22.278).

18) Que, por su parte, el a quo consideró que no habiendo mediado controversia en cuanto a la primera cuestión, debía decidir sólo sobre la escala aplicable y la determinación de pena. Entendió, pues, que de las constancias de la causa no podía derivarse racionalmente la reducción de pena y que siendo ello así, la pena de prisión perpetua era la que mejor se adecuaba al caso.

Asimismo afirmó, a tal fin, que al haber “defraudado” Maldonado la “confianza” depositada en él, la presunta comisión de un nuevo delito trasuntaba en el “fracaso” del tratamiento tutelar y que, por tanto, la valoración efectuada por el tribunal de juicio no era sino parcializada. De este modo, el a quo no reparó siquiera en que ese hecho fue el que incidió, precisamente, en la necesidad de imponer una pena, que el tribunal fijó en 14 años. Para la Cámara de Casación, este “nuevo hecho delictivo” —que ya había sido valorado— constituyó también el elemento que determinó que el tratamiento tutelar hubiese fracasado en su totalidad.

Es de toda evidencia, pues, que en modo alguno el a quo pudo válidamente descalificar las distintas cuestiones que había tenido en cuenta el tribunal interviniente —a fin de aplicar, conforme el espíritu que guía la previsión de la escala de la tentativa y en consonancia con los principios aquí expuestos, la reducción del marco punitivo— si debiendo hacer mérito del tratamiento tutelar, sólo lo hizo desde el “resultado” de haber cometido presuntamente un nuevo delito y abstrayéndose de los caracteres necesarios para imponer una pena dentro del régimen especial aplicable.

En definitiva, aun cuando hubiese correspondido la imposición de una pena, el a quo debió valorar en un “ejercicio de adaptación”, el buen comportamiento que el joven observó intramuros y, entre otras pautas, las positivas actividades que realizó estando privado de su libertad. Máxime cuando la exigencia de que la decisión del tribunal de juicio —el que, por otra parte, sí tomó en consideración la interacción del joven— sea controlada en su discrecionalidad, responde a la finalidad de “restringir cualquier abuso y salvaguardar los derechos del joven delincuente” (confr. Comentarios a las reglas de Beijing 6.1, 6.2 y 6.3).

19) Que así también, se efectuó una nueva doble valoración de aquel mismo “dato objetivo” —que en términos del a quo “no p(odía) ser desdeñado en el juicio de peligrosidad”— por cuanto una cosa es considerar dicho dato susceptible de valoración a los fines tutelares para que el nombrado no resultara favorecido por la ausencia de toda sanción y otra muy distinta es sostener que puede constituir también el fundamento para aplicarle una sanción de suma gravedad como es la de prisión perpetua.

Como es sabido, la prohibición de doble valoración —que tiene incluso vinculación directa con la garantía del *ne bis in idem*— constituye un requisito de coherencia interna de la sentencia, que en modo alguno puede predicarse del decisorio impugnado, toda vez que —como se dijo— el mismo extremo que influyó en la necesidad de pena, fue considerado nuevamente para aplicar la escala del delito consumado.

Por lo demás, si esa misma circunstancia fue tenida en cuenta para determinar el marco aplicable, aquélla no puede volver a considerarse al momento de fijar la pena. En este caso, si bien la pena es absoluta, corresponde atender a otros factores que por imperio constitucional deben ser valorados en cuanto a la interpretación que cabe otorgar al art. 41 del Código Penal y, con más exactitud, a las pautas que al respecto señala el art. 4º de la ley 22.278, a la luz del principio de culpabilidad.

20) Que tratándose de una pena absoluta que excepcionalmente nuestro ordenamiento jurídico prevé y que, como tal, no puede ser mensurada, es claro que —amén de las objeciones de índole constitucional que podrían formularse de aplicarse aquélla a un adulto— es aún más evidente que no basta respecto de un niño con encuadrar el hecho en la figura del homicidio agravado, pues por aquella sola subsunción se suprime cualquier ajuste que debiera producirse. Antes bien, deben meritarse otros factores que permiten graduar la culpabilidad para decidir la necesidad y la medida de pena aplicable.

De modo que, aun cuando se haga a un lado lo relativo al alcance otorgado al término “peligrosidad” previsto en el art. 41 del Código Penal que, por cierto, no puede conducir a valorar —tal como lo hizo el a quo— un proceso en trámite paralelo sin un menoscabo serio al estado de inocencia, deben ser claras las razones que llevan al juzgador a la individualización de pena en concreto.

Por lo demás, y como se adelantó, nada empece a que consideraciones ajenas al hecho y a su reprochabilidad —como ser la sola edad del autor— puedan tomarse en cuenta (conf. ley 22.278 y art. 41 del Código Penal) para disminuir el grado de pena a imponer; como es sabido, ningún principio constitucional veda al Estado autolimitar su intervención coactiva.

21) Que, por otra parte, cabe recordar que los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil —en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño—, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena —adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior— que resulte necesaria imponer.

22) Que el poder punitivo no se manifiesta únicamente mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que ésta es ejecutada. De tal modo, no puede dejar de considerarse, en el marco del sistema penal juvenil, la existencia de condiciones carcelarias adecuadas.

A este respecto, resulta ilustrativo señalar que de las aproximadamente 10.000 personas que se encuentran privadas de libertad dentro del Sistema Penitenciario Federal, 800 son incorporadas al período de prueba, y de éstas, apenas 400 acceden al régimen de salidas transitorias. Estas cifras se mantienen relativamente estables y porcentualmente se repiten, en los sistemas provinciales (confr. estadísticas de la población penal elaboradas como síntesis semanal al 25/11/05 por la División Actuaciones Judiciales de la Dirección Nacional del Régimen Correccional dependiente del SPF; en sentido similar, Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena). Los datos indicados denotan, pues, una grosera contradicción con el régimen de progresividad legalmente previsto.

Sobre esta cuestión particular, es útil recordar que las Reglas de Beijing señalan la necesidad de una frecuente y pronta concesión de la libertad condicional, incluso a quienes “se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario” (confr. comentarios que acompañan al texto de la regla 28).

23) Que resulta necesario reafirmar el grado sumo de prudencia con que debe interpretarse la normativa en juego, lo que implica también no desconocer los efectos de la decisión.

Ello así, por cuanto las características contradictorias del derecho penal contemporáneo parecen conducir no sólo a un incremento considerable de la punitividad, sino también a que determinadas prácticas judiciales echen por tierra los programas que los estados pretenden sostener en esta materia y que no tienen sino por centro el reconocimiento del individuo en su total dimensión.

En efecto, en ningún otro país de la región se han verificado -según la información disponible- sentencias de perpetuidad a personas menores de 18 años de edad al momento de la comisión de los delitos (confr. Prólogo de la publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal: "Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina 1997-2003", bajo la coordinación editorial de UNICEF, Buenos Aires, 2003, pág. 12).

Por último, resulta insoslayable considerar que el Estado puede exigirle determinada respuesta a la persona que cometió un delito siendo menor de 18 años de edad —en tanto individuo responsable y de autonomía ética—, aunque, claro está, sólo en cuanto se ha garantizado sus derechos en condiciones necesarias —materiales y espirituales suficientes— para que aquella persona pueda brindar la respuesta exigida (confr. Bustos Ramírez, *op. cit.*, pág. 68), lo que, en su caso, también permitiría reducir el cuántum máximo de responsabilidad.

24) Que en otro orden de ideas, frente al agravio relativo a la prescindencia del conocimiento personal que prevé la ley 22.278 en su art. 4º, cabe observar que la exigencia de una audiencia a efectos de individualización de la pena ha sido considerada, en términos generales "en caso de condena", mientras que "el examen visual del acusado no es impuesto a los jueces revisores, sino totalmente facultativo" (Fallos: 310:2721, voto del juez Fayt, con cita del precedente "Pagano, Juan José s/ hurto", del 13 de marzo de 1986). Sin perjuicio de ello y de que, en principio, se trata de cuestiones de derecho común (confr. Fallos: 293:218; entre otros), las particularidades que presenta el régimen en estudio, imponen considerar que la garantía mínima del debido proceso legal que rige en materia de jóvenes en conflicto con la ley penal y que pretende, desde el punto de vista procesal, el establecimiento de un sistema oral y contradictorio —no solamente al inicio sino a lo largo de todo el proceso— exige que se asegure la audiencia a la que alude el citado art. 4º, como instancia previa, a fin de adoptar alguna de las hipótesis reguladas en dicho apartado —que puede no ser una condena— y, en su caso, la fundada determinación de pena.

La solución, pues, que mejor armoniza la legislación aplicable con las finalidades y objetivos precedentemente reseñados —de conformidad también con los arts. 12 y 40. 2b.III de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, entre otros, con el art. 14, párrafos 1 y 2 de las Reglas de Beijing— y que asegura, por lo demás, que no se desnaturalice el fin con el que ha sido concebida la previsión en cuestión, obliga a que se celebre dicha audiencia también por parte del órgano revisor.

25) Que, como puede concluirse, el a quo no sólo incumplió con el ya mencionado recaudo de intermediación que prevé el art. 4º de la ley 22.278, sino que además, su sentencia —por la que se condenó a la pena de prisión perpetua al joven Maldonado— no resulta derivación razonada del derecho vigente.

Ello así, pues, por un lado, realiza una interpretación simplificadora que conculca los diversos principios constitucionales *ut supra* descriptos. A su vez, valora la misma circunstancia doblemente y en distintos momentos de examen, sin considerar siquiera las diversas pautas a las que debía atender y las que integran, innegablemente, la constitución del complejo “resultado” del transcurrir tutelar al que alude el art. 4° de la ley 22.278. Por el otro, resulta carente de toda fundamentación en cuanto a la determinación de la pena aplicable, toda vez que en modo alguno el a quo pudo válidamente sustentar la severidad de una sanción que no se advierte razonable, al descalificar —producto del pretendido reforzamiento de la identidad de un único dato— la opción que, como regla, establece la reducción de la escala punitiva.

26) Que, por las razones expuestas, corresponde revocar la decisión apelada, no sin antes señalar que la gravedad de los hechos que configuran el objeto de este proceso no puede constituir el fundamento para desvirtuar los principios que necesariamente deben ser considerados a la hora de imponer legítimamente una pena a quien haya cometido un delito antes de los 18 años de edad, ni para atenuar las exigencias en materia de motivación de decisiones judiciales.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada y agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase a fin de que, oportunamente, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.— CARLOS S. FAYT.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Visto: El recurso de hecho interpuesto por la defensa de Daniel Enrique Maldonado; Y considerando que:

1°) El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal dispuso, con fecha 5 de mayo de 2000 y luego de substanciado el debate oral respectivo, declarar a Daniel Enrique Maldonado coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado *criminis causae*, hecho cometido por el nombrado cuando contaba dieciséis años y diez meses de edad. A su vez, e invocando el art. 4° de la ley 22.278, dispuso suspender el trámite del proceso con relación a Maldonado hasta el primer día hábil de noviembre de 2001 (v. fs. 2/3 vta. del presente expediente de queja).

El hecho que motivó tal atribución de responsabilidad fue fijado por el Tribunal Oral en los siguientes términos: “ha quedado fehacientemente acreditado que el día 28 de febrero del año 1998, alrededor de las 21.40 horas, el joven Daniel Enrique Maldonado, acompañado por al menos tres sujetos no individualizados y mediante el empleo de un arma de fuego calibre 32 largo que portaba el primero, ingresaron con fines de sustracción al comercio ubicado en la calle Treinta y Tres Orientales nro. 2208 de esta Ciudad y desapoderaron mediante intimidación a Mauricio Aramayo de una caja registradora electrónica fiscal (...)”.

“Para lograr su cometido, una vez en el interior del local aludido, el menor Maldonado apuntó con el arma ya descripta a Mauricio Aramayo —quien se hallaba arrodillado en la cámara frigorífica del local guardando la mercadería para el día siguiente— y le indicó que se quedara en el suelo, haciéndose uno de ellos de la caja registradora, para posteriormente fugar todos del lugar”.

“Inmediatamente tomó conocimiento de lo ocurrido Víctor Walter Aramayo —quien se hallaba en el patio contiguo al comercio— e inició la persecución de los cacos, oportunidad en

la que el joven Maldonado a efectos de lograr su impunidad disparó un arma de fuego de puño tipo revólver del calibre 32, que impactó en el tórax de Aramayo, produciéndole una hemorragia interna y la muerte”.

“Inmediatamente después, Maldonado y sus acompañantes en poder de la caja registradora, ascendieron al rodado particular marca ‘Ford Taunus’, dominio C 773.982, color ‘bordeaux’ con techo vinílico negro, conducido por Juan Carlos Ruiz, quien los trasladó hasta el barrio de emergencia denominado Presidente Illia de esta Ciudad” (v. fs. 4/4 vta.).

Al tiempo de declarar la responsabilidad de Maldonado, quien se encontraba sometido a tratamiento tutelar, el tribunal difirió para un momento ulterior el análisis sobre la conveniencia o no de imponerle una sanción, y en su caso, el monto y modo de ejecución de ésta (v. fs. 13).

El tratamiento tutelar al que se hace referencia en el párrafo anterior tuvo lugar entre marzo de 1998 y el 7 de febrero de 2002 (v. expediente tutelar que corre por cuerda con el presente expediente). En esta última fecha, mientras se encontraba en uso de una licencia concedida por la juez de menores, Maldonado fue detenido por la imputación de nuevos hechos ilícitos (v. fs. 456 del expediente tutelar de referencia).

2º) El 18 de abril de 2002, se corrió vista a las partes para que opinasen si resultaba necesaria o no la imposición de pena a Maldonado por el robo y homicidio calificado de Víctor Walter Aramayo.

En primer término, se expidió la Defensora Pública de Menores e Incapaces (v. fs. 15/16 vta. del expediente de queja), y señaló que la conducta del nombrado a lo largo de todo su tratamiento tutelar intramuros, conforme consta en los informes de evolución, había sido apropiada, circunstancia que había sido tenida en cuenta por las autoridades administrativas y judiciales para ir otorgándole al imputado sucesivos permisos de salidas y licencias.

No obstante lo antes apuntado, la Defensora afirmó seguidamente: “Ahora bien, no cabe duda que lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el Tribunal, al responsabilizarlo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, Maldonado vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no sólo su propia vida sino también la de terceros” (...). “Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso Maldonado, (...) entiendo que deviene inevitable sancionar(lo), sin perjuicio del cual, en virtud de los logros reseñados mas arriba, del buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumando a que la nueva causa que registra aún está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, considero aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4º de la ley 22.278” (fs. 16/16 vta.).

Dictaminó, a continuación, el Sr. Fiscal General ante los Tribunales Orales de Menores (v. fs. 17/20 de los presentes obrados).

Para fundar su posición, tuvo en especial consideración los resultados del tratamiento y el nuevo hecho por el que estaba siendo sometido a proceso Maldonado, indicando al respecto que “más de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que el mismo superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege. Ha resultado en vano el gran esfuerzo puesto de manifiesto por los profesionales que intervinieron en el caso, demostrando que su desprecio por la vida ajena es tal vez el pilar de su propia vida”.

“Es evidente a esta altura que el tratamiento tutelar ha sido un perfecto fracaso” (fs. 18; destacado contenido en el original).

A su vez, el fiscal tuvo en cuenta la gravedad del hecho y concluyó que correspondía aplicarle la escala correspondiente al delito consumado, es decir, prisión perpetua.

De seguido, se expidió la Sra. Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales de Menores (fs. 21/23), quien se opuso a la solicitud de prisión perpetua del fiscal.

Según ella, semejante sanción implicaba la imposición de una pena cruel, inhumana y degradante, vedada por las convenciones internacionales con rango constitucional; hizo referencia al art. 37 “a” y “b” de la Convención sobre los Derechos del Niño cuya consecuencia era la de tornar obligatoria la utilización de la escala del delito tentado, pese a que el art. 4° de la ley 22.278 lo prevé como facultativo.

3°) El 5 de noviembre de 2002, el Tribunal Oral de Menores N° 2 condenó a Daniel Enrique Maldonado a la pena de catorce años de prisión por los delitos de robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado *criminis causae* (v. fs. 24/28 de los presentes obrados).

Al fundar el fallo, los jueces tuvieron en cuenta la imputación de nuevos delitos de acción pública. En razón de tales consideraciones, en el voto en que se fundó la decisión del tribunal se indicó: “Por todo lo expuesto, ante el ‘no esperado’ fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada, defraudando la confianza del Tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado *la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos*, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolución de pena prevista en el art. 4to. *in fine* de la ley 22.278” (fs. 26 vta.; destacados contenidos en el original).

Por otra parte, para sustentar por qué se optaba por la imposición de una pena conforme la escala de la tentativa, afirmó el tribunal: “teniendo en consideración que los ilícitos comprendidos en esta causa fueron cometidos por el joven siendo menor de edad para la ley penal, como el buen comportamiento que observó y todas las positivas actividades que realizó hallándose privado de su libertad en el Instituto de Menores ‘Dr. Luis Agote’, considero justo aplicar en su favor el restante beneficio contenido en la ley penal juvenil, cual es la reducción de la pena” (fs. 27).

4°) Dicha decisión fue recurrida ante la Cámara Nacional de Casación Penal sólo por el Fiscal General (v. fs. 29/41), quien fundó su impugnación en la errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto, según su opinión, en el caso correspondía la aplicación de prisión perpetua. Señaló que los jueces habían aplicado “el beneficio de la reducción de pena independientemente del resultado real obtenido en el inculpado con las medidas cautelares” (v. fs. 39 vta./40). Hizo hincapié, además, en la peligrosidad evidenciada por Maldonado tanto en el hecho objeto de condena como en el que había dado inicio al nuevo proceso en su contra (v. fs. 36 vta.).

5°) El recurso de casación fue rechazado por el tribunal oral, lo que motivó la deducción del respectivo recurso de hecho (fs. 42/43 y 44/57 vta.), que, a su vez, fue admitido por la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 58/59).

6°) Durante la substanciación del remedio casatorio, se presentó la defensora oficial interina ante esos estrados (fs. 60/64), quien señaló que de una correcta interpretación del art. 4°

de la ley 22.278 surgía que el resultado del tratamiento es un extremo que debe ser tenido en cuenta al momento de decidir si corresponde aplicar una sanción o si, por el contrario, resulta procedente la absolucón, siendo que ello nada tiene que ver con la reduccón o no de la pena. En tal orden de ideas, entendió que los magistrados habían realizado una correcta interpretacón y aplicacón de la norma en cuestión.

En cuanto a la valoracón del nuevo proceso que, en ese momento, pesaba contra Maldonado, la señora Defensora remarcó que el tribunal oral sí lo había tenido en cuenta, aunque de un modo que ella entendía válido. Expresó, en tal sentido: “Entiendo que una cosa es considerar dicho antecedente como un reflejo de la proclividad de mi pupilo a exponerse a situaciones de riesgo y otra muy distinta es sostener como lo hace el Fiscal que el mismo pueda constituir el fundamento para aplicarle una sanción de suma gravedad como es la prisón perpetua cuando de así hacerlo se estaría violando el principio ínsito en el art. 18 de nuestra Carta Magna” (v. fs. 63 vta.).

Hizo, asimismo, reserva del caso federal por entender que la imposición de prisón perpetua por un hecho cometido durante la minoría de edad “contraviene abiertamente las previsiones del art. 37, incs. “a” y “b” de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño —instrumento dotado de jerarquía constitucional—, aplicable al caso, ya que, a la fecha de produccón de los hechos materia de enjuiciamiento, Maldonado era un niño conforme los términos del art. 1 de la citada Convención” (fs. 64 vta.).

Se pronunció también en esa instancia el Sr. Fiscal ante la Cámara de Casación (fs. 65/69), quien afirmó que no correspondía aplicar el “beneficio” (así lo denominó él) de la escala penal reducida, teniendo en cuenta en tal sentido la gravedad del hecho y el fracaso del tratamiento tutelar.

7°) La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió hacer lugar al recurso, casar la sentencia e imponer a Maldonado la pena de prisón perpetua (copia de la sentencia agregada a fs. 71/79 vta.).

Para así decidir, los integrantes del tribunal a quo señalaron, en primer término, que una vez que se adopta la decisón de aplicar una sanción penal a quien cometió un delito siendo menor de edad, debe mensurarse la pena de acuerdo a las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del Código Penal. A partir de tal premisa, procedieron a analizar si el tribunal oral había escogido la pena a aplicar de un modo razonable.

En el sentido antes apuntado, recordaron los jueces que el tribunal oral había tenido en cuenta dos pautas para inclinarse por la aplicacón de la escala atenuada: la primera de ellas se refería a que Maldonado había cometido el hecho siendo menor de edad y la segunda al buen comportamiento que el nombrado había demostrado en su tratamiento intramuros. Con respecto a la primera pauta, el a quo la reputó de irrelevante a los efectos de decidir sobre la disminucón de pena, en tanto la minoría de edad “no es sino uno de los requisitos para la reduccón, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apuntele lo decidido” (fs. 78). Respecto de la valoracón del comportamiento en el instituto de menores efectuada por el tribunal oral, concluyeron los integrantes de la Sala I que resultaba contradictoria, en tanto “esa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocializacón o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por Maldonado al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo —como el propio tribunal de instancia anterior lo reconoció— ese tratamiento

fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio” (ídem).

Tales consideraciones sirvieron de base al a quo para concluir que la imposición de una pena de acuerdo con la escala reducida de la tentativa no derivaba racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo, conclusión que, en opinión de los jueces de casación, se tornaba aún más evidente si se tenía en cuenta que tanto del hecho motivo de condena como del atribuido posteriormente surgía que Maldonado exhibía un manifiesto desprecio por la vida (v. fs. 78 vta.).

8º) Contra dicha sentencia, la Defensora Oficial dedujo recurso extraordinario (v. copia del recurso agregada a fs. 80/93 del presente expediente de queja), en el que expuso los siguientes agravios: -”Violación al art. 37, inc. ”a” de la Convención sobre los Derechos del Niño en función de los arts. 5 inc. 2º, 5º y 6º, 7 inc. 2º y 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos” (v. fs. 86 vta./92).

Bajo este título, la defensa indicó que la condena había sido dictada conforme un criterio restrictivo en cuanto a la aplicación del régimen penal juvenil, previsto por la ley 22.278, y, más específicamente, su artículo 4º. Afirmó la recurrente: “si se hubiese reconocido la primacía de la Convención de los Derechos del Niño sobre la legislación interna, en virtud del art. 37 inc. b de dicho tratado, que prescribe que la pena de prisión —se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el período más breve que proceda—, la reducción de la pena prevista por el art. 4º de la ley 22.278 se convierte en un mandato constitucional y no en una facultad discrecional del juez” (fs. 86).

Indicó también que no resultaba suficiente para fundar la imposición de prisión perpetua la invocación del art. 37, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que admite la aplicación de la pena referida siempre y cuando exista la posibilidad de excarcelación, en tanto ello implica efectuar, tal como lo había hecho la Cámara de Casación, una equiparación entre el referido instituto procesal y la libertad condicional que no resultaría posible desde la óptica constitucional. Ello, toda vez que, en lo atinente a la libertad condicional, los plazos previstos en el artículo 13 del Código Penal impedirían la concesión del beneficio de modo anticipado en caso de una evolución marcadamente favorable.

También bajo este acápite, sostuvo la impugnante que la sanción impuesta a Maldonado resultaba desproporcionada, en tanto no se habían tenido en cuenta ni la evolución favorable del tratamiento tutelar ni la condición de menor que el inculpado detentaba al momento del hecho. Afirmó, además, respecto de este tópico: “Ahora bien, si analizamos el decisorio a la luz de la magnitud de los ilícitos investigados o el interés de las víctimas, podría, en caso de un condenado adulto, aceptarse su razonabilidad. Pero, si la estudiamos desde la óptica cristalizada por los férreos paradigmas establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño —en particular el “interés superior del niño”—, derecho vigente en la República Argentina, conforme lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se llega a la conclusión que la sanción es inconstitucional” (fs. 89/89 vta., énfasis añadido).

- “Arbitrariedad en la imposición de la pena a perpetuidad” (fs. 92/92 vta.)

En este punto, la recurrente señaló dos cuestionamientos. El primero de ellos se refiere a que la Cámara de Casación, al fundar el fracaso del tratamiento tutelar al que había sido

sometido Maldonado, tuvo en cuenta que, en ocasión de la última licencia que le fuera concedida en el instituto de menores, el encartado fue detenido por la presunta comisión de un ilícito de similares características a aquel por el que se lo condenara en los presentes autos. Tal valoración, en opinión de la recurrente, afecta el principio de inocencia, en tanto, para fundar la imposición de la prisión perpetua, se tuvo en cuenta un proceso criminal en el que aún no había recaído sentencia firme.

No obstante tal aseveración, la impugnante afirmó, a párrafo seguido: “el proceso en trámite debió únicamente ser considerado en los términos expuestos por la asesora de menores, doctora Claudia López Reta (fs. 92/93 vta.) en punto a la necesidad de imponerle una pena que la técnica consideró que debía reducirse en los términos del art. 4° de la ley 22.278; criterio seguido por el Tribunal a quo para reducir la pena en la forma consignada” (v. fs. 92 vta. del expediente del recurso de hecho).

La restante crítica consignada dentro de este acápite estuvo referida a que el a quo modificó la pena impuesta sin haber tenido previamente una audiencia personal con el imputado.

9°) El remedio federal fue declarado inadmisibles por la Cámara de Casación y ello motivó a la defensa a deducir el respectivo recurso de hecho ante esta Corte (fs. 98/102).

10) Una vez arribados los autos a estos estrados, se corrió vista a la Procuración General de la Nación, que emitió el dictamen agregado a fs. 108/118 vta. El Procurador Fiscal interviniente, doctor Eduardo E. Casal, postuló que debía hacerse lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmar la decisión del a quo.

Al fundar su opinión, el representante del Ministerio Público afirmó la existencia de cuestión federal, en tanto, si bien el planteo estaba dirigido a revisar el monto de la pena impuesta, dicha impugnación había sido efectuada sobre la base de la interpretación de normas de rango constitucional, y la decisión había sido contraria al interés de la parte (v. fs. 109).

Respecto de los agravios deducidos, señaló, en primer término, que debía descartarse la posibilidad de que la imposición de prisión perpetua pudiese ser considerada como un acto cruel, inhumano o degradante, en tanto la propia Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, en su art. 1.1, última parte, indica que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En cuanto a los agravios referidos a la incompatibilidad entre la imposición de prisión perpetua y las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, indicó que “el régimen vigente en la República Argentina atiende a los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir dieciocho años, lo que va más allá del marco de aquella convención, bajo cuyo régimen podría pensarse incluso antes de esa edad” (fs. 111/111 vta.).

Afirmó, asimismo, que resultaba incorrecto pretender que la reducción facultativa de la pena conforme la escala prevista para la tentativa se haya convertido en obligatoria a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, resultando de especial relevancia el art. 37 “a” de

la misma, en cuanto señala que “no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad”, regla que, en opinión del señor Procurador Fiscal, resulta clara en cuanto a que lo único prohibido es la pena de muerte y la prisión perpetua sin posibilidad de liberación.

En relación con esto último, afirmó, además, que no debía interpretarse el concepto “excarcelación” en los términos de la legislación argentina (pues lo cierto era que un condenado por sentencia firme no puede ser “excarcelado”), sino atendiendo al sentido corriente que debe atribuírsele en los términos del tratado y conforme las pautas fijadas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. A su vez, hizo referencia a las versiones en inglés y francés de la Convención sobre los Derechos del Niño, que indican que lo que se exige es la posibilidad de liberación o salida, más allá del instituto por el que, en definitiva, pueda llegar a efectivizarse (así, el Procurador hace referencia a las expresiones “without possibility of release” y “sans possibilité de libération”, contenidas, respectivamente, en las referidas versiones de la Convención). Conforme tal orden de ideas, afirmó que tanto la libertad condicional como la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad garantizaban, en principio, tal posibilidad de salida anticipada.

En lo atinente al agravio vinculado al principio de inocencia, sostuvo que el tribunal oral también había tenido en cuenta el nuevo proceso seguido contra Maldonado para justificar el fracaso del régimen tutelar y la imposición de la pena de catorce años de prisión, y esa decisión había sido consentida por la defensa.

Finalmente, el señor Procurador Fiscal expuso sintéticamente sus conclusiones: “a) la pena de prisión perpetua a menores no constituye una tortura ni un trato cruel, inhumano o degradante; b) esa sanción no se opone al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia; c) la libertad anticipada que regula el artículo 13 del Código Penal cumple con el requisito de ‘posibilidad de excarcelación’ que exige el art. 37, inc. a, de la citada convención; d) el régimen penal de menores establecido por la ley 22.278, también se ajusta a los criterios de ese instrumento internacional; e) la reducción de la pena que autoriza el art. 4° de esa ley, continúa siendo una facultad conferida a los jueces de la causa” (fs. 118/118 vta.).

11) Adentrándonos en la presentación directa traída a estudio de esta Corte, y en lo atinente a su admisibilidad formal, corresponde afirmar, de modo coincidente con el señor Procurador Fiscal, que existe en el caso cuestión federal toda vez que la defensa ha impugnado la imposición de prisión perpetua a su asistido, con base en normas de rango constitucional contenidas en diversos instrumentos internacionales (especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño), y la decisión ha sido contraria al interés de la recurrente (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

12) En lo que sigue, aún a riesgo de incurrir en algunas reiteraciones, examinaré las posiciones asumidas por las partes en función de su relevancia para el punto constitucional que se debate en esta causa. Ello permitirá circunscribir con precisión el alcance de la decisión que propondré.

13) El art. 4° de la ley 22.278 (Régimen penal de la minoridad) establece que cuando un “menor punible” ha sido declarado responsable por la comisión de un delito, corresponde someterlo, por un período no inferior a un año, a un tratamiento tutelar. Una vez cumplido este último y siempre que hubiese superado los dieciocho años, el tribunal determinará si es

“necesario aplicarle una sanción”, en cuyo caso podrá “reducirla en la forma prevista para la tentativa”.

Como se ha reseñado (considerando 2°, *supra*), la defensa manifestó su opinión favorable a la imposición de pena, pues Maldonado no se había mostrado apto para su reinserción social, pero con una reducción de la sanción en los términos del art. 4° de la ley 22.278, en atención a los progresos que el nombrado sí había tenido en su vida “dentro de un ámbito institucional”. Por su lado, el fiscal coincidió con la necesidad de aplicar una pena a Maldonado, pero sin reducción alguna, pues entendió que el “perdón de pena”, o la escala de la tentativa son beneficios que la ley otorga en favor de aquellos menores responsables de delitos que han demostrado “verdadero arrepentimiento y el verdadero progreso en el tratamiento tutelar”. Por ende, al no merecer Maldonado ningún beneficio, concluyó que correspondía aplicarle prisión perpetua con que el art. 80.7 del Código Penal castiga el delito de homicidio calificado *criminis causae*.

Hasta aquí, la divergencia entre las partes consistía en los méritos de Maldonado para acceder a una pena más leve que el máximo: la defensa aceptaba que los tenía, el fiscal no.

Sin embargo, en una intervención posterior (considerando 2°, último párrafo, *supra*), la defensa salió de este esquema y directamente planteó que Maldonado tenía un derecho, constitucionalmente garantizado, a ser penado conforme a la pena más leve que surge del art. 4° de la ley 22.278, es decir, la que remite al mínimo de la escala aplicable para la tentativa. Dicho de otro modo, para la defensa, había razones constitucionales que hacían imperativa la aplicación del mínimo legal.

Al decidir, como se vio, el Tribunal Oral escogió un camino intermedio. Primero, explicó por qué correspondía aplicar una pena y no otorgar una absolución (a la que denominó el primero de los beneficios que otorga la ley 22.278).

Sin embargo, se apartó de la prisión perpetua solicitada por el fiscal y utilizó la escala de diez a quince años de prisión, prevista en el art. 44, tercer párrafo del Código Penal para el delito tentado (posibilidad a la que llamó el segundo de los beneficios posibles, según el art. 4° de la ley 22.278).

Como se desprende de la reseña anterior (considerando 3°), el Tribunal Oral no se consideró obligado a imponer prisión perpetua, pero tampoco aceptó que se encontrase constitucionalmente limitado a aplicar el mínimo posible. De todas maneras, la sentencia del Tribunal Oral se mantiene dentro del esquema según el cual la escala penal alternativa a la prisión perpetua funciona como un beneficio cuya procedencia en este caso ha sido demostrada por la defensa de Maldonado, sobre la base de su meritorio comportamiento dentro del instituto de menores.

Si bien la sentencia se había apartado de sendas posiciones extremas sostenidas por las partes, sólo fue recurrida por el fiscal. Como fundamento de la impugnación, éste atribuyó al Tribunal Oral el ejercicio de una discrecionalidad con la que no contaba, pues, al haber admitido el fracaso del tratamiento tutelar, se encontraba obligado a imponer la pena prevista para el delito consumado, sin aplicar reducción alguna.

Ante la Cámara de Casación el debate entre las partes ya no consistió sólo en los diferentes merecimientos de Maldonado, sino que tanto la acusación como la defensa reprodujeron sus posiciones. La defensa, si bien respaldó la sentencia del Tribunal Oral, insistió en que la

imposición de perpetua viola la Convención sobre los Derechos del Niño. El fiscal, por su lado, encontró contradictoria la sentencia (si el tratamiento había fracasado, no podía computarse como atenuante el progreso dentro del instituto) y carente de razón suficiente (el único fundamento restante, la minoría de edad al momento del hecho, no impide por sí solo, imponer prisión perpetua).

La Cámara de Casación aceptó la posición del fiscal y sus argumentos. Expresó que la elección de la escala penal más leve se fundó en dos aspectos, a saber, la menor edad de Maldonado al momento de los hechos y el buen comportamiento en el Instituto Agote, así como las actividades positivas que llevó a cabo estando allí. Vale la pena reiterar las expresiones ya reseñadas y que utilizara la Cámara de Casación para hacerse cargo de ambos argumentos. Dijo: “El primero de tales fundamentos carece de relevancia para discernir la disminución de pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apuntale lo decidido”.

Es decir, que, como la minoría de edad de Maldonado es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la aplicación de la escala atenuada, carece de relevancia para justificar esta decisión. Si el término “relevancia” ha sido utilizado con su significado lexicográfico, el razonamiento tiene, evidentemente, problemas lógicos. Pero lo que me interesa ahora resaltar es que la Cámara de Casación despejó el campo en que se movería su decisión sobre la pena a aplicar restando relevancia a la minoría de edad de Maldonado al cometer los hechos.

En cuanto al segundo fundamento, el buen comportamiento de Maldonado dentro del instituto, la Cámara de Casación expresó que “se muestra contradictorio con el sentido de lo resuelto. En efecto, esa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por Maldonado al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo —como el propio tribunal de la instancia anterior lo reconoció— ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquella y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio”.

Acto seguido, la Cámara de Casación concluyó que la aplicación de la escala más leve no se derivaba “racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo.”

Luego, introdujo una descripción de la violencia puesta de manifiesto por Maldonado al cometer el hecho de la causa y otros posteriores, para concluir que correspondía imponer prisión perpetua.

14) Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima.

Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa exactamente inversa: es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento

del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve.

La posición asumida por la Cámara de Casación, supone que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado la referida Convención, la aplicación de alternativas penales más leves a la pena perpetua a quien contaba menos de dieciocho años al cometer el delito es un beneficio excepcional o premio por la buena conducta posterior, cuya procedencia debe demostrarse por quien la pretende.

Como lo he adelantado, este método se aparta del procedimiento que, de acuerdo con la Constitución, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, debe seguirse para discernir una pena de prisión perpetua a una persona por hechos cometidos en su minoría de edad. De todas maneras, ello es así con los alcances que desarrollaré a continuación.

15) Debo señalar preliminarmente que más allá de los propósitos que inspiran la posición sostenida por la defensa en su recurso extraordinario, las normas constitucionales que la parte invoca para sustentar su posición no permiten llegar a la conclusión de que es siempre y necesariamente inconstitucional la aplicación de prisión perpetua a una persona por la comisión de un homicidio calificado cuando contaba dieciséis años de edad.

En efecto, ni el art. 37, incs. “a” y “b” de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las demás reglas convencionales con rango constitucional invocadas por la defensa permiten atribuir a la voluntad del constituyente el sentido de prohibir lisa y llanamente la aplicación de la pena a tales personas, siempre y cuando puedan contar con la posibilidad de obtener una libertad anticipada —“excarcelación”, en los términos del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño—.

16) En lo atinente al art. 37 “a” de la Convención citada, corresponde afirmar que éste otorga el derecho a toda persona condenada a prisión perpetua por delitos cometidos en su minoría de edad a requerir que se examine, en la etapa de ejecución, la conveniencia de continuar la misma modalidad de cumplimiento o disponerse un régimen de libertad. No es este derecho, que la Convención sí otorga, el que está en discusión a esta altura del proceso, sino el alegado derecho de Maldonado a verse excluido de la pena de prisión perpetua.

17) Respecto del argumento sustentado en el art. 37 “b” de la Convención, debe indicarse que tampoco es inconstitucional la imposición de prisión perpetua porque fuera “posible” una pena menos prolongada. La obligatoriedad de la pena más leve “posible” fue considerada y descartada como estándar al discutirse el citado artículo; así fue que, a propuesta de los observadores de Canadá, se aceptó que las privaciones de la libertad debían aplicarse por el período más breve “que proceda” (Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de convención sobre los derechos del niño, Presidente-Relator Sr. Adam Lopatka —Polonia— E/CN.4/1989/48, páginas 101 a 104) La diferencia es a mi entender sustancial, pues cuando la ley ofrece alternativas más y menos breves, la determinación de cuál de ellas es la “más breve que proceda” corresponde a los jueces al momento de aplicarlas, de acuerdo con la gravedad del hecho. De este modo, aunque una privación de libertad más leve sea de hecho “posible”, puede no ser “procedente”, es decir, conforme a derecho.

Esta interpretación me parece que es la más leal al texto que finalmente se acordó. Además, una lectura diferente, como la postulada por la Defensora, implicaría que el texto se anulase a sí mismo: si siempre fuese obligatorio poner la pena más baja prevista en la escala penal, la escala misma perdería sentido y las penas previstas para los menores deberían ser

siempre fijas o únicas; si fuese así, no tendría sentido una regla que obligue a aplicar la pena más breve.

18) Por lo tanto, el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño.

19) Ahora bien, la Convención sobre la cual la defensa ha fundado el derecho de su asistido a no ser penado con prisión perpetua contiene no sólo directivas para la actividad legislativa de los Estados partes, sino también otras que están destinadas a los órganos encargados de aplicar la ley, en particular, a los jueces.

La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (art. 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas.

Además, las medidas que se adopten, incluso las pensadas para el bienestar de los niños o niñas que han sido encontradas culpables de delitos, deben guardar proporción con la infracción (art. 40.4, *in fine*). En tales condiciones el derecho interno no sólo debe prever alternativas o escalas que hagan posible ese juicio de proporcionalidad, sino que cuanto más se acerque la sanción al máximo legalmente posible, de mayor peso han de ser las razones, vinculadas con la gravedad del delito, para justificarla.

Debe tenerse en cuenta que, en un delito como el presente, el art. 4° de la ley 22.278 prevé, en principio, como retribución bastante de la culpabilidad del autor menor de edad una pena que se ubique entre los diez y los quince años (art. 44, tercer párrafo del Código Penal). A su vez, la alternativa a esta escala es una pena indivisible o fija: prisión perpetua. Ello, sumado a lo antes dicho, lleva a que el punto de partida deba ser la escala más leve, pues lo contrario, partir de que la pena que corresponde como regla es la prisión perpetua, implicaría que la aplicación del máximo posible de prisión dentro del derecho penal argentino puede caberle a una persona protegida por la Convención por defecto, es decir, por el sólo hecho de que no ha demostrado ser acreedora al premio o beneficio de una reducción. Esta aplicación por defecto del máximo posible no cumpliría con la exigencia de evaluar la proporcionalidad de la pena en relación con la infracción cometida por el menor, tal como lo ordena la cláusula prevista en el artículo 40.4 de la Convención.

Por otro lado, el pasaje del máximo de la escala —quince años— a la pena fija —perpetua— no puede justificarse sólo en el comportamiento posterior del acusado (p.e. fracaso del tratamiento tutelar), pues ello implicaría, necesariamente, una sanción sin culpabilidad.

En este contexto, y habida cuenta de la distribución de las cargas procesales propia de las causas penales, la aplicación del máximo de la especie de pena de que se trata (prisión perpetua) supone la demostración, por parte de la acusación que la pide y del tribunal que la aplica, de que la acción ilícita estuvo rodeada de características particulares de tal inusitada gravedad que ninguna de las penas alternativas —previstas para esa misma figura delictiva— serían suficiente retribución de la culpabilidad del agente (en el caso, por ejemplo, la pena de catorce años impuesta por el Tribunal Oral).

20) En síntesis, si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundamentamente la suficiencia de las alternativas más leves.

21) Con ello queda dicho que, cuando se trata de la pena de prisión perpetua, es la acusación, y, especialmente, el tribunal que la acoja, quien debe alegar y demostrar la insuficiencia de la escala de diez a quince años de prisión (arts. 4° de la ley 22.278 y 44, tercer párrafo del Código Penal) como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua.

Es, por ende inconstitucional, el camino inverso de exigir a la defensa la demostración del derecho a una “reducción”, bajo apercibimiento de aplicar prisión perpetua. Este segundo método, contrario a los lineamientos constitucionales vigentes, fue, sin embargo, el que, como he puesto de manifiesto, siguió la Cámara de Casación al revocar la pena de catorce años impuesta por el Tribunal Oral de Menores e imponer a Maldonado prisión perpetua.

22) Es tarea de esta Corte velar porque los tribunales argentinos cumplan con los estándares a los que está sometida la tarea judicial de acuerdo con los instrumentos internacionales aprobados por el país, de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la Responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos: 318:1269, Considerando 21 y su cita).

Por tal razón, entiendo que esta Corte debe reenviar la causa a la Cámara de Casación para que dicte un nuevo fallo de conformidad con lo expuesto en este voto.— Notifíquese.— CARMEN M. ARGIBAY.

Información Complementaria:

Suspensión de juicio a prueba - Recurso de casación - Sentencia arbitraria - Soluciones alternativas a la pena de prisión

En la causa “*R. M., J. L. s/ causa N° 3202*” (31/10/2006 -Fallos: 329:4770) la defensa de un menor de edad, acusado del delito de robo en poblado y en banda, solicitó la suspensión del juicio a prueba a favor de su defendido, siéndole denegada esa opción por el tribunal y la cámara. La Corte sostuvo que corresponde revocar la sentencia si en el recurso de casación la recurrente introdujo razonadamente planteos serios y oportunos en relación con la suspensión del juicio a prueba y su aplicabilidad a la situación especial de los menores de edad que el a quo omitió considerar, pese a que eran susceptibles de incidir en la decisión final a adoptarse. Ello es así en tanto es descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia que ignoró fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, careciendo por ello la sentencia de sustento suficiente.

Unificación de penas (art. 4º de la ley 22.278) - Cómputo - Prisión preventiva - Internación - Ley 24.390 - Igualdad de derechos - Menor de edad: derechos especiales

En la causa “*L., L. A. s/ causa N° 5400*” (18/12/2007 - Fallos: 330:5294) la Corte sostuvo por mayoría (52), que si una ley enumera taxativamente los casos excluidos de su alcance, y entre ellos no se encuentra la calidad de menor de edad del imputado, no existe razón suficiente para afirmar que no le son aplicables sus previsiones.

- Es premisa elemental,... que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos... En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

- No aplicar las prescripciones de la ley 24.390 a los menores de edad, además de constituir un trato desigual ante la ley entre adultos y menores, en perjuicio de estos últimos, contraviene la normativa contenida en los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

- En lo que respecta a la situación de privación de libertad, no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el “embuste de las etiquetas”.

Niños no punibles - Internación - Adopción de medidas - Revisión permanente - Niño sujeto pleno de derechos

García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 - 02/12/2008
- Fallos: 331:2691

 **Antecedentes:**

Una ONG solicitó se disponga la libertad progresiva de todos los menores de 16 años que se encontraran dispuestos judicialmente a la fecha del planteo efectuado y se articule con los organismos administrativos pertinentes con el fin de atender a la protección especial de los menores, y con aquellos que ingresen al sistema penal de allí en más —siendo menores de 16 años— se proceda conforme la nueva Ley de Niñas, Niños y Adolescentes. La Cámara de Ca-

(52) **N. de S.:** La Corte por mayoría hizo lugar al recurso de queja y dejó sin efecto la sentencia apelada. El juez Petracchi, remitió a su voto en la causa **D.598.XL. “D., N. F. s/ causa n° 5360” (18/12/2007)**. La jueza Argibay en disidencia declaró inadmisibile el planteo (art. 280 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

sación Penal declaró la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278 —Régimen Penal de la Minoridad— y exhortó al Poder Legislativo para que adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.601 —Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes—.

La Corte revocó la sentencia apelada y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. Señaló, en lo pertinente, que los jueces con competencia en las causas de niños no punibles, dicten las decisiones requeridas en salvaguarda de sus derechos. Asimismo requirió al Poder Legislativo adapte las normas a los estándares mínimos del derecho internacional, y al Poder Ejecutivo Nacional y local competente a implementar efectivamente las medidas que son de su resorte. El juez Petracchi por su voto, señaló la importancia del seguimiento de las medidas proteccionales y la actuación de oficio del juez en este sentido. En disidencia, la jueza Argibay declaró inadmisibile el recurso de queja conforme el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Niño sujeto de derecho pleno. Incompleto proceso natural de desarrollo de valores, principios y normas. Obligación de garantizar el desarrollo del niño. Protección especial. Garantías. Efectividad.**
- b) **Poder Judicial. Función. Sentencias.**
- c) **Valoración de la libertad. Interés superior del niño.**
- d) **Diseño políticas públicas.**
- e) **Atención del niño no punible. Organismos públicos.**
- f) **Inmediación del juez con su asistido. Conocimiento directo. Medidas. Revisión permanente. Internación.**

Estándar aplicado por la Corte:

- La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que el niño es un sujeto de derecho pleno, transita un inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5º y 14.2), a la evolución de su “madurez” (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño.

- La protección especial importa reconocer lo que todo niño es, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrati-

vas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4º). La Convención, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

- Siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad” (ídem, párr. 225). Mereció censura de la Corte Interamericana el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: “En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida” (Caso de los “Niños de la Calle”).

- Las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.

- La ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios, siendo urgente y necesario que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan —en un plazo razonable— las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

- Conciérne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en las que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños; en especial, debe-

rán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación, lo que implica cumplir con el art. 31, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- En relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, es función de los magistrados competentes en la materia, adoptar medidas especiales de protección en el interés superior del niño, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, y en el ejercicio de dicho rol les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

Al solo efecto de que V.E. pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada, mantengo el recurso de queja interpuesto.— Buenos Aires, 10 de abril de 2008.— ESTEBAN RIGHI.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2008.

Vistos los autos: **“Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”**, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los

términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez comprobada la edad del menor*— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió la decisión recurrida (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del *sub examine*.

3º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5º y 14.2), a la evolución de su “madurez” (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4º).

La Convención, en breve, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

4º) Que uno de los principios establecidos por la Convención se relaciona con el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (ídem). Cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considerar relevante, en cambio, el medio social en que vive.

Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas” ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”, que debe prever el Estado.

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso (Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”, sentencia del 2-9-2004, Serie C Nº 112, párr. 211). Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad” (ídem, párr. 225). Es pertinente también reproducir los términos en que la citada Corte ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: “En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad,’ a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida” (Caso de los “Niños de la Calle” [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala, sentencia del 19/11/1999, Serie C Nº 63, párr. 191).

5°) Que estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución.

La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 1º, párrafos segundo, tercero y cuarto.

El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”, abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la “situación irregular” y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9/10/2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12/10/2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8/6/2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56).

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

6°) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último,

en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866).

Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional).

No es asunto de desaprobado solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger.

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.

7º) Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes “debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho” (arts. 32 y 33).

Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afec-

tan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte.

9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquélla se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto.

10) Que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso “Ultima tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)” Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: 318:514).

En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

11) Que, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Es menester tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, des-

truyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 310:195; 320:2701; 321:2453; 324: 1481, entre otros). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 292:211; 297:142; 307:2053, 2070).

12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 3º, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces.

Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, “si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” (Observación General N° 10/2007, “Derechos del niños en la Justicia de menores”, del 25 de abril de 2007, párr. 31).

En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad.

13) Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Por ello, se hace lugar a la queja, y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacional y local, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos

los jueces competentes en la materia, a la Defensoría General y a la Procuración General de la Nación. Oportunamente, devuélvase.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez comprobada la edad del menor*— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11.30 hs., a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2°) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió el pronunciamiento apelado (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del sub examine.

3°) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evaluación de su “madurez” (art. 12), al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2), entendido este término “en su sentido más amplio, como concepto holístico” (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 párrafo 6 del artículo 44)*, 2003, CRC/GC/ 2003/5, p. 12, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeduación del Menor*” vs. *Paraguay*, sentencia del 2-9-2004, Serie C N° 112, p. 161). De ahí también que este tratado disponga que la educación deberá estar encaminada a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (art. 29.1.d). Es el descripto el “incuestionable dato óntico” señalado por el Tribunal en “Maldonado” (Fallos: 328:4343, 4381).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños (vgr.: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.5, 10.2.b y 3, 14.1 y 4, 23.4 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10.3 y 12.2.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 19, 5.5 y 4.5, entre otros; asimismo: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2 y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. VII). Por un lado, da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Análogas conclusiones, por lo pronto, pueden seguirse del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: los niños “al igual que los adultos, ‘poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos’”; pero, además de ello, tienen derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. El precepto, en consecuencia, debe entenderse como “un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial” (Caso “*Instituto...*”, cit., p. 147 y sus citas; asimismo: Caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18-9-2003, Serie C N° 100, p. 133. V. “Maldonado”, cit., p. 4379).

4°) Que, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar el paradigma al que se ciñó dicha protección especial. Fue cuestión, por lo pronto, de abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada “situación irregular” del niño, los marcos tutelares discrecionales, cuando no marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión. Fue cuestión, a su vez, de reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, de configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados debían dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin

(Convención, art. 4). La censura a la mentada “situación”, por cierto, ya ocupó la atención de esta Corte en el recordado precedente “Maldonado” (cit., esp. ps. 4376/4379), y también la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, asimismo, no dejó de observar que “este cambio conceptual” suele hacer “necesario un cambio de legislación en todos aquellos países partes del tratado [Convención sobre los Derechos del Niño], así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento en el niño de este nuevo carácter de sujeto de derecho” (*Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9-3-2001, cap. VII, párr. 11).

La Convención, en breve, tradujo una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general. “Implementar los derechos humanos de los niños no debe ser visto ni como un proceso caritativo, ni como el otorgamiento de favores a aquéllos” (Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 5*, cit., párr. 11).

5°) Que uno de los principios constitutivos del nuevo paradigma radica, esencialmente, en el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (idem). Cabe advertir, pues ilustra la impronta de la Convención, que el empleo de la palabra “reintegración”, según se sigue de los debates desarrollados durante la elaboración de aquella, obedeció al deliberado propósito de no reiterar el término “rehabilitación” usado en el art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, de esta forma, evitar el riesgo de que algunos Estados abusaran de la rehabilitación como una indeseable forma de control social. Además, la rehabilitación implicaba que la responsabilidad recaía sólo en el individuo, que podía ser apartado de la sociedad para su tratamiento, y ser liberado una vez rehabilitado. La noción de reintegración tiene un diferente punto de partida, al rechazar la asunción de que las dificultades que afronta un niño son necesariamente individuales, y considera el medio social de éste (Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1998, p. 173). Tal criterio, por lo demás, se ve reforzado en el sub examine a poco que se advierta que, a juicio de esta Corte, aun la pena de prisión ha de perseguir los fines “reintegradores sociales” consagrados en virtud del art. 75.22 de la Constitución Nacional (“*Verbitsky*”, Fallos 328:1146, 1185).

Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Ahora bien, si este lineamiento es aplicable a los niños que atraviesan la situación indicada, con cuanta mayor razón habrá de serlo a aquellos, también mentados en la norma, “de quienes se alegue que han infringido las leyes penales”, vale decir, a los que, no obstante esto último, en ningún caso podrían ser punidos, tal como ocurre según la ley 22.278, con los que no hubiesen cumplido 16 años. Es “presupuesto irrefutable” que los menores por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal “no pueden ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal” (Comité de los

Derechos del Niño, *Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*, 2007, CRC/C/GC/10, párr. 31). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas”, ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”, que debe prever el Estado. Es precisamente sobre el citado art. 40.3.b y 4 que ha puesto especial énfasis una de las recomendaciones a los Estados adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño al cabo del debate general “Violencia estatal contra el niño” (*State violence against children*, 2000, CRC/C/100, punto 18 de las recomendaciones; asimismo, del citado Comité, *Observación general N° 5*, cit., párrs. 23/27 y 33).

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, máxime cuando el contenido del derecho a la libertad personal de aquéllos no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad (Caso “*Instituto...*”, cit., párs. 211 y 225). Todo niño “tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece” (Caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, sentencia de 19-11-1999, Serie C N 63, párr. 191).

6°) Que habida cuenta que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento también entraña un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa (“Maldonado”, cit., p. 4379), resulta evidente que entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una más que fuerte tensión. Esta última, en palabras del citado precedente, se ha manejado con “eufemismos”. Así, por ejemplo, los menores no son sujetos de privación de la libertad, sino que son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Empero, estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad, incluso en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. “En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ‘libertad ambulatoria’, aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias” (ídem, p. 4377). Empero, “no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la [situación de privación de la libertad] sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el ‘embuste de las etiquetas’” (L.1157.XL. “L., L. A. s/ causa N° 5400”, sentencia del 18 de diciembre de 2007, considerando 10). Todo ello, amén de otras dos características tan distintivas como criticables: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la ausencia de una línea divisoria clara entre el niño imputado

de un delito de aquel otro niño desamparado (o incluso del que fue víctima), tal como se desprende del art. 2 de la ley 22.278 y de la hermenéutica de la ley 10.903 de Patronato de Menores, conocida como “Ley Agote” (art. 21; “Maldonado”, cit., ps. 4376/4377).

La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, en consecuencia, resulta a todas luces “anacrónica”, por cuanto “caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la ‘protección integral’, sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, 45 OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6-4-2001; en igual sentido: *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/ II.102 Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999, cap. XIII, párr. 22). Una de sus consecuencias más graves, es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal (ídem, *Tercer informe... Paraguay*, cit., cap. VII, párr. 14).

No es casual, entonces, que el Comité de los Derechos del Niño, en 2002, le haya expresado a la Argentina su preocupación por cuanto: a. la ley vigente relativa al niño, 10.903, se remonta a 1919 y se base en la doctrina de la “situación irregular”, en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial; b. no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos, c. la citada ley, así como la 22.278 (que también se funda en la antedicha doctrina) no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia, y d. el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (*Observaciones finales: Argentina*, 4-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63; en sentido análogo: *Observaciones finales: Chile*, 1-2-2002, CRC/C/15/Add.173, párrs. 8 y 53). El objetivo, según lo indica dicho órgano internacional, no es otro que “la eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” (*Observaciones finales: Paraguay*, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10.b; *Observaciones finales: El Salvador*, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3.d, y *Observaciones finales: Guatemala*, 8-6-2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56), merced al cual los niños “muchas veces se consideran objetos (Doctrina de la situación irregular) y no sujetos de los derechos” (*Observaciones finales: Perú*, 21-1-2000, CRC/C/15/Add.120, párr. 17). De ahí que, en la recordada oportunidad, haya recomendado a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

7º) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los vastos alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. En primer lugar, tal como lo reiteró esta Corte para 2007 en el caso “Badaro” (Fallos: 330:4866), no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de

la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión, pues ello implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le corresponden a éste (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874). No es el Poder Judicial, cabe agregar, una suerte de plaza sustitutiva a la que pueden ser desplazados o traídos, para su resolución, temas que son del resorte de otros poderes. Ni siquiera una finalidad de bien público admite que se arbitren panaceas al margen de las instituciones (“Galletti c. Provincia de San Juan”, Fallos: 148:65, 80), mayormente cuando es atributo del Congreso, además del que siempre ha contado para legislar en la materia, promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75.23), norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos (“Badaro”, Fallos: 329:3089, 3096 y su cita —2006—).

En segundo término, no demanda mayores explicaciones afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas. No es asunto, ciertamente, de desaprobar normas y políticas que, basadas en la anacrónica situación irregular, desconozcan en plenitud los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas, estrategias, instituciones y normas de coordinación que, sin incurrir en dicho desconocimiento, hagan realidad las medidas de protección a las que aquéllos tienen derecho y a cuya implementación está obligado el Estado, para más, mediante la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas (Convención, art. 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 78 y punto 6 de la opinión). Todo ello, por su naturaleza, trasciende no sólo el ya mentado cometido jurisdiccional del Poder Judicial, sino, también, sus capacidades. Por otro lado, la cuestión exhibe singulares contornos en las actuales circunstancias puesto que, en 2005, la ley 26.061 ha derogado a la ya citada ley 10.903 en el sentido de las ya mentadas *Observaciones finales* dirigidas a la Argentina por el Comité de los Derechos del Niño (“Maldonado”, cit., 4369), y, después de enunciar el objetivo de “la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte” (art. 1), ha previsto principios, derechos y garantías del niño (título II), un sistema de protección integral de éste (título III) y diversos órganos destinados a ello (título IV). Más aún; el presente problema de la minoridad, dicho esto al margen del pronunciamiento impugnado, tampoco puede reducirse, so riesgo de incurrir en una superficialidad lindante con la irresponsabilidad, a una suerte de toma de posición entre una u otra de las tendencias en juego, máxime cuando “puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, de encuentro, de consenso, devolviendo a la palabra ‘tutela’ su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, su acepción original y pura: un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales” (*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, cit., voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 24).

En tales condiciones, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a las normas del bloque de

constitucionalidad del que se ha hecho mérito en esta sentencia y, en cuanto fuere apropiado, a la ley 26.061. No ofrece dudas que entre las “medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar “para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Convención, art. 4º; en sentido análogo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2), se inscriben las sentencias judiciales. Los “tribunales”, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una “supervisión adecuada” (ídem, art. 3º), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber “de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar” de aquéllos (“Girolodi y otro”, Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables *in concreto* y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio. Valga la presente, en consecuencia, como recordatorio e instrucción en tal sentido (doctrina de “Verbitsky”, citado, ps. 1203/1204). Otro tanto cabe predicar, en su medida, del Ministerio Público de la Defensa.

Finalmente, el Tribunal tampoco puede pasar por alto que la cuestión exige, con necesidad y apremio, la actividad del Congreso y del Poder Ejecutivo nacionales. En consecuencia, al modo en que fue hecho en el mencionado “Badaro” de 2006 (citado, ps. 3096 y 3099), también procede, atento las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, comunicar a dichos poderes el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, arbitren las medidas que son de su resorte.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los poderes legislativos y ejecutivos nacionales, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia y, oportunamente, devuélvase.— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Imposición de pena – Fundamentos de la sentencia – Conocimiento directo del menor – Convención sobre los Derechos del Niño – Peligrosidad – Delito culposo

Marteau, Alejandro Aramis s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas -causa n° 2570 - 17/03/2009 - Fallos: 332:512

Antecedentes:

Un Tribunal Oral de Menores, declaró a un menor de edad autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso ideal con lesiones culposas, y lo absolvió de pena. La querrela recurrió y la Cámara de Casación Penal condenó al menor a la pena de seis me-

ses de prisión de ejecución condicional y ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier tipo de vehículos. Contra esa decisión, la defensa interpuso el recurso extraordinario que declarado inadmisibile originó la interposición del recurso de queja. La Corte revocó el fallo apelado. La jueza Argibay en disidencia consideró inadmisibile el recurso articulado por la defensa.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Absolución. Tratamiento tutelar. Resocialización. Reintegración social.**
- b) **Fundamento de la sentencia. Conocimiento directo del niño/joven.**



Estándar aplicado por la Corte:

- La “necesidad de la pena” a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a “gravedad del hecho” o a la “peligrosidad”, ya que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o, con las palabras de la Convención sobre los Derechos del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1°).

- No se respetaron las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales en la decisión que no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la “necesidad de pena” en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el art. 4° de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad.

Texto del fallo:

Dictamen de la Procuración General de la Nación (53)

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 17 de marzo de 2009.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por la defensa de Alejandro Aramis Marteau en la causa Marteau, Alejandro Aramis s/ homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas —causa n° 2570—**”, para decidir sobre su procedencia.

(53) N. de S.: El dictamen puede consultarse en www.csjn.gov.ar.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Oral de Menores n° 3 de esta ciudad resolvió absolver a Alejandro Aramis Marteau, a quien había declarado autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso ideal con el de lesiones culposas, por considerar innecesaria la aplicación de pena, en virtud de lo normado en el artículo 4°, apartado final, de la ley 22.278. Contra ese fallo, el apoderado de la querellante interpuso recurso de casación por entender que la decisión era errada al no haber evaluado debidamente los perjuicios ocasionados con su comportamiento ni el elemento específico de la peligrosidad, toda vez que la absolución dictada posibilitaba que Marteau volviera en lo inmediato a conducir automóviles.

2°) Que la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia, y condenó al nombrado a las penas de seis meses de prisión de ejecución condicional y de ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier tipo de vehículos. Dicha resolución fue apelada por la defensa mediante el recurso extraordinario cuyo rechazo motivó la presente queja.

3°) Que la recurrente cuestiona por arbitraria la decisión del tribunal de casación pues, al haber fundado la “necesidad” de imposición de una pena privativa de libertad sobre la base de la responsabilidad de Marteau en la conducción de un vehículo automotor, el a quo habría efectuado una interpretación del artículo 4° de la ley 22.278 que no respeta ni el texto legal, ni la doctrina sostenida por los especialistas, ni los principios que para la aplicación del derecho penal de los menores emergen de los tratados internacionales.

Sostiene en ese sentido que el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños” que tomen los tribunales “se atenderá al interés superior del niño” y en el caso resultaba evidente que en aras de ese interés no podía establecerse la necesidad de aplicarle una pena por la conducta que había llevado a cabo (“las circunstancias del hecho”) sino que debían relevarse especialmente “los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el juez”. Concluye afirmando que la retribución no puede ser el fundamento de la pena aplicada al menor y por tal razón la interpretación arbitraria de la ley de menores violaba la norma internacional de protección del niño.

4°) Que en la medida en que se encuentra en discusión el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, y la decisión del a quo ha sido contraria a la pretensión del apelante, existe en el caso cuestión federal bastante para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48.

5°) Que según se expresa en la decisión recurrida, los jueces estimaron que aun cuando el tratamiento tutelar aplicado a Marteau daba cuenta de su progreso intelectual y de su atención terapéutica, de modo alguno revelaba la subsanación de su grave conducta en la conducción de un vehículo automotor, en la que se había puesto de manifiesto una gran peligrosidad, a la vez que señalaron que este último elemento —la peligrosidad— no la había podido superar dado su impedimento de manejo. Precisarón que era sobre el punto de la responsabilidad de Marteau en el manejo del automóvil donde debía hacerse hincapié para entender la necesidad de imposición de una pena privativa de libertad junto con una de inhabilitación especial.

6°) Que tal afirmación importa una simplificación inadecuada, sobre la base de la cual no puede fundamentarse el fallo. En efecto, el a quo sólo tuvo en cuenta para justificar la aplicación de la pena las modalidades del hecho pero soslayó que los jueces de la causa habían eva-

luado como elementos dirimentes para no sancionarlo los antecedentes favorables del menor, el resultado positivo del tratamiento tutelar y la impresión directa por ellos recogida durante el debate.

7°) Que esta Corte ha establecido “Que la ‘necesidad de la pena’ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1°)” (“Maldonado, Daniel E. y otro”, considerando 22, Fallos: 328:4343).

8°) Que así lo entendieron los jueces del tribunal de menores al estudiar el expediente tutelar del menor que, cabe aclarar, tenía 17 años cuando cometió el hecho —ocurrido el 15 de agosto de 1998— y 24 cuando dictaron el fallo, el 25 de abril de 2005. Dijeron, en lo pertinente, que el joven había contado “desde siempre con un total apoyo de su familia, quien lo asistió y asiste aún hoy no solo material sino espiritualmente, siendo destacable la decisión del propio joven de aceptar la realización de un tratamiento terapéutico por parte del juzgado entonces interviniente, que aún perdura.

Además, logró mantener una entrevista con la pareja de Camila Peroni, que le permitió elaborar mejor la culpa que siente por el lamentable accidente que le tocó protagonizar.

Asimismo, determinaron que no existía pauta alguna para aplicar una medida tan fuera de lugar como la requerida por los acusadores, a casi siete años de ocurrido el suceso, y afirmaron estar convencidos de que la penalización por la gravedad objetiva del hecho era contraria al texto legal, que exige la valoración conjunta de las cuatro pautas indicadas, y ponderaron a la vez la actitud de Marteau durante el juicio: su seriedad y adustez, como muestra de su angustia y culpa por el grave daño ocasionado.

9°) Que el a quo tampoco ajustó su decisión a la regla establecida por esta Corte en el precedente señalado sobre la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del sentenciado antes de determinar la pena. Se dijo allí que el artículo 4° de la ley 22.278 era aún más categórico que el art. 41 del Código Penal, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de la “impresión directa recogida por el juez”. Se imponía entonces la audiencia para escuchar al imputado, sobre todo, cuando los jueces de la causa habían valorado especialmente como circunstancia favorable su impresión personal de quien ya era una persona adulta.

Al no hacerlo, el tribunal de casación incumplió con la regla claramente destinada a garantizar el derecho del imputado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación (“Maldonado”, considerando 19).

10) Que por último, cabe precisar que resulta arbitraria la referencia a que la peligrosidad en el manejo no había podido ser superada por el impedimento para conducir vehículos, pues fue el propio juez de instrucción quien, en el año 2000, y por aplicación de la norma del art. 310 del Código Procesal Penal de la Nación, le había impuesto al joven la abstención de conducir vehículos automotores. Acierta el recurrente cuando sostiene que no puede hacerse respon-

sable al menor respecto de la imposibilidad de demostrar falta de peligrosidad en el manejo automotor, cuando ese impedimento le había sido impuesto por el propio sistema judicial que lo inhabilitó preventivamente para conducir.

11) Que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, se advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la “necesidad de pena” en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el art. 4° de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el punto I de la sentencia apelada.

Agréguese la queja al principal y devuélvanse al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, reintégrese el depósito de fs. 1 y cúmplase.— RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se la desestima. Hágase saber, devuélvase el principal y archívese.— CARMEN M. ARGIBAY.

Declaración de responsabilidad penal - Sentencia definitiva o equiparable - Facultad de recurrir - Recurso de casación

G., J. L. s/ causa n° 2182/06 -15/06/2010 - Fallos: 333:1053 (54)

Antecedentes:

La Cámara declaró mal concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del menor J. L. G. contra la sentencia que lo declaró coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo agravado por haberse cobrado el rescate y por el número de intervinientes. La defensa sostuvo que esta declaración se equipara a definitiva, toda vez que la sentencia

(54) N. de S.: En el mismo sentido ver: M. 925. XLVII. “M. C. G. A. y otro s/ recurso extraordinario” (15/05/2012).

posterior sería sobre la necesidad de pena y no se podrá revisar como los jueces llegaron al convencimiento de la autoría en el hecho.

La Corte, por remisión al dictamen del Procurador dejó sin efecto la sentencia apelada. La jueza Argibay en disidencia, desestimó el recurso de queja por falta de sentencia definitiva.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Declaración de responsabilidad penal. Sentencia equiparable a definitiva.**
- b) **Derecho del niño a recurrir decisiones que lo afecten. Recurso de casación. Conciliar normas internas y convencionales. Interés superior del niño.**

Estándar aplicado por la Corte:

- Si bien la sentencia que declara penalmente responsable al menor —como coautor del delito de secuestro extorsivo agravado—, no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y hasta la libertad, ocasionando un perjuicio insusceptible de reparación ulterior.

- El régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un “derecho penal de autor”, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares tanto para menores que requieren tutela por encontrarse en “situación irregular”, como para quienes han realizado comportamientos ilícitos.

- En cuanto aquí interesa, si un joven es imputado de un delito, la ley dobla el momento decisivo, pues el tribunal, en caso de hallarlo responsable, primero debe declarar su responsabilidad y someterlo a una medida de seguridad, y sólo después, en un segundo momento, puede imponerle una pena, siempre que haya cumplido los dieciocho años de edad y haya sido sometido a una medida de seguridad no inferior a un año, que puede prorrogarse hasta la mayoría de edad.

- La interpretación literal de la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 40.2— y la correlativa disposición interna (ley 26.061) —que establece entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos, el derecho de todo niño a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte—, exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, y la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a dichas cláusulas, procurando conciliar dichas disposiciones.

Texto del fallo:***Dictamen de la Procuración General de la Nación****Suprema Corte:*

- I -

La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa del menor J. L. G. contra la sentencia que lo declaró coautor penalmente responsable del delito de secuestro extorsivo agravado por haberse cobrado el rescate y por el número de intervinientes —arts. 45 y 170, primer párrafo *in fine*, e inc. 6º, del Código Penal— (fs. 39/41, fs. 2, 3/19 vta.).

Contra esa decisión se interpuso el recurso federal extraordinario (fs. 43/58), cuya denegación dio lugar a la presente queja (fs. 60/61, 63/67).

- II -

En la sentencia se tuvo por acreditado que el imputado J. L. G., junto a su hermano H. M. G. y una tercera persona no identificada, abordaron a Rodrigo Damián Neira G cuando éste salía de su casa en Lomas de Zamora y, arma en mano, lo subieron a su automóvil para hacerlo conducir por diferentes lugares. También se estableció que en el trayecto lo despojaron de su alianza, una cadenita, una pulsera, dinero en efectivo y el estéreo del rodado, tras lo cual se detuvieron para continuar la marcha a pie, y en esas circunstancias llamaron por teléfono al padre de la víctima exigiendo el pago de cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 450), un DVD y una videocasetera para su liberación. Ésta se concretó una vez que el padre y un amigo pagaron el rescate.

- III -

La Cámara de Casación declaró inadmisibles los recursos por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a ella. Alegó en ese sentido que, en tanto no se decida sobre la necesidad de la pena, el pronunciamiento era irrecurrible, pues hasta tanto ello ocurra resulta asimilable a la doctrina de V.E. sobre sentencias incompletas, y cabe la posibilidad de que el agravio quede disipado si al finalizar el tratamiento tutelar no se le impone una pena.

Al interponer el recurso extraordinario la defensa alegó que se trataba de una sentencia equiparable a definitiva por sus efectos y que el agravio no era susceptible de reparación ulterior, toda vez que el juicio posterior será sobre la necesidad de pena pero no se podrá revisar cómo los jueces llegaron al convencimiento de la autoría.

Sostuvo que, al resolverse del modo indicado, se vulneró la garantía de la doble instancia judicial, lesión a un derecho constitucional que tiene lugar con la propia decisión de los jueces y que generó ese perjuicio irreparable. Adujo también lesión al principio de inocencia, pues sostiene que para afirmar fehacientemente que el menor cometió el hecho imputado se requiere la conformidad de dos instancias, extremo que al frustrarse en estas actuaciones afectó el principio de culpabilidad.

Señaló, en ese sentido, que la declaración de responsabilidad es la decisión que permitiría la imposición de una pena, respuesta punitiva que, en el caso de los menores, no obedece tanto a la culpabilidad por el hecho sino a la evolución del niño.

Para rechazar la apelación federal extraordinaria, la cámara juzgó que no se había demostrado la existencia de cuestión federal, porque la alegación sobre la violación de la doble instancia se basaba en una mera discrepancia de criterios y no mediaba un agravio definitivo, ya que en caso de recaer condena —agravio eventual— el fallo podría ser sometido a la inspección que requiere aquella garantía.

En su queja la defensa insistió en que la sentencia era equiparable a una de carácter definitivo por sus efectos y que éste era el momento de discutir la participación del menor en los hechos. Refirió también que la negación del derecho al recurso demandaba la intervención de la Corte, y que los jueces de casación entendieron que “es irrelevante que una persona sea considerada o no culpable de un hecho, en tanto esa declaración de culpabilidad no genere consecuencias jurídico penales”, con olvido de que el principio de inocencia también alcanza a los niños.

- IV -

Ante todo, debo señalar que si bien la revisión de pronunciamientos que resuelven la procedencia del recurso de casación resulta, por regla, ajena a esta vía extraordinaria, V.E. ha hecho excepción a ese principio, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, cuando se frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente (Fallos: 321:1385, 3695 y 322:1526, entre muchos otros).

Tal es la situación que, a mi juicio, se presenta en el caso, y ello lo considero así por un doble orden de razones.

En primer término, porque si bien es cierto que la sentencia que declara penalmente responsable al menor no constituye sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, también lo es que dicha resolución merece ser equiparada a tal por sus efectos, pues, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y, a veces, hasta de la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio de insusceptible reparación ulterior (Fallos: 300:1273; 320:448; 323:52; 326:2514).

En este sentido, resulta pertinente señalar que el régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un “derecho penal de autor”, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares tanto para menores que requieren tutela por encontrarse en “situación irregular”, como para quienes han realizado comportamientos ilícitos.

En cuanto aquí interesa, que es lo relativo al joven imputado de un delito, la ley desdobra el momento decisivo, pues el tribunal, en caso de hallarlo responsable, primero debe declarar su responsabilidad y someterlo a una medida de seguridad, y sólo después, en un segundo momento, puede imponerle una pena, siempre que haya cumplido los dieciocho años de edad y haya sido sometido a una medida de seguridad no inferior a un año, que puede prorrogarse hasta la mayoría de edad.

En consecuencia, la primera decisión supone la imposición de una medida de seguridad que, aunque pueda reconocer orientación educativa o tutelar, se traduce en una restricción de derechos que se impone en forma coactiva y encuentra su razón en el conflicto con la ley penal ya declarado (cf. RIGHI, Derecho Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 317). De ello se sigue que la decisión de la cámara *a quo*, en cuanto consideró que el agravio puede disiparse si, llegado el caso, no se impone una pena, desatiende la realidad de que la decisión impugnada conlleva *per se* una consecuencia jurídica que —aunque con distinto *nomen iuris*— genera

al destinatario consecuencias similares a la imposición de una pena que, como tal no resulta susceptible de reparación ulterior.

En tales condiciones, en su opinión, no hay razón de principio que imponga el aplazamiento propuesto por el *a quo* y menos aún, tal como refiere el recurrente, a partir de las pautas emergentes de Fallos: 328:3399, en cuanto a la inserción del recurso de casación en el paradigma constitucional vigente y a la amplitud de la materia revisable.

- V -

En segundo término, dado que el apelante alegó también la conculcación del derecho al recurso con fundamento en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, deviene necesario examinar su planteamiento a la luz de este específico instrumento internacional en la materia, que contempla, entre otras cosas, las particulares circunstancias de los menores en un proceso penal.

La cuestión traída no se limita, entonces, únicamente a comprobar si la exégesis que realizó el *a quo*, para concluir en la improcedencia del recurso, satisface los estándares de motivación en materia de sentencias equiparables a definitivas, sino también a elucidar si esa exégesis se adecua a la norma internacional mencionada, o si ésta reclama otra que contribuya mejor a la operatividad de las garantías allí reconocidas.

Me permito proponerlo de esta manera teniendo en cuenta que en las recientes oportunidades que el Tribunal ha tenido para expedirse sobre cuestiones de la justicia penal de menores, ha subrayado el objetivo primordial de la Convención de “proporcionar al niño una protección especial”, lo que importa reconocerlo como sujeto pleno de derechos y que los Estados deban dar “efectividad” a los concretos derechos, libertades y garantías que configuran esa “protección especial”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (art. 4º).

Puede apreciarse entonces, y cito a V.E., que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que a cada uno, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre las “medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2º) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial el interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención Fallos: 318:514 (consid. 10 de la sentencia del 2 de diciembre de 2008 dictada en los autos G. 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y otra s/causa n° 7537”).

En este orden de ideas, tenemos que la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, específicamente, que los Estados Partes garantizaran: “si se considerare que [el niño] infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial conforme a la ley” (art. 40. 2. v) de la Convención). Norma que por otro lado internaliza y reglamenta la ley 26.061, estableciendo, entre las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos el derecho de todo niño, niña o adolescente “a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (art. 27, inc. e).

Parece claro que la interpretación literal del mandato convencional y la correlativa disposición interna (ley 26.061) exigen la posibilidad de control de la sentencia que declara la responsabilidad del menor en un delito, tal como viene reclamando la recurrente.

Y de allí que, a mi manera de ver, la interpretación de las reglas que gobiernan el recurso de casación penal no puede erigirse en impedimento para dar eficacia a la cláusula convencional y legal. Por el contrario, ha de procurarse aquella que, en este caso, concilie esas disposiciones y las deje a todas con valor y efecto.

En ese sentido, no me parece ocioso recordar que “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos y tienen además derechos especiales derivados de su condición” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión 17-2002 del 28 de agosto de 2002, párr. 54).

De esta premisa elemental, aunque no redundante, tal como tiene dicho V.E., no puede derivarse, bajo el ropaje de una especial tutela, que el menor sea sometido a un régimen procesal que, en igualdad de circunstancias, a su respecto resulta más riguroso que para el adulto.

Tal inequidad se patentiza en este caso al advertirse que al hermano y coimputado mayor —H. M. G.— sí le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obliga a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata. Y toda dilación sin fundamento de la definición del pleito, más allá de que sea un mandato legal, y cualquiera sea su resultado, inflige un agravio al imputado.

Además, no puede obviarse que la revisión amplia de una sentencia de responsabilidad penal (en los términos del precedente “Casal”) parece ser más eficaz cuanto mejor asegure la inmediatez del juicio casatorio.

Al margen de la celeridad y la inmediatez ya aludidas, tampoco pueden pasarse por alto las razones de economía procesal, que indican que éste es el momento más adecuado para el estudio de la cuestión planteada, tal como viene alegando la recurrente, pues evita el dispendio de recursos del Estado si fuera a prosperar el reclamo.

De todo lo expuesto surge, en mi opinión nítida, la evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental del menor, frente a la cual los jueces tienen la obligación de modificar el criterio restrictivo adoptado, sin olvidar que el reconocimiento de los derechos especiales de los niños por su condición, constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país (cfr. Fallos: 328:4343, consid. 33).

Cabe por último, señalar tal como sin duda V.E. lo apreciará, que el presente importa apartarse del criterio recogido en la sentencia el 31 de octubre de 2006, dictada en los autos S. 2057, L. XXXIX, “Soria, Jorge Armando /homicidio agravado —causa N° 2039/2381—”.

- VI -

En consecuencia, y sin que esto implique emitir juicio sobre lo que deba resolverse en cuanto al fondo del asunto, opino que corresponde, abriendo la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada, devolviendo los autos al tribunal de

origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al criterio aquí expuesto.— Buenos Aires, 7 de septiembre de 2009.— ESTEBAN RIGHI.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 15 de junio de 2010.

Vistos los autos: “**Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de J. L. G. en la causa G., J. L. s/ causa n° 2182/06**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí dispuesto. Notifíquese, acumúlese y remítase.— ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.— CARMEN M. ARGIBAY.

Información complementaria:

Derecho a la identidad - Convención sobre los derechos del niño - Menor de edad víctima

En la causa “**Guarino, Mirta Liliana s/ querella**” (27/12/1996 - Fallos: 319:3370) (55) la Corte ha establecido que [la extracción compulsiva de sangre a un menor víctima de un delito de acción pública, a los fines de la producción del examen hematológico de histocompatibilidad genética en miras a la tutela a su derecho a la identidad] no afecta garantía constitucional alguna. Negar su cumplimiento importaría desconocer lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 e incorporada a la Carta Magna en el art. 75, inc. 22 por la reforma del año 1994; circunstancia ésta que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que en las particulares circunstancias del *sub lite* la prueba

(55) Ver también análisis del Fallo en el Boletín de “Delitos de Lesa Humanidad”, pág. 74 y en www.csjn.gov.ar.

ordenada aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor G.; a lo que cabe agregar que la propia defensora oficial, en su memorial ante la Cámara, sostuvo que medidas como la decretada en este caso concreto “debe entenderse razonablemente dirigidas a la averiguación de los hechos delictivos, lo que constituye en definitiva el fin y el objeto de todo proceso”.

Información complementaria:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Derechos del niño - Detención de menores de edad - Derecho a la vida humana - Estado garante: niños bajo su jurisdicción

Corte Interamericana de Derechos Humanos - **Caso Bulacio vs. Argentina - 18/09/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. En 1991 un menor de edad fue detenido sin orden judicial, en las inmediaciones de un estadio donde se realizaría un concierto de rock, junto con 80 personas más. Durante su permanencia en la comisaría fue seriamente golpeado por agentes de seguridad. Luego de su liberación debió ser atendido en distintos hospitales, falleciendo seis días después de que fuera liberado, como consecuencia de los golpes recibidos. Los policías involucrados en la causa penal fueron sobreesidos. La parte querellante recurrió el fallo. Los recursos fueron denegados. Finalmente la Corte hizo lugar al recurso de queja planteado y ordenó la revisión de la sentencia dictada. El expediente continuó su tramitación con planteos e incidencias, acaeciéndose finalmente en el año 2002 la prescripción de la acción penal. El caso mereció Informe de Admisibilidad en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una sentencia de reparación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En lo pertinente la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que:

- La reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, ...corresponde a este Tribunal internacional ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensatorio de los daños ocasionados.

- La obligación de reparar, que se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.

- El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Este daño sólo podría ser compensado mediante la cantidad que el tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial.

- Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que 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”.

- Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido.

- El derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brindan o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aun cuando éste no lo haya solicitado.

- Las razzias —como detenciones masivas policiales sin notificar al juez de menores respecto de los niños o adolescentes— son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia— y de la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad.

- Reviste especial gravedad para la Corte si en un caso la víctima es un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.

- El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.

Condición homosexual de la progenitora - Interés superior del niño - Tenencia de hijos - Concepto de familia - Discriminación - Igualdad

Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile - 24/02/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. En lo pertinente se discutió el derecho al ejercicio de la custodia de cuatro hijos menores de edad por una persona homosexual con su pareja de igual sexo. La Corte chilena en un fallo dividido, finalmente concedió la guarda definitiva al padre de las niñas, considerando que las niñas se encontraban en situación de riesgo que las ubicaba en un estado de vulnerabilidad en su medio social. La progenitora recurrió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hizo lugar al planteo y presentó la demanda contra el Estado de Chile en relación con el caso. Previo a expedirse, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, no desempeña funciones de una cuarta instancia y de acuerdo a ello no le corresponde determinar si la

madre o el padre ofrecen un mejor hogar para las niñas ni valorar prueba con ese fin, es de su competencia definir si las autoridades judiciales afectaron o no obligaciones estipuladas en la Convención. Y así se concluyó que se dio un trato discriminatorio y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la recurrente debido a su orientación sexual —lesbiana— en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R., y a entender de la CIDH la inobservancia del interés superior de las niñas. Afirmó que el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o del padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos.

El juez Alberto Pérez, en disidencia parcial, observó que “el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales profundamente arraigadas que pueden diferir ampliamente de una sociedad a otra” y el concepto de familia es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*, para lo cual habrá que hacer una indagación que no corresponde llevar a cabo en el presente caso, sino que deberá hacerse cuando el punto sea objeto de un caso planteado ante esta Corte y se escuchen los argumentos que al respecto formulen las partes y eventualmente los *amici curiae* que se presenten. Entendiendo que en el caso no puede afirmarse que se violara el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención.

Protección de la familia - Interés superior del niño - Violación de los Derechos Humanos - Menor entregada por la madre en guarda pre-adoptiva - Ausencia de consentimiento del padre biológico - Pruebas de ADN - Confirmación de la paternidad - Adopción simple - Negación de un régimen de visitas - Separación de niños de su familia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Forneron e Hija vs. Argentina - 27/04/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)**. El Sr. Fornerón tomó conocimiento que tenía una hija fruto de una relación ocasional, y desde el mes y medio de nacer la criatura realizó gestiones judiciales en la vía penal y civil, sin resultado, pese a que en el marco de esas actuaciones se hicieron pruebas de ADN que daban cuenta que era el padre biológico, constando el reconocimiento legal de su paternidad. Ante las sucesivas negativas judiciales se otorgó la guarda de la niña a un matrimonio con fines de adopción, negándosele al padre biológico la participación en el proceso, no habiendo abandonado aquél su petición de la guarda de su hija, ante el paso del tiempo en la vía judicial se le denegó también el recurso extraordinario planteado en el año 2003 en el ámbito provincial, en esas instancias acudió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que consideró que más allá de no haber sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación había agotado el proceso interno. Con el informe de admisibilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló declarando responsable al Estado Argentino y fijó reparaciones respecto del señor Fornerón y su hija, y ordenó al Estado Argentino además adecuar el ordenamiento legal para impedir la venta de niños y capacitar al Poder Judicial y funcionarios de la provincia de Entre Ríos en relación a los derechos del niño, los derechos humanos y la no discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado adoptar en el corto plazo todas las medidas necesarias para reparar de una manera integral las violaciones a los derechos humanos sufridas por el señor Fornerón y por su hija, con la asistencia apropiada y tomando en consideración el interés superior de la niña y establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija M.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**Penas perpetuas – Menores de edad – Derecho de revisión de la sentencia**

En el **Informe N° 26/08** de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Petición 270-02 - Admisibilidad **“César Alberto Mendoza y otros vs. Argentina” - 14/03/2008**, la presentación corresponde a seis menores de edad, que fueron condenados a penas de prisión perpetua, por la comisión de homicidios calificados y robos con armas, lesiones a las víctimas, etc., en la mayoría de los casos se trataba de delitos reiterados, cometidos cuando revestían el status jurídico de niños —de 16 y 17 años—. Las defensas de los condenados interpusieron sendos recursos que fueron denegados por cuestiones formales, no accediendo a la revisión de las condenas impuestas. Uno de los jóvenes se suicidó mientras se encontraba detenido.

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era competente para analizar la situación denunciada a la luz de lo previsto en el art. 19 de la Convención Americana en tanto, *prima facie*, no contaron con una revisión plena de su condena ante un tribunal superior. Declaró admisible el caso en relación a las violaciones alegadas: a los derechos del niño; a la integridad personal; a las garantías judiciales y al deber de respetar y garantizar los derechos.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE ENERO DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

