

Dictámen de la Procuración General:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Pergamino resolvió en fecha 28 de noviembre de 2014 revocar la sentencia de grado que decretó el cese de convivencia del niño P., A. con el matrimonio B-L y ordenó su entrega a la autoridad administrativa, manteniéndose en consecuencia, el *statu quo* del menor en el seno de la familia guardadora compuesta por el matrimonio B-L (fs.221/9)

Contra tal resolución se alza la Señora Asesora de Incapaces Departamental, Dra. A. A., a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 235/51 que a continuación paso a examinar.

## **II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.**

Denuncia la quejosa violación y errónea aplicación de la ley y la doctrina legal, culminando en una absurda y arbitraria valoración de la prueba, en infracción a los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 11,12 y 36 de la Constitución Provincial; 3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849, art. 75 inc. 22 de la C.N.); 19 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; Principios 2, 6 y 9 de la Declaración de los Derechos del Niño; 4 y 35 de la ley 13.298 y su decreto reglamentario 300/5; 321 de la ley 24.779; 195, 384 y conchs. Del CPC. y C.; 18, 20, 21, 59, 264, 307, 316, 317, 318, 953, 1004 y conchs. Del C. Civil.; 16 de la ley 14.528; y la doctrina legal sentada por la SCBA. en la causa C. 115.696 del 11 de abril del año 2011. También denuncia como violado el artículo 2 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y a la Utilización de Niños en pornografía que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

En relación con el absurdo denunciado sostiene que, sin perjuicio reiterada doctrina de la Suprema Corte según la cual la apreciación de cuestiones de hecho y prueba constituyen temas propios de los jueces de la instancia ordinaria y detraídos del ámbito de la instancia extraordinaria en tanto tal ejercicio no resulta irrazonable o absurdo (conf. SCBA. C. 105.460), en el caso de marras "... el Tribunal ha incurrido en absurdo, contrariando circunstancias comprobadas de la causa, al realizar una valoración de la prueba, que por lo desacertada resulta insostenible. Esto es así porque, no puede sostenerse que haya existido una manifestación de voluntad libre, espontánea y auténtica,

en virtud del estado de vulnerabilidad y pobreza extrema que evidenciara la Sra. P. al momento de decidir la entrega de su hijo. A lo que cabe agregar, las contraprestaciones que recibiera -pago de gastos de traslado y transporte, alojamiento, estudios y controles médicos, internación, cesárea, etc.-, como quedó evidenciado en la audiencia celebrada ante el Juez de Familia (fs. 59/60).

Sobre este punto cabe recordar que esa Corte ha establecido que "la denuncia de la comisión de arbitrariedad o absurdo por parte de los sentenciantes ha quedado evidenciada a partir de circunstancias comprobadas en la causa en las que el desprendimiento del hijo a favor de personas determinadas ha sido motivado sin ningún vínculo afectivo previo". Este dato aparece incontrovertido pues toda la causa da cuenta de la nula relación existente entre la madre y los primigenios guardadores, que ni siquiera se conocían y fueron conectados por un tercero con la finalidad, precisamente, de recibir al menor. En estas condiciones lo único que queda en pie es la existencia de un arreglo de entrega del niño, del cual formaron parte prestaciones en especie. Por ello, cuando la Cámara afirma que la cesión ha sido fruto de la voluntad de la madre biológica,

resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con solo la guarda de hecho y un plan de los pretensos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción. En este sentido, develado el real contexto en que se suscitó la elección por parte de la madre de los futuros adoptantes del hijo -el matrimonio L. B. - lo que pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega del menor, la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamientos de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en el que también la familia que lo acoja está constreñida a respetar. Amen de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3,12, 20, 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Const. Nac.; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 in fine de la ley 26.661; conf. SCBA., C. 115.696, del 11/4/12)".

En tal sentido puntualiza que "... no sólo se advierte la ausencia del conocimiento previo y de la existencia de lazos afectivos anteriores, sino que se encuentra acreditado que la madre biológica tomó contacto con los pretensos guardadores a través de terceras personas, cuando se encontraba cursando el cuarto mes de embarazo y recibió contraprestaciones, lo que evidencia una grave omisión que conduce, nuevamente, a conclusiones inconsistentes con el derecho invocado. Ello surge de la audiencia celebrada ante el Juez de Familia en presencia de la Defensora Oficial. La mera circunstancia de que la guarda del menor se haya instrumentado con la intervención de la Defensoría Oficial mediante un escueto acuerdo extrajudicial, no alcanza para darle la legitimidad que se pretende. Solo sirve para documentar que los interesados manifestaron haber llegado a un acuerdo sobre la entrega del menor para una guarda simple, cuando el niño tenía sólo 4 días de vida...".

En efecto se agravia la quejosa por la interpretación desplegada por la alzada departamental en orden con la interpretación del principio del interés superior del niño al sostener que yerran los sentenciantes al pretender invocar el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales en el proceso de adopción, considerando

conveniente mantener el "*statuo quo*" a favor del matrimonio B-L. En efecto, afirma que "En materia de adopción el cumplimiento de los procedimientos legales no importa un excesivo rigor formal, sino la forma con la que el Estado garantiza y vela porque el niño se emplace en la mejor familia posible cuando no hubiera posibilidades de permanecer con su familia (en particular art. 9 de la Convención de Derechos del Niño). A ello agrega que son precisamente las garantías constitucionales y el derecho a la tutela judicial efectiva del niño las que conducen a la quejosa a sostener que la decisión revocada por la sentencia en crisis evidencia al respeto por el interés superior del niño A. de conformidad con las pautas emanadas de la Observación general nro 14/13 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y de la CIDH en el renombrado caso "Fornerón vs Argentina" (fs.242/3)

En virtud de ello, considera que "... es claro que no puede tutelarse por el ordenamiento jurídico el *statu quo* originado en un acto contrario al procedimiento de adopción y lesivo del interés superior del niño que esta llamado a tutelar, máxime ante la no configuración de los supuestos de excepción previstos". Agrega además que

"Debe tenerse en cuenta que los actuales 10 meses de convivencia se produjeron por la persistencia de los actores en desoír e incumplir las normas, los que además de pretender legalizar una situación a todas luces irregular e ilegítima, se profugaron 40 días cuando la resolución no les resultó favorable. Desconociendo de este modo el perjuicio que para este niño importaba llevarlo a esta situación, su superior interés, su dignidad, reconociendo su calidad de sujeto de derecho; poniendo como eje principal solo sus apetencias y deseos personales ( fs.244 ).

Por ello la quejosa alega que la sentencia cuestionada encuentra fundamento en argumentos falaces y contradictorios ( fs.244 vta y 245).

En particular alega que los magistrados actuantes utilizaron una falsa disyuntiva al contraponer la permanencia del niño bajo la guarda del matrimonio B-L y "el fantasma de la institucionalización", (fs.244 y vta.) en tanto en la resolución de grado sólo se dispuso que hasta tanto se resolviera la situación jurídica del niño en definitiva, éste debía quedar a disposición de la autoridad administrativa para que adoptara una medida de

protección lo que no implica asumir, de ningún modo, la necesidad de recurrir a la institucionalización. En efecto los órganos administrativos se encuentran facultados para adoptar múltiples medidas y estrategias de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso, pudiendo acudir a la institucionalización únicamente como medida de último recurso y por el menor plazo posible. (fs.244 vta).

También señala que la decisión impugnada evidencia una interpretación falaz y contradictoria al valorar la conducta del matrimonio B-L pues, por un lado, resalta favorablemente su decisión de judicializar el conflicto con el propósito de encuadrar legalmente la guarda de hecho del niño y, por el otro, califica su proceder como irregular y disfuncional por haberse sustraído de los procedimientos legales diseñados para tal fin, para luego concluir, que no resulta posible castigar a los menores por la conducta de los mayores y que, en definitiva, la función judicial debe encaminarse a evaluar si las conductas de éstos revelan aptitud para continuar ejerciendo la guarda de hecho prohibida por la ley.

En tal sentido la quejosa se

agravia también por considerar que tal afirmación también carece de asidero si se tiene en cuenta que, contrariamente a lo sostenido por el fallo impugnado, tampoco se encuentra acreditada su idoneidad en tanto si bien el matrimonio se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, su decreto de aptitud data del año 2009 y se encuentra vencido(fs. 246 y vta.).

En relación con la valoración de la conducta del matrimonio guardador, la Sra. Representante del Ministerio Público pone de relieve que éstos han omitido en oportunidad de la demanda describir adecuadamente las circunstancias fácticas en las que se produjo la entrega. En efecto, señala que en su relato se omitió consignar que " (1) se trataba de una guarda puesta, sin conocimiento ni relación previa entre la madre biológica y los pretensos guardadores, pactada cuando aquélla cursaba el cuarto mes de embarazo y a cambio de contraprestaciones; ( 2) que en el acta de nacimiento acompañada se consignó falsamente como domicilio de la madre el de calle Dr. A. xx de esta ciudad (que es precisamente el de los guardadores), cuando vivía en la Provincia de La Pampa y sólo estuvo en Pergamino por unos

días con el único propósito de dar a luz al niño y regresar a su lugar de origen inmediatamente, ocultando el embarazo y el nacimiento a su familia de origen, sacándolo del ámbito donde pudiera determinarse su filiación paterna y relaciones parentesco (abuelos, hermanos, tíos, primos, etc; ver informe de fs. 172/176). (3) que esto fue realizado por la madre en condiciones de vulnerabilidad, con la complicidad necesaria de los guardadores quienes conocían la situación. Esta burda maniobra, tuvo como objeto desviar la competencia que le hubiera correspondido al niño según el domicilio de la madre, (art. 89, C. Civil), para desplazarla hasta un lugar lejano donde el nacimiento pasara desapercibido, denunciando domicilios falsos en búsqueda de tornar incierto su estado civil, de asegurar el resultado y disminuir los riesgos que el pacto prohibido traía aparejado" ( fs. 245 y vta)

A mayor abundamiento destaca que "no resulta posible valorar positivamente una conducta que contradice la finalidad tenida en miras por el sistema legal vigente (arts. 1071, C. Civil; y 16, ley 14.528 ); máxime cuando el principio de la autonomía de la voluntad -vigorizado en las relaciones entre adultos- debe sopesarse, en el caso, con el intervencionismo que los

instrumentos internacionales de derechos humanos imponen con el propósito de asegurar la protección integral de la niñez (conf. Convención sobre los Derechos del Niño en conc. con los arts. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17.4 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Sobre este punto señala que el artículo 318 del Código Civil prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo y el artículo 16 de la ley provincial de procedimiento de adopción nro 14528, siguiendo la decisión legislativa reflejada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también prohíbe expresamente la entrega directa de niños, niñas y adolescentes, dejando a salvo la posibilidad de que pueda verificarse judicialmente la existencia de un vínculo de parentesco ( art 611 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y/o un vínculo afectivo (artículo 16 ley 14528).

Al respecto sostiene que en

la presente causa se ha evidenciado con el grado de verosimilitud necesario para la toma de la medida provisional, que estamos ante un caso de "chico puesto" por cuanto la declaración de la madre no dejó dudas en cuanto a que el contacto entre ella y los pretensos guardadores fue pura y exclusivamente con la finalidad de concretar la entrega del niño, no existiendo entre las partes ningún vínculo: ni de parentesco, ni afectivo.

Sobre este punto también señala que el tradicional debate planteado en torno a la necesidad - o no- de prohibir la entrega directa de niños se encuentra actualmente superada por la decisión de política legislativa reflejada en la ley local 14528 y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de prohibir expresamente la entrega directa de niños con el objeto de evitar los casos de niños puestos por considerarlos prácticas contrarias a los compromisos internacionalmente asumidos, fundamentalmente, desconocedoras de los derechos fundamentales de los niños, al considerarlos como " una propiedad, una cosa que se adquiere, se oculta, se deposita, se traslada" (fs. 249). Sobre este punto destaca que la decisión del criterio contractual ignora el lugar del adoptado, habitualmente al

niño o bebé, al excluir al Estado, que debe garantizar la protección de los derechos del niños, al margen de la "maniobra" (fs.249 )

En suma sostiene que "Todo este corpus juris de orden convencional, constitucional y legal, garantizan el derecho del niño al debido proceso legal en caso de tener que ser separado de su familia en pos de su interés superior" y que en la especie ello ha sido palmariamente violentado (fs.247 vta.)

**III. En mi opinión, el remedio intentado debe prosperar.**

Inicialmente resulta preciso recordar la doctrina de VE según la cuál "Determinar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituye una situación de hecho inabordable -en principio- en la instancia extraordinaria, excepto cuando el impugnante logra demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia que ataca. Más tal carga del recurrente no queda cumplida por el planteo de su disconformidad con las pruebas recabadas y valoradas por el sentenciante." (SCBA C 118234, sentencia del 3 de septiembre de 2014 entre

muchas otras). En la especie, adelanto mi opinión según la cual se ha logrado demostrar tal vicio nulificante.

Concretamente considero que merece favorable acogida la impugnación tendiente a desvirtuar la conclusión a la que arriba la alzada según la cual se ordena “...no innovar en la actual situación convivencial, a fin de que el niño no sea objeto de otro desarraigo y evitarle así potenciales perjuicios (...)” (fs.224 y vta y ccs.).

Para así decidir, la Cámara departamental tuvo en consideración, principalmente, los siguientes argumentos: 1) la madre contó con asistencia letrada de la Defensoría Oficial en oportunidad de otorgar el consentimiento para la entrega de su hijo; 2) que se trata de una guarda evolucionada al haber transcurrido casi 10 meses desde que el niño vive con los pretensos guardadores y que dicho cómputo de tiempo debe evaluarse en función del *statu quo* del menor y su mantenimiento y, por último, 3) que la idoneidad del matrimonio guardador se encuentra debidamente acreditada por los certificados de aptitud del Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

A mayor abundamiento, la sentencia en crisis resaltó que la promoción de la demanda

por parte de los guardadores resultaba demostrativa de la voluntad de ingresar al sistema jurisdiccional para enmarcar legalmente esta guarda de hecho (fs.225).

Sobre la base de los argumentos desarrollados por la Cámara intentaré demostrar por qué, en mi opinión, se encuentra configurado el vicio de absurdidad endilgado.

1) *Del consentimiento materno para la entrega.*

a) *Alcances.* En primer lugar, considero que el argumento vinculado con la validez del consentimiento materno al momento de entregar a su hijo en adopción en virtud de haber podido contar para ello con asistencia letrada evidencia, sin más, el vicio endilgado, no sólo porque se muestra desprovisto de una razonable vinculación con los hechos de la causa sino porque desconoce de modo palmario las normas aplicables a la solución del caso.

En efecto, si bien nuestro ordenamiento legal admite la validez del consentimiento materno de entrega del niño en adopción -con determinados recaudos-, tal disposición no supone reconocer la posibilidad de entregar al niño a persona determinada. Pues, una vez reconocido como válido el consentimiento

materno respecto de la entrega de su hijo en adopción -es decir, sin que se verifique la presencia de vicios en la voluntad- , las normas establecen que la labor judicial debe orientarse a la selección de personas inscriptas en el REUNA a fin de asumir la guarda con fines de adopción del niño. Es decir, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, la entrega de un niño a una familia para que ejerza su guarda con fines de adopción deber ser *estrictamente judicial*.

En particular, resulta ocioso recordar que la modificación a la ley de adopción operada en el año 1997 mediante ley 24779 (texto vigente) introdujo como una de sus principales modificaciones el establecimiento de la guarda judicial, con el objeto de superar los problemas advertidos con las leyes anteriores en relación con las entregas directas de los niños.

Por ello el Código Civil establece en el artículo 318 la prohibición de la guarda mediante acto administrativo o escritura publica con el objeto de evitar precisamente la entrega de niños en guardas adoptivas fuera del ámbito judicial, como sucedió en autos.

Asimismo la exclusividad de la guarda judicial también se encuentra prevista en el

artículo 316 del Código Civil, en el artículo 16 y ccs. de la ley 25854 que establece el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos -al que adhiere la provincia mediante ley 13326- y en la Acordada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 3607/12 que establece el cumplimiento de los pasos previstos en el Anexo del Acuerdo instituido con la valiosa finalidad de adecuar el funcionamiento del registro a la normativa vigente sobre la base de considerar que el registro constituye un instrumento de trascendental importancia para resguardar debidamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ello se reafirma en los fundamentos del Proyecto de Reforma al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los que se expresa que "El proyecto *sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24779 de prohibir las guardas de hecho*, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño (...) En suma los pretendidos adoptantes deben necesariamente estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos de cada jurisdicción, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los

organismo de protección los que propone los mejores postulantes a las autoridades judiciales. Consecuentemente, se rechaza la práctica conocida como " pacto de entrega directa" materializada fuera de todo ámbito institucional que reduce a los niños y niñas a la condición de objetos de transacción -onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo mas o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos fundamentales" (destacado propio)

En esta línea, y tal como lo destaca la recurrente, la nueva ley de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires (14528) prohíbe de modo expreso la entrega directa de los niños por parte de sus progenitores. En tal sentido la ley 14528, -siguiendo los lineamientos introducidos por el artículo 611 Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado- establece que "Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al Juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los

progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción" (art 16)

Del texto de la ley provincial -que sobre este punto contiene cierta diferencia con el texto adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación- surge con claridad que la prohibición admite como excepción la circunstancia de que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretensos guardadores. Ninguna de estas excepciones se advierte configurada en autos.

De ello cabe concluir, en primer término, que las circunstancias fácticas que dan origen al presente conflicto no sólo contradicen la prohibición legal, sino que tampoco resultan justificables a la luz de las excepciones expresamente previstas en la norma - parentesco o conocimiento afectivo previo- .

b). *Válidez.* Por otra parte, tampoco puede sostenerse que la sola presencia de un abogado de confianza resulte un requisito suficiente para que los jueces de la alzada consideren como libre y voluntario el consentimiento materno que decide la entrega del niño en adopción. Esa forma de decidir implica pasar por alto la labor judicial tendiente a resguardar el cumplimiento de los recaudos formales así como la instancias de trabajo con la progenitora y su familia de origen a fin de conocer las posibilidades de ésta de asumir responsablemente el cuidado del niño.

En efecto ello implicaría resignar la función jurisdiccional en manos de una abogado de confianza como única garantía de la legalidad establecida con el elevado propósito de evitar que se autorice la separación de los niños de su madre y/o su familia de origen en virtud de la falta o escasez de recursos - en el caso, familiares y también económicos- lo que resulta expresamente vedado por la totalidad de las normas aplicables a la materia (conf. 5,9, 8, 19 y ccs.CDN; CIDH OC17/2003 párr.76 y ccs; arts. 9 y 34 ley 13294 y 7, 11, 33, 37, 39, 41, 41 y ccs. Ley 26061), en concordancia con las normas que establecen el correlativo deber del estado de adoptar, de conformidad con el máximo

de sus recursos disponibles, medidas de prestación positiva para asegurar los derechos fundamentales, especialmente a aquellos grupos que se encuentran en situación estructural de vulnerabilidad (arts. 14 bis, 75 inc 22 y 23 de la CN; 36 y ccs. Const Pcial; 10 y 11 PIDESC, 17 y 19 CADH; 4, 8, 18 y ccs CDN; 4, 23, 28 y ccs. CPD, entre muchos otros).

Concretamente, el artículo 11 de la ley 14528 establece que "Los progenitores de un niño, niña o adolescente, que decidan autorizar la adopción, deberán manifestarlo (i) *judicialmente* mediante presentación, (ii) *con patrocinio letrado*, (iii) ante el Juez de Familia de su domicilio, (iv) munidos de la documentación que acredite el vínculo filiatorio y toda otra que resulte de interés. (v) Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento. Si antes de los 45 días de producido el nacimiento se presentare la madre y manifestare su voluntad de autorizar la adopción, se la orientará y se le prestará asistencia de acuerdo con lo establecido en esta Ley. Audiencia. El Juez de Familia fijará fecha de audiencia para ser realizada a los tres (3) días de recibida la manifestación voluntaria de autorizar la adopción. En dicha audiencia el Juez tomará conocimiento personal de los progenitores, *indagará sobre*

los motivos por los cuales pretenden autorizar la adopción de su hijo, les informará sobre los efectos de la adopción y le arbitrará los medios para que se les brinde acompañamiento interdisciplinario. Asimismo, dictará medidas de protección que estime pertinentes y dejará constancia del estado de salud del niño. Cuando los progenitores fueren menores de edad, se citará además, a sus padres o representantes legales. Informes. Concluida la audiencia, el Juez de Familia dispondrá que, dentro del plazo de diez (10) días, se realicen estudios psicológicos, sociales, de salud e informes ambientales de los progenitores. Declaración de la situación de adoptabilidad. Recibidos los informes, el Juez dará vista al Fiscal e inmediatamente procederá a la declaración de la situación de adoptabilidad, si correspondiere."(destacado propio)

Es decir, de los elementos de juicio agregados se advierte con claridad el incumplimiento de los recaudos establecidos por la ley.

En efecto, de las constancias obrantes se advierte que la entrega del niño se materializó mediante un acuerdo extrajudicial (fs.32) - que fue posteriormente ratificado en el ámbito judicial (fs. 59, 60 y ccs.)- , ante el juez del domicilio del matrimonio

guardador y durante el denominado período puerperal, contrariando a las claras los recaudos legalmente establecidos con el propósito de reputar válida la decisión de una madre de entregar a su hijo en adopción, en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás pautas emanadas de los instrumentos de derechos humanos aplicables a la materia.

En particular, la norma que establece la competencia en el domicilio de los progenitores de conformidad con el artículo 89 del Código Civil opera como una garantía en pos del respeto de los derechos fundamentales a la identidad y a la vida familiar primordialmente en el ámbito de la familia de origen del niño, procurando garantizar la inmediación del juez con las circunstancias fácticas que dan motivo a la trascendente decisión que se adopta. En igual sentido, el reconocimiento legal de la figura del “plazo puerperal” desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia tiene por objeto preservar que la decisión de entregar a un hijo en adopción no se encuentre condicionada por las circunstancias psico-emocionales en las que se encuentra una mujer luego de dar a luz.

A mayor abundamiento cabe señalar que las circunstancias fácticas acreditadas en

autos tampoco permiten concluir que la manifestación de la voluntad materna haya representado la expresión de una voluntad libre e informada. Concretamente las constancias obrantes a fs. 32, 37/40, 59/60 y ccs. y reproducidos parcialmente por la recurrente en esta instancia (fs. 236 vta, 237, 238, 245 y ccs) nos muestran elementos de juicio relevantes como para considerar no sólo que la voluntad materna no ha sido ni libre ni espontánea, sino que obedece a un acuerdo de voluntades pactado con la progenitora del niño en condiciones de extrema vulnerabilidad - adviértase que la Sra E. P. manifestó "querer dar su hijo en adopción por no tener dinero para pagar el alquiler ni para comer" (fs.59), ser madre de otros dos niños pequeños de 3 y 6 años, enterarse de que se encontraba cursando un embarazo recién al cuarto mes de transcurrido y desconocer el paradero del progenitor del niño al momento de tomar conocimiento, a través de terceras personas, del deseo del matrimonio L-B de adoptar a su hijo (59/60, 174/5 y ccs) . Incluso de su relato se advierte que el matrimonio B-L solventó todos los gastos referidos a los controles médicos de su embarazo en la localidad de Pergamino y le aportó lo datos de su abogada de confianza, Dra.P., encontrándose la Sra P. convencida de que sería ella quien "se encargaría de la presente situación" (sic) (fs 174).

Sobre este punto resulta ocioso recordar que uno de los objetivos -sino la finalidad misma- de la sanción de la novel legislación de la infancia radica precisamente en la necesidad de resaltar el rol del estado como garante de los derechos sociales de los niños, estableciendo a tal efecto un mecanismo administrativo-judicial de protección tendiente a garantizar la efectividad los derechos sociales de los niños con el objeto de que puedan crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen y no ser separado de ésta por razones vinculadas con la falta o escasez de recursos, como las que se expresan en las manifestaciones vertidas por la Sra P.

Tal como lo advierte la Sra Representante del Ministerio Público, debió señalarse "... la situación fáctica en que se produjo la entrega, ocultando que se trataba de una guarda puesta, sin conocimiento ni relación previa entre la madre biológica y los pretensos guardadores, pactada cuando aquélla cursaba el cuarto mes de embarazo y a cambio de contraprestaciones. A lo que cabe agregar que, en el acta de nacimiento acompañada se consignó falsamente como domicilio de la madre el de calle Dr. A. xxx de esta ciudad (que es precisamente el de los guardadores), cuando

vivía en la Provincia de La Pampa y sólo estuvo en Pergamino por unos días con el único propósito de dar a luz al niño y regresar a su lugar de origen inmediatamente, ocultando el embarazo y el nacimiento a su familia de origen, sacándolo del ámbito donde pudiera determinarse su filiación paterna y relaciones parentesco (abuelos, hermanos, tíos, primos, etc; ver informe de fs. 172/176). Esto fue realizado por la madre en condiciones de vulnerabilidad, con la complicidad necesaria de los guardadores quienes conocían la situación. Esta burda maniobra, tuvo como objeto desviar la competencia que le hubiera correspondido al niño según el domicilio de la madre, (art. 89, C. Civil), para desplazarla hasta un lugar lejano donde el nacimiento pasara desapercibido, denunciando domicilios falsos en búsqueda de tornar incierto su estado civil, en búsqueda de asegurar el resultado y disminuir los riesgos que el pacto prohibido traía aparejado" ( fs.245 vta).

Dichas circunstancias evidencian a las claras el origen ilícito de la maniobra que tuvo por objeto al niño y que se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico ( Protocolo Relativo a la venta de Niños, prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la pornografía Adicional a la Convención sobre

los derechos del NIÑO; " CIDH, "Fornerón vs Argentina, sentencia de 27 de abril de 2011).

En otras palabras, surge palmario que A. ha sido objeto de maniobras ilícitas desplegadas por parte de los adultos al recurrir a vías ajenas al mecanismo institucional administrativo-judicial específicamente diseñado por nuestra legislación para *asegurar* los derechos del niño frente a estos actos y al carecer de algún vínculo de parentesco o afectivo previo que permitiera, eventualmente, evaluar la cuestión a la luz de la excepción legal autorizada por la norma.

Sobre este punto ha dicho esa Suprema Corte que "Como bien se observa en el dictamen de la Procuración General, quienes reconocen cierta injerencia a la voluntad de la progenitora en la elección de los futuros adoptantes de su hijo -cuestión no controvertida ante esta instancia-, tienen en cuenta, al momento de convalidar o rechazar el pedido de guarda requerido por los guardadores de hecho, *la existencia de una relación previa entre la familia de origen y la guardadora así como la concurrencia de circunstancias que justifiquen tal excepción.* Por otra parte, en tales casos no ha de mediar duda alguna sobre *la transparencia* del acto de entrega del menor. (...) En este contexto, no

encuentro presentes razones que puedan justificar un apartamiento de los procedimientos diseñados por la legislación vigente a los fines de la guarda y posterior adopción, los que precisamente tienen por finalidad garantizar la juridicidad de un acto esencial para la vida del menor" (SCBA, C 155696, sentencia del 11 de abril de 2012).

En la misma línea ha sostenido esa Corte que "... en concordancia con el dictamen del señor Subprocurador General y la abundante prueba en que se apoya, estimo que la mayoría de la alzada cuando afirma que la cesión ha sido fruto de una voluntad, libre, espontánea y auténtica resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con solo la guarda de hecho y un plan de los pretendidos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción. Por el contrario, el ideario de la Convención de los Derechos del Niño -arts. 1, 3, 6.2, 9.1, 12, 20 y en

especial 21 inc. 1- requiere, en el supuesto de una guarda de hecho nacida de una entrega de la progenitora a personas determinadas, que para hacer viable la adopción la intervención del Juez se concrete instando un proceso que atienda a todos los conflictos que plantea este modo de vinculación con el niño -autonomía de la voluntad, libertad, intimidad, identidad, injerencia estatal lícitas e ilícitas, el derecho a y/o permanecer en la familia de origen, el derecho a vivir en familia, la igualdad de oportunidades- (conf. Gil Domínguez, A. Fama, M.V.; Herrera, M.; "Derecho constitucional de familia", tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2006; Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad", T. I, ed. Universidad, 2008, p. 345 y sigtes; Giverti, Eva, "Adopción siglo XXI. Leyes y deseos", Sudamericana, 2010, p. 199). (...)En este sentido, develado el real contexto en que se suscitó la elección por parte de la madre de los futuros adoptantes del hijo -el matrimonio M. -P. - lo que pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega de la menor, la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y **en la que también la familia que lo acoja está constreñida en respetar**. Amén de que ello no contribuye a alcanzar la

tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Const. Nac.; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 **in fine** de la ley 26.061). Es por ello que en función del mejor interés del niño y de dar efectividad al derecho a integrarse en otro grupo familiar a través de una familia inscripta en el Registros de Adoptantes (arts. 3, 6.2, 20 y 21 inc. a de la Convención de los Derechos del Niño; Observación N 17 del Comité de Derechos del Niño, punto 6 parte final), cuidadosamente evaluada y respetuosa de la ley, cabe revocar la guarda otorgada al matrimonio M. -P. y disponer la misma al matrimonio A. -S. . Con costas (art. 69, C.P.C.C.)" ( SCBA, C 115696, op.cit)

En virtud de estos señalamientos, considero que el argumento esgrimido por la alzada departamental vinculado con la legitimidad del origen de la entrega del niño en virtud de una manifestación libre y voluntaria de la madre por el solo hecho de haber contado con abogado particular repele los más elementales estándares de protección de los derechos de los niños que nacen en familias cuyos integrantes pertenecen a grupos estructuralmente desaventajados.

2) *Del tiempo de convivencia del niño con sus actuales guardadores.* En segundo lugar, considero que identificar sin más el respeto por el interés superior del niño con el mantenimiento de la convivencia de A. con sus actuales guardadores supone avalar un reduccionismo legal intolerable para el ordenamiento jurídico establecido con la valiosa finalidad de regular esta delicada materia. Sobre este punto nos ha alertado el Comité sobre Derechos del Niño en su Observación general nro 14/2013 *sobre el derecho del niño a que su superior interés sea su consideración primordial* al recomendar que “que los estados deben establecer proceso oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para determinar y evaluar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos los mecanismos de evaluación de resultados. *Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones* de los legisladores, los jueces o autoridades administrativas, en especial en las esferas *que afectan directamente al niño o niños*” (destacado propio).

En igual sentido sostuvo esa Corte que “... el encuadre de legitimidad y de regularidad por la actuación dentro del marco legal aportará una mejor

construcción de la identidad subjetiva del niño para poder iniciar definitivamente su proceso de recuperación ante las difíciles situaciones adversas que le tocó vivenciar a lo largo de su corta existencia" (SCBA, C112185, sentencia del 11 de abril de 2011)

Asimismo resulta necesario destacar, como lo hace la quejosa, que la Corte Interamericana en el resonante caso "*Fornerón vs. Argentina*" (2012) destacó la necesidad de que la medida de separación de un niño de su familia se realice mediante el procedimiento adecuado, rodeado de las garantías judiciales, entre las que se señala concretamente la observancia de los requisitos legales. En tal sentido afirma que "*no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales*"; "(...) que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas

conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro ..." y que "...la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe "condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier 'vendedor' la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble" (CIDH, *Fornerón vs Argentina*, 2012) .

3) De la idoneidad del matrimonio guardador. También considero que carece de asidero el argumento de la alzada departamental tendiente a reconocer la idoneidad del matrimonio guardador en virtud de la constancia que da cuenta del decreto de aptitud expedido por el REUNA. Ello en razón de entender, en primer término, y tal como alega la quejosa, que dicha aptitud se encuentra vencida, toda vez que data del año 2009 y no ha sido renovada; y en segundo lugar, por considerar que la GRAVEDAD de la conducta desplegada por éstos guardadores respecto del niño sustrayéndose junto al niño de la órbita de la justicia durante un plazo de 40 días sin que se conozca su paradero ( ver IPP 6830/2014 en trámite ante el Juzgado Garantías nro 2 de Pergamino - ver fs. 151/7,164/5, 208 y ccs-) con el propósito de incumplir la decisión judicial del juez de instancia, contraria a sus intereses, evidencia a las claras la presencia de serios obstáculos desde el punto de vista de su idoneidad para asumir responsablemente el acompañamiento del proceso de adopción de un niño de conformidad con los elevados propósitos diseñados por las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente. Sobre este punto considero que el señalamiento efectuado por la Cámara respecto de dicha conducta al destacar tímidamente que " para recorrer el camino de la juridicidad es de vital importancia para

todos los protagonistas el respeto por las decisiones judiciales..." ( fs.225) evidencia, en mi opinión, otro grosero error de interpretación que priva al decisorio de fundamento jurídico, convirtiéndolo en la expresión de una decisión arbitraria.

4) Por último, me permito señalar que en mi opinión la sentencia impugnada también yerra en cuanto omite considerar las contundentes conclusiones obrantes en el informe remitido por la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la provincia La Pampa que luce agregado a fs 169/75.

Concretamente, del informe surge que " Por su parte, E., luego de escuchar a los profesionales manifiesta estar en conocimiento de lo que estaba pasando con A. pero refiere estar segura del cuidado que la familia guardadora le brinda al niño y que de la presente situación se encargaría la abogada de la familia, la Dra P.. Agrega que mantiene contacto telefónico de manera asidua con el matrimonio guardador, agregando inclusive que viaja periódicamente a la localidad de Pergamino a visitar a la familia L-B a los fines de saber y conocer como se encuentra A.". También se advierte del mismo que "...de la entrevista se desprende el hecho de que E. realizó todos los controles médicos

durante el embarazo en la localidad de Pergamino como así también la cesárea programada e una clínica de dicha localidad, solventando todos los gastos ocasionados el matrimonio LB. Informando además que dicho matrimonio tenía como representante legal a la Dra S. P. de quien aporta el teléfono (...) para que tomemos contacto y obtener información detallada sobretodo los trámites realizados, argumentando E. desconocer que lo tramitado era ilegal..."(fs.174)

Por otra parte, de la entrevista efectuada surge que "Cuando se le plantea a la progenitora la posibilidad de que A. sea incorporado en alguna institución de internación alternativa que considere el servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la localidad de Pergamino, hasta tanto se defina la situación irregular por la que atraviesa, la misma manifiesta que de no quedar A. con la familia guardadora, *ella estaría dispuesta a criarlo porque no quiere que crezca en esas instituciones*, entendiendo que debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos; pero no pudiendo referir el cuidado de su hijo desde un lugar fraternal y atravesada por el amor, cuidado, etc" ( fs.175 destacado propio).

Por último estimo preciso destacar las manifestaciones vertidas en el informe por parte del abogado de la institución en oportunidad de comunicarse con la apoderada del matrimonio B-L, según las cuales " .. la Dra. P. manifestó tener conocimiento del lugar donde se encontraría el niño A. P. junto con sus actuales guardadores, pero que de ninguna manera permitiría que el niño sea institucionalizado y que solo colaboraría con la orden emanada del poder judicial en el caso de que A. pueda volver con su madre o algún familiar biológico..." (fs.176)

5) En suma, considero que la sentencia de la alzada desoye a las claras el mandato establecido por la Corte Interamericana en el caso "Fornerón" en cuanto señala la necesidad de suprimir las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención u obstaculicen el ejercicio de los derechos allí previstos, y que, consecuentemente, corresponde a ese Máximo Tribunal revertir lo decidido con el objeto de alcanzar una decisión judicial que resulte capaz de efectivizar la observancia de dichas garantías (ver apartados a) y b) del párrafo tercero, punto ii)).

IV. En virtud de estas consideraciones estimo pertinente propiciar a VE que se haga lugar al recurso por considerar acreditado el absurdo endilgado y se remita el expediente al Tribunal interviniente a fin de que proceda con urgencia a adecuar el procedimiento a las pautas señaladas.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 26 de marzo de 2015

- **María del Carmen Falbo**

#### **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 11 de febrero de 2016, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, de Lázzari, Soria, Pettigiani, Genoud, Kogan, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.702, "P. ,A. . Guarda con fines de adopción".

#### **A N T E C E D E N T E S**

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Pergamino revocó la sentencia de primera instancia que había dispuesto el cese

de la convivencia del niño A. P. con el matrimonio L. -B. y, en consecuencia, ordenó mantener el **statu quo** del menor en el seno de la familia guardadora y la prosecución de la causa según su estado de conformidad al procedimiento establecido por la ley 14.528 (fs. 221/229).

Se interpuso, por la Asesora de Incapaces departamental, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 235/251).

Oída la señora Procuradora General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

#### **C U E S T I Ó N**

¿Es fundado el recurso de inaplicabilidad de ley?

#### **V O T A C I Ó N**

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

1. La titular de la Defensoría Civil n° 2 del Departamento Judicial de Pergamino, en nombre y representación del matrimonio integrado por los señores M. A. L. y P. A.B. , peticionó judicialmente -con fecha 30 de mayo de 2014- la guarda con fines de adopción del menor A. P. (v. fs. 37/40 vta.).

Señaló que el niño se encuentra bajo la

guarda de hecho de los cónyuges desde el 3 de febrero de 2014, momento en que su madre biológica se los entregó, y ajuntó el acuerdo celebrado por ante la Defensoría Oficial.

2. La Asesora de Incapaces indicó que se trataba de un caso de entrega directa, expresamente prohibida por la legislación vigente. Solicitó al juez interviniente que se decretara el estado de abandono del menor y su entrega a una familia inscripta en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción.

Agregó que no encontraba acreditada la existencia de vínculo de parentesco o lazo afectivo entre la progenitora del niño y los pretensos guardadores. Por lo tanto, hasta tanto se efectivizara la declaración requerida, sostuvo que correspondía -cautelamente- que el menor fuera separado del matrimonio L. -B. (v. fs. 61/63).

3. El Juez de Familia tomó contacto personal con el niño A. P. y su madre (v. fs. 59/60 y 66).

Luego, el 22 de octubre de 2014, resolvió hacer lugar a la medida cautelar peticionada por el Ministerio Público (v. fs. 67/79).

En consecuencia, decretó el cese de la convivencia de A. P. con el matrimonio guardador y ordenó que el mismo quedara a disposición de la autoridad administrativa.

Asimismo, difirió el dictado de la

declaración de estado de adoptabilidad del niño y su entrega a una familia inscrita en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción hasta tanto se cumpliera con lo previsto en el art. 11 de la ley 14.528.

Por último, dispuso notificar las medidas adoptadas e instó a las partes a que aunaran esfuerzos para que el cambio de situación del niño fuera lo menos traumático posible, encomendando a la Asesora de Incapaces y al Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño realizar todas las diligencias necesarias para efectivizar lo decidido. Finalmente, ofició a la Fiscalía General departamental a fin de que investigue la situación, ante una posible comisión de delito por parte de los guardadores del niño y la progenitora de éste (fs. 67/79).

4. La Cámara de Apelaciones revocó esa decisión.

Destacó el carácter provisorio y mutable de la medida cautelar ordenada y que la misma debía ser examinada conforme los preceptos de la ley adjetiva, además de los específicos en materia de adopción, en consonancia con las normas supralegales de jerarquía constitucional sobre los derechos del niño.

Señaló que el interés superior del menor, como principio rector, implicaba no solo el

reconocimiento abstracto de su valoración normativa sino el particular examen de las circunstancias del caso.

Puso de relieve que, en estas actuaciones, se estaba ante una guarda evolucionada pues (al momento del dictado de esa sentencia) hacía casi diez meses que el niño vivía con los guardadores, ya que su madre biológica se había desprendido voluntariamente de la guarda.

Entendió que ese niño, de tan corta edad, no podía ser objeto de otro desarraigo y estimó que correspondía no innovar en la situación convivencial (v. fs. 224/vta.).

Agregó que "... lo acontecido desde la decisión materna, en lo que a la ausencia de control jurisdiccional desde el inicio de la guarda fáctica de A. respecta y la falta de adecuación de las partes a los procedimientos de la normativa vigente, si bien aparecen como una disfuncionalidad en el sistema previsto, no impiden sopesar certeramente la primacía del interés del niño, evitando que recaigan sobre este sujeto vulnerable las consecuencias negativas de los hechos consumados..." (v. fs. 224 vta.).

En conclusión, mantuvo la convivencia de A. P. con el matrimonio B. -L. y, ordenó que la causa prosiguiera según su estado, de conformidad al

procedimiento reglado en la ley 14.528 (fs. 221/229).

5. Contra esa decisión la señora Asesora de Incapaces dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia la violación y aplicación errónea de los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 11, 12 y 36 de la Constitución provincial; 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Principios 2, 6 y 9 de la Declaración de los Derechos del Niño, 4 y 35 de la ley 13.298 modificada por la ley 14.537 y su decreto reglamentario; 321 de la ley 24.779; 195, 384 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial; 18, 20, 21, 59, 264, 307, 316, 317, 318, 953, 1004 y concordantes del Código Civil; 16 y concordantes de la ley 14.528.

Alega absurdo e infracción de doctrina legal sentada por este Tribunal en la causa C. 115.696 (fs. 235/251).

6. A fs. 337/350 vta. se presenta el matrimonio L. -B. adjuntando memoria y constancias de inscripción ante el Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de adopción correspondientes a los años 2009 a 2014 (v. fs. 330/336).

7. El recurso prospera parcialmente.

I. a). A. P. se encuentra viviendo con

el matrimonio integrado por la señora P. A. B. y M. A. L. desde que tenía cuatro días de vida.

Según surge de fs. 32 la madre del niño, señora E. N.P. , patrocinada por la Titular de la Defensoría de Pobres y Ausentes N° 1 del Departamento Judicial de Pergamino y denunciando domicilio en la localidad de Santa Rosa, provincia de La Pampa, suscribió -el 3 de febrero de 2014- un acuerdo con los mencionados cónyuges, quienes fueron asistidos por la secretaria de la Defensoría Civil N° 2 .

En ese acto, celebrado en la Defensoría de Pobres y Ausentes de ese Departamento Judicial, se consignó que "la Srta. E. N.P. , en su carácter de progenitora del menor, A. P. (titular del DNI: ...), nacido el día 30 de enero de 2014 en la ciudad de Pergamino, y en pleno ejercicio de la libre autonomía de la voluntad familiar, decide otorgar la guarda del menor mencionado, en forma exclusiva a los cónyuges B. -L. , quienes aceptan comprometiéndose en este acto a prestar todos los cuidados y asistencia integral al niño para su normal desarrollo, crianza y educación. Que el menor habitará en el domicilio de los cónyuges B. -L. ..." (v. fs. 32).

b) Iniciadas las actuaciones judiciales, el 29 de septiembre de 2014, comparecieron por ante el juez, a cargo del Juzgado de Familia n° 1 de

Pergamino, la progenitora del menor, con patrocinio letrado, y la Titular de la Asesoría de Incapaces, junto con la secretaria de esa dependencia (v. fs. 59/60 vta.)

En esa audiencia la señorita E. N. P. manifestó que luego de conocer al matrimonio B. -L. tomó la decisión de que fueran ellos los futuros adoptantes de su hijo por nacer y, en ese acto, reafirmó esa decisión (fs. 59/60 vta.) .

Expresó desconocer quién era el padre biológico de su hijo y que daba en adopción al niño por no tener dinero para pagar el alquiler, ni para comer. Aclaró que tenía dos hijos más, de 6 y 3 años, y que sus únicos ingresos provenían de las cuotas alimentarias que le pasaban los progenitores.

II. Esta Corte ordenó como medida para mejor proveer la realización de un informe socioambiental en el domicilio del menor y una pericia psicológica al niño y vincular con el matrimonio L. -B. , así como también tomó contacto con el pequeño (fs. 357 y 360).

Del relevamiento socioambiental surge que el matrimonio guardador le brinda a A. el afecto, la contención y los cuidados propios, acordes a su edad (v. fs. 366/371). Asimismo del informe psicológico se observa que no se advierten indicadores negativos computables, sino por el contrario, una interacción satisfactoria (fs. 364).

III. En esta oportunidad corresponde evaluar si el niño A. P. debe permanecer en el domicilio del matrimonio B. -L. (como se decide en el fallo impugnado) o en su defecto, si resulta pertinente disponer la medida cautelar que procura el cese de esa convivencia y la entrega del menor a la autoridad administrativa (tal como fuera ordenado en primera instancia y como pretende la recurrente).

En la especie no hay familiares biológicos ni otro guardador que reclamen la restitución del niño.

En ese contexto, recuerdo que la naturaleza de las cuestiones familiares como las que nos ocupa exige un especial cuidado en la evaluación del caso: es el "interés superior" del niño, al que hace referencia el art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la pauta de decisión ante un conflicto de intereses y el criterio para la intervención institucional destinada a su protección (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; mi voto en C. 102.655, sent. del 27-IV-2011).

Ese interés superior del menor está determinado por sus necesidades y son éstas las que lo definen en cada momento de su vida para su desarrollo integral como persona (v. mi voto en C. 101.726, sent. del 5-IV-2013).

De las constancias obrantes en autos observo que el menor A.P. , quien en la actualidad tiene dos años, se encontraría contenido junto al matrimonio L. - B. y que, en este momento, el superior interés de aquél se vería afectado con el dictado de una medida cautelar que dispusiera el cese de esa convivencia que -también- posee carácter precautorio (tal como se enuncia a fs. 226).

Por ello, corresponde mantener el **statu quo** del menor en el seno de la familia guardadora y que la causa prosiga según su estado de conformidad al procedimiento estatuido en la ley 14.528 (conf. art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849).

8. Por otro lado, considero que asiste razón a la recurrente en cuanto cuestiona el alcance otorgado por la alzada a la manifestación de voluntad expresada por la madre biológica de A.P. .

a. El art. 11 de la ley 14.528 prevé expresamente que los progenitores que decidan autorizar la adopción, deberán declararlo judicialmente mediante presentación, con patrocinio letrado, ante el Juez de Familia de su domicilio y que esa manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento. Pues, si fuera antes de ese plazo, se la orientará y se le prestará la debida asistencia.

Además, dispone que el juez arbitrará

los medios para que se les brinde acompañamiento interdisciplinario y la realización de estudios psicológicos, sociales, de salud e informes ambientales.

b. La asistencia letrada por parte de la Defensoría Oficial al momento de la entrega en guarda no sustituye ni desplaza esos requerimientos.

El acuerdo privado en el que se decide el futuro familiar, afectivo y social del pequeño A. fue suscripto por su progenitora cuando él contaba -solo- con cuatro días de vida.

Y aunque esa voluntad fuera ratificada en la audiencia obrante a fs. 59/60, en el caso, la importante labor de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia de la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Provincia de La Pampa, desarrollada a partir del 7 de noviembre de 2014 (v. fs. 171/176), no pudo ser considerada en su totalidad por la Cámara: las evaluaciones se adjuntaron con posterioridad al fallo dictado el 28 de noviembre de 2014.

c. En consecuencia, habida cuenta las evaluaciones acompañadas luego del pronunciamiento de la alzada y los recaudos que la mencionada norma impone, estimo que la conclusión a la que arribó el Tribunal -en relación a la validez del consentimiento materno- resultó prematura y deberá ser, en todo caso, materia de un nuevo

análisis (art. 289, C.P.C.C.).

Por todo ello, dada la naturaleza de los intereses afectados, corresponde exhortar a la instancia de grado a que arbitre todos los recaudos que estime corresponder para determinar si el menor se encuentra en situación de adoptabilidad en el plazo más breve posible (art. 15, Const. prov.), disponiendo las medidas que resulten pertinentes.

9. Por otro lado, agrego que las circunstancias a ponderar en el presente caso difieren de las configuradas en la causa C. 115.696 (sent. del 11-IV-2012), por lo que merece desestimarse el agravio vinculado con la violación de doctrina legal.

Recuerdo que para demostrar la existencia de violación o errónea aplicación de la doctrina legal no basta identificar el precedente del tribunal que contiene la doctrina que se denuncia como violada, sino que debe plantearse la similitud o analogía con la plataforma fáctica de la causa (conf. A. 72.293, sent. del 6-V-2015).

10. Por todo lo expuesto, con el alcance indicado, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, dada la índole de la cuestión planteada (arts. 68, 2do. párrafo, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

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

1. A diferencia del doctor Negri, y en consonancia con el dictamen de la Procuración, considero que el recurso debe prosperar.

2. El ideario de la Convención de los Derechos del Niño -arts. 1, 2, 3, 6.2, 7, 8.2, 9.1, 12, 20, en especial 21 inc. 1, 24 y 35-, requiere para un niño, una vez que el Poder Judicial -Ministerio Público y jueces- accede al conocimiento de su condición irregular con el matrimonio que lo tiene a su cuidado, junto a una progenitora en pleno período puerperal que exhibe factores de desigualdad estructural y en pleno conflicto con la maternidad, que se cumpla un proceso que garantice la acción oficiosa ante el esclarecimiento del asunto que lo afecta (arts. 595 inc. b y 611 del Código Civil y Comercial; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos 331:941; ley 26.061; art. 16 de la ley 14.528, Acordada 3607; C.I.D.H., Caso "Fornerón vs. Argentina", sent. del 27-IV-2012, párrs. 168, 169 y 172; Opinión Consultiva, Corte I.D.H., N° 17/02, párrs. 95 y 98).

3. A fin de demostrar que la sentencia en crisis no ha respetado el derecho del niño a que su

interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, paso a señalar las circunstancias de hecho referentes al desconocimiento de su condición de sujeto de derecho de parte de los guardadores, a saber:

a. el desprendimiento del hijo y su entrega a personas determinadas ha sido motivado sin ningún vínculo afectivo previo, por lo que se descarta sopesar en su evaluación algún beneficio para propiciar el vínculo. En relación al bebé la corta existencia destierra todo reconocimiento del matrimonio como referente afectivo y, en lo que hace a la historia de contacto entre la progenitora y el matrimonio, solo se sustenta en función de motivos económicos y sociales desfavorables para que la ayuda económica por ellos brindada solo sirva para fines reproductivos y esté direccionada a generar, a partir del desplazamiento de la progenitora de su ciudad de origen en La Pampa a un lugar alejado como Pergamino, un proceso adoptivo en otra jurisdicción (v. fs. 59/60; 174/175), sin respetar el centro de vida del niño, junto a los principios generales de tutela judicial efectiva e inmediación de los procesos de familia y sí el lugar de residencia de los guardadores (CEDAW, art. 4; arts. 3 de la ley 26.061, 615 y 706 del Código Civil y Comercial, C.I.D.H., Caso "Fornerón vs. Argentina", párr. 81; art. 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires);

b. las prestaciones en especie están reconocidas por los propios guardadores -traslado desde La Pampa a Pergamino y su retorno, gastos por el parto y los controles previos, fs. 60- y por sí solas son la visualización de un niño como mercancía, en donde se afectan bienes jurídicos fundamentales como la libertad, su integridad personal y dignidad, con un aprovechamiento a su condición vulnerable de dependencia del adulto (C.I.D.H., "Fornerón vs. Argentina", párrs. 140 y 142; Observación General N° 7 del Comité de Derechos del Niño, párrs. 11 y 16; "Informe de la Relatora Especial sobre la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en Pornografía", 17-I-1996, E/CN.4/1996/100, p. 12, Resolución O.N.U. sobre derechos del niño A/RES/66/141, 4-IV-2012, p. 20 y RES/65/197, 30-III-2011, p. 18. Consejo de Derechos Humanos respecto a derechos del niño A/HRC/RES/19/37, 19-IV-2012, p. 42.; 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad);

c. los actores, en el escrito postulatorio, sostienen que la madre biológica se desentendió de sus obligaciones maternas, pero acompañan el acuerdo extrajudicial firmado ante la Defensoría Oficial en donde se manifiesta otra cosa: su acogimiento encausado a través del desmembramiento de la guarda (fs. 37/40 y 32).

Esta visible contradicción en el proceder de los señores L. B. es una demostración que han socavado el valor del semejante y han propiciado que el otro -en nuestro caso la progenitora en su estado de necesidad- solo sea un medio para su accionar (v. Bleichmar, Silvia, "Modos de concebir al otro", Revista "El monitor de la Educación", N° 4);

d. en la partida de nacimiento, se declara que el domicilio de la progenitora es el de los propios guardadores -Alem n° ... de la ciudad de Pergamino; v. fs. 6-; en cambio en el acuerdo extrajudicial firmado ante las Defensorías, se devela el domicilio real de la progenitora en la Avenida Perón n° ... de la localidad de Santa Rosa -fs. 32-. Esta diferencia constituye un certero indicio de un posicionamiento de los guardadores direccionado a eludir las autoridades competentes para determinar la adopción (arts. 21 inc. a de la Convención de los Derechos del Niño 163 inc. 5, C.P.C.C.);

e. el artilugio de presentarse los guardadores acompañados con la progenitora ante la Defensoría Oficial con representantes de dos oficinas oficiales para dar forma a la entrega directa de un niño con el ropaje de un acuerdo extrajudicial y refrendar ambas titulares que es una atribución de las partes optar, **si lo consideran necesario, pedir la homologación judicial del presente acuerdo** que luce en el escrito de fs. 32, es

preparar el terreno para intentar legitimar un proceso judicial que desde el marco legal no puede encajar en ningún molde. Ni como excepción a la guarda porque no existe ningún vínculo afectivo previo, tampoco en la figura de delegación de guarda porque no está prevista para progenitores que quieren desentenderse de forma definitiva de la crianza del hijo -v. art. 643 del Código Civil y Comercial unificado-. Menos como un abrigo donde se haya garantizado la participación de los servicios locales o zonales de protección a la infancia y en su caso proseguir con una guarda entregada a familias que se encuentran inscriptas en donde cabe presumir legítimamente la idoneidad de la familia como consecuencia de haber separado las instancias institucionales establecida específicamente para tal fin (v. Murganti, Ana, "Conflictos entre la familia de origen y la familia adoptiva en la Corte Federal", en "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho de Familia", T. I, La Ley, Fondo Editor de Derecho y Economía, 2014, Argentina, p. 1153, nota 68);

f. eludir los guardadores del accionar de la justicia, pese a haber sido notificados en el domicilio constituido y haber realizado presentaciones demostrativas que conocían de la existencia de la medida dispuesta del cese de convivencia del niño, con un claro

proceder contrario a la buena fe para beneficiarse del transcurso del tiempo y torcer el efecto devolutivo del recurso a los fines de consolidar el vínculo (fs. 105, 118 vta., art. 27, ley 14.528). Ello trasunta otra evidencia de apropiación del niño como medio natural de comunicarse;

g. también es llamativo que la Defensora Oficial -N° 2- haya asumido la defensa para iniciar un proceso sin tener en cuenta que la pareja guardadora contaba con medios para sufragar un abogado de la matrícula -v. fs. 38; art. 33 inc. a de la ley 14.442-;

4. Asimismo los elementos en este caso que la alzada ha considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior y la manera en que se han ponderado para determinarlo en relación con los derechos de que es titular el menor tampoco ha sido lo que corresponde, a saber:

a) la Secretaria de la Defensoría Oficial N° 2, doctora María Teresa Kelly -patrocinando al matrimonio guardador- y la Titular de la Defensoría Civil N° 1 -patrocinando a la progenitora- no pueden refrendar un contrato de entrega directa de un bebé. Si bien están habilitadas para celebrar acuerdos extrajudiciales y tramitar homologaciones -art. 33 de la ley 14.442, alcanzado con las modificaciones introducidas por la ley 14.613- los mismos deben revestir siempre un objeto lícito

(conf. art. 16 de la ley 14.528 y 279 y 611 del Código Civil y Comercial unificado; C.I.D.H., Caso "Fornerón", pár. 79). En consecuencia, la apoyatura en que se vale la Cámara para entender válido el acto de entrega porque la progenitora otorgó un consentimiento con asistencia letrada para operar el desmembramiento fáctico de la patria potestad (v. fs. 223 vta.), deja de lado un presupuesto ineludible: que ese acto es nulo por objeto prohibido y por lo tanto carente de virtualidad. Aún más: el art. 634 inc. c) del Código Civil y Comercial, pese a que su inclusión responde al costado trágico de la historia argentina de apropiación de niños bajo el terrorismo de Estado, previsión que había sido receptada en el art. 337 inc. d) del Código Civil recientemente derogado, también es extensible a los hechos ilícitos incorporados en el capítulo II de del Título IV del Código Penal ("Delitos contra el estado civil"), agrupados bajo el nomenclador de "Supresión y suposición del estado civil y de la identidad" (arts. 138 a 139 bis) y por lo tanto no es posible desconocer que es una causal de nulidad de la adopción (en igual sentido art. 634 inc. c.; v. también Fernández, Silvia Eugenia, "La visión contemporánea de la adopción, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho de Familia", t. I, Fondo Editorial de

Derecho y Economía, Argentina, 2014, págs. 936/938);

b) otra irregularidad en esta materia signada por el orden público se encuentra en la fecha que se firma el acuerdo, a los cuatro días de dar a luz la progenitora, en violación al art. 11 de la ley 14.528 que determina que la manifestación de voluntad es válida sólo si es posible después de los cuarenta y cinco días;

c) resaltar la idoneidad de los guardadores porque se encuentran inscriptos en el Registro cuando se sabía que no era del caso la aplicación de criterios de selección regulados por la ley 14.528 y la Acordada 3607 porque la elección ya estaba digitada es otro fundamento que contraría las reglas que rigen el procedimiento. En este sentido, encausar el trámite a través de la función del Registro es haber confundido la función jurisdiccional con la función administrativa delegada en el marco de la referida acordada.

Incluso, de seguirse este camino equivocado, es una práctica que se aparta de la pauta de idoneidad que debe regir la selección de postulantes del Registro de Adoptantes con fines de Adopción: el respeto al derecho a la identidad y de origen del niño (ver arts. 17, tercer párrafo de la ley 14.528 y 613 en su relación con el art. 595 incs. b y e del Código Civil y Comercial unificado; ver Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lloveras, Nora

y Herrera, Marisa, "Tratado de derecho de familia", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, comentario al art. 613);

d) considerar que la conducta reprochable de los mayores no debe sancionar a un niño privándolo de una familia por la actitud incorrecta de aquéllos, no obstante compartir en líneas generales esta reflexión -con cita de Ana María Chechile, fs. 224 vta.- en el caso, entiendo que los dos mayores no lo benefician por estas razones: se convalidaría la permanencia con guardadores que no solo no han respetado al bebé como sujeto, sino que han direccionado las circunstancias siempre en su provecho y en un claro torcimiento de la ley -cambio del centro de vida (fs. 6 y 32) y tiempos en el proceso (fs. 105, 118 vta.)-, mostrando desprecio por la subjetividad del niño y las instituciones que afianzan el estado de derecho. También en ello, se ha obviado la intervención de los organismos del Estado en la protección de la infancia en una etapa previa a la adopción (arts. 7, 8, 9, 18 y 20, C.D.N., 4 y 7, ley 26.061, ley 14.528), convalidando un acuerdo previo realizado entre adultos, al margen de la ley, que cosifica al niño, al mismo tiempo postergando la mayor facilidad y celeridad en el derecho que tiene A. a vivir en familia.

e) y en cuanto a mantener el **statu quo** del infante con los señores L. -B. por el temor a la

institucionalización -fs. 227 vta.-, es justificar una medida sin garantizar la restitución integral de los derechos del menor. Adviértase que de haberse actuado con la debida diligencia a los cuatro días de conocer el Defensor Oficial y en posición proactiva para el esclarecimiento de las circunstancias que afectan al niño, se hubiera encausado el trámite garantizando el derecho reproductivo de la progenitora, y al término de cuarenta cinco días de persistir con la decisión de no asumir la maternidad, el Juez hubiera determinado la elección de un postulante del Registro (v. mi voto en C. 115.519, sent. del 20-V-2015). Superado este breve plazo, pero con la certeza de contar con una manifestación válida, asumida en forma libre e informada, se hubieran agotado las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

f) incluso podría haber justificado el órgano judicial la decisión de no acudir a la institucionalización en esos cuarenta y cinco días por otros medios de los que tiene a su alcance. Por ejemplo medidas de acogimiento familiar, siempre que ellas no encubran otros intereses y estén debidamente pautadas las condiciones que, a falta de regulación general de la Secretaría de la Niñez, debería fijar el juez (ver Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades

Alternativas de Cuidados de Niños [2009])).

5. El calificativo positivo que hace la Cámara sobre el obrar de los pretensos adoptantes respecto de haber acudido a la justicia en busca de un marco legal, y la reflexión del doctor Degleue que no encuentra una acreditación suficiente de lo que podría configurar en principio algún grado de connivencia en el acto de entrega en tanto no puede descartarse que la vinculación pudiere provenir de la sola confianza que emerge de la entrevista de la madre biológica con quienes han acudido al sistema legal de inscripción en el Registro de Aspirantes (fs. 227) o encontrar justificada la falta a estar a derecho porque la medida cautelar no fue notificada personalmente (fs. 227) para finalmente valerse del interés del menor alcanzado con la integración que se alcanzó entre el niño y esta pareja -fs. 227- desatienden la protección de la identidad y origen del niño y el derecho al acceso a la justicia con un proveimiento adecuado (arts. 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs. 55 y 56; C.I.D.H., caso "Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones", párrs. 121 y 122, arts. 8 y 25 de la Convención Americana). En ella, no se tiene en cuenta **la posible afectación en la**

**integralidad e interdependencia de los derechos que pudiera resultar afectado de seguirse esta vía** (arts. 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

6. En este sentido, develado el real contexto en que se suscitó la elección por parte de la madre de los futuros guardadores de la hija, lo que pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega de la menor, la justicia no puede dejar en manos de las partes, ni mucho menos de los defensores oficiales que participaron en la entrega extrajudicial, el acomodamiento de los hechos, ni de las razones que justificarían una guarda de hecho puesta y una historia filial por fuera de la ley. De seguirse este criterio, **no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto, el respeto a su identidad y en la que también la familia que lo acoja está constreñida a respetar. Máxime cuando en este instituto se pone la mira primordialmente en el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos** (ver Ac. 115.606, sent. del 11-IV-2012 y mi voto en C. 115.519, sent. del 20-V-2015).

Con ello quiero significar, siguiendo a Fernando Ulloa, "que las vinculaciones entre los miembros de un grupo familiar podrían pasar despreocupadas de lo que peligra cuando operan procesos silenciosos o de silenciamiento", porque solo se atiende en el presente el rol de sostén material y afectivo que cumple la familia.

Pero hay otro costado, el de la autonomía e identidad del sujeto, que si se desatiende a través del silencio negador de la identidad de la niña en una etapa originaria de la historia vital, puede repercutir en una etapa futura en la salud sicofísica y social de quien nos ocupa ("Los pasos de Ulloa", incluido en el libro "Pensando Ulloa", por Beatriz Taber y Carlos Altschul [comp.], ediciones Del Zorzal; arts. 3, 6 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño).

Se añade a lo expuesto que el aporte de estos conocimiento generales de otras disciplinas, en nuestro caso la psicología y la salud (ver en igual sentido Eva Giberti citada en mi voto C. 115.696, sent. del 11-IV-2012), sobre la proyección de las consecuencias desfavorables para mantener el **statu quo** con quienes han demostrado una falta de integridad moral para el niño con quien se vinculan, me han definido por modificar el estado del menor, sin que ello implique teorizaciones desarrolladas en abstracto. Por el contrario están apoyadas **en el debido perfil de especialización** que merece el conocimiento de este asunto que involucra a A. con la pareja B. -L. por las características recogidas a lo largo del proceso que he tenido en consideración en la evaluación (ver Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 95).

7. Amén de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 de la Convención sobre los derechos del Niño; 18 de la Const. nac., 15 de la Const. prov., 27 y 33 **in fine** de la ley 26.061; prohibición de guardas de hecho ley 14.528; ver también C. 115.606, sent. del 11-IV-2012; Recomendación del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines adoptivos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación del 13 de junio de 2014).

Por otra parte, la Corte Interamericana, en la causa "Fornerón vs. Argentina" (2012), ha señalado la necesidad de que la medida de separación de un niño de su familia biológica se realice mediante el procedimiento adecuado, rodeado de garantías judiciales.

8. Ahora bien, hay otros elementos a considerar de manera oficiosa para que A. alcance a realizar el derecho a vivir en familia de forma inmediata.

La progenitora a fs. 59/60, en presencia del juez, ha reiterado la decisión de dar en adopción a su hijo. También del informe del Servicio Local de Promoción y de Protección de La Pampa junto a un abogado de esa Dirección, surge que la señora P. está segura de que

el cuidado del niño recaiga en otra familia y no aporta ningún dato que comprometiera a su familia biológica para que impida la declaración judicial de adoptabilidad (fs. 171/176 ). En consecuencia, considero que en esta instancia cabe declarar el estado de adoptabilidad del niño (arts. 607 del Código Civil y Comercial y 384 del C.P.C.C.).

9. La plataforma fáctica antes señalada y el modo de mantener los guardadores el cuidado del niño a través de la concreción del acuerdo extrajudicial **no presenta solo aristas observables, sino que implica en esa obtención seguir una serie de irregularidades en la actuación de parte de las integrantes de la Defensa Pública que controvierten estándares internacionales en derechos humanos particularmente en materia de derecho de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación al no haber impedido la maniobra tendiente a consolidar la entrega irregular.** A partir de su participación, se convalida el traslado de la progenitora a un lugar que viola el centro de vida del niño por nacer; se avala un consentimiento de la progenitora no solo en un tiempo durante el cual está prohibido que tome esta decisión -dentro de los cuarenta y cinco días-, sino también bajo condicionamientos adversos de extrema necesidad en que transitó la maternidad; con elementos objetivos como es el domicilio en la partida de nacimiento

distinto al denunciado en la firma del acuerdo y de solvencia material de la pareja B. -L. que no requiere la asistencia de un Defensor Oficial; y por último, remata con un acuerdo prohibido por el art. 611 del Código Civil por el modo de obtener la guarda.

10. Aduno a lo expuesto que, de conformidad a la medida de mejor proveer dispuesta por este Tribunal -fs. 396- en donde se requiriera al titular del Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Pergamino que informara a este Tribunal la existencia y estado de actuaciones penales relativas a los hechos y circunstancias ventiladas en las presentes actuaciones, y la respuesta recibida a fs. 409 de la existencia de una investigación Penal Preparatoria 12-00-006830-14 caratulada "Posible Comisión de delito de acción pública. Dte: Juzgado de Familia N°1", con la intervención del Juzgado de Garantía N° 2 Departamental a cargo del doctor Julio Caturla, la que se encuentra en plena etapa probatoria, la situación se podría agravar de comprobarse en la causa en trámite la comisión de delitos.

A ello agrego que la Corte Interamericana en el caso "Fornerón vs. Argentina" ha resaltado la necesidad de que el Estado nacional adopte las medidas necesarias para tipificar la venta de niños y niñas para aquellas personas que específicamente participen en

adopciones irregulares. Aún hoy, pese al avance con la presentación de proyectos en el Honorable Congreso de la Nación que propician regular este vacío, todavía no se ha alcanzado dicho cometido. Sobre este aspecto, la mentada reforma aportaría efectividad a la persecución penal a quienes reciban o detenten a un menor de edad con fines adoptivos o de vinculación permanente y **enviaría un mensaje social de no tolerancia a este grave problema de derechos humanos que es preciso no repetir.**

11. Es por ello que teniendo en cuenta el interés del menor, que conlleva que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño, y que obliga a considerar que en toda decisión concerniente a él es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) es que cabe disponer el cese de la convivencia del niño A. P. con el matrimonio guardador conformado por los señores M. A. L. y P. A.B. .

Asimismo, propongo que dentro de las cuarenta y ocho horas de notificada la presente los señores M. A. L. y P. A. B. se presenten en la sede del Juzgado de Familia N° 1 de Pergamino, sito en calle General Paz N° 728 de esa ciudad, en el horario de 8 a 14 horas y procedan a cumplir la manda con su respectivo D.N.I. y la libreta sanitaria, en presencia de la señora Asesora de Incapaces y

del representante del Servicio Local de Protección de los Derechos del Niño de esa localidad, bajo apercibimiento de efectivizar la restitución con el auxilio de la fuerza pública, arbitrando las medidas tendientes a preservar al niño (aplicar por analogía el art. 231 de la Ac. 3397) y efectuar la pertinente denuncia penal.

Cabe encomendar al Juez de la instancia que realice todas las medidas a su alcance para efectivizar lo aquí dispuesto incluyendo la selección de postulantes de guarda con fines de adopción entre aquellos inscriptos en el Registro (ley 14.528 y Acordada 3607), instando a las partes involucradas a aunar esfuerzos a los efectos de que el cambio de situación del niño sea lo menos traumático posible, preservándose con ello su integridad psicofísica.

Voto por la **afirmativa**.

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

El recurso debe prosperar.

1) Comparto lo expresado por el doctor de Lázzari en cuanto a la descripción de las irregularidades cometidas en el presente proceso, que describe el magistrado en el punto 3 de su voto, a excepción del punto b. Además considero correctas, y por ende acompaño, las erróneas apreciaciones en que incurre el **a quo**, detalladas en el punto 4 del voto del colega.

2) De igual modo que sostuve en C. 115.696, al adherir al voto del doctor de Lázzari, los que doy por reproducidos, no encuentro presentes razones que puedan justificar un apartamiento de los procedimientos diseñados por la legislación vigente a los fines de la guarda y posterior adopción, los que precisamente tienen por finalidad garantizar la juridicidad de un acto esencial para la vida del menor.

Esta cuestión adquiere particular relevancia si se tiene en cuenta que en el **sub lite** el único motivo de vinculación entre la madre biológica y los guardadores fue la entrega del menor.

3) En virtud de ello propongo ordenar el cese de la guarda indicada, propiciando mantener lo dispuesto por la sentencia de primera instancia.

Las costas serán impuestas a los guardadores en su carácter de vencidos (conf. arts. 68 y 289 C.P.C.C.).

Así lo voto.

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

I. El recurso extraordinario no puede recibir favorable acogida.

Por un lado, concuerdo con el doctor Negri en que corresponde mantener el **statu quo** del menor en

el seno de la familia guardadora, así como que la causa prosiga según su estado de conformidad con los procedimientos aplicables (puntos 7 y 9 de su voto, a los que presto adhesión). Por el otro, comparto con el doctor de Lázzari en que el consentimiento de la progenitora para que su hijo sea dado en adopción debe ser considerado válido (punto 8 de su voto).

En efecto, la solución propuesta por el tribunal **a quo** concilia acabadamente con el actual y concreto superior interés de A. (arg. arts. 3.1, 9.3., 11, 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño "CDN"; Observaciones Generales 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; art. 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; arts. 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte I.D.H.; arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 3 y concs., ley 13.634).

1. El art. 3, párrafo 1, de la C.D.N., otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera

pública como en la privada.

Establecido como uno de los valores fundamentales de la C.D.N., el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el interés superior del niño se debe aplicar a todos los asuntos relacionados con el niño y se debe tener en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

Subraya asimismo que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: Por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, (iii) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el

proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 6).

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

Ahora bien, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso.

De este modo, puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más

conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998; AC. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003; entre otras), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; AC. 78.726, sent. del 19-II-2002; entre otras).

Así, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño (su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de

medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras, conf. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (conf. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 71). El bienestar del niño abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.

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

En este aspecto, el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el

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

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

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los

interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 39).

Es que el principio **favor minoris**, con expresa recepción en los arts. 3 y 5 de la ley 26.061, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros, adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños.

Así, la jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución de cada caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda

decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; C. 84.418, sent. del 19-VI-2002; entre otras).

2. Dentro de este marco, cada caso exige una respuesta personalizada.

Aquí, debe llevar a analizar tanto las circunstancias que rodearon la entrega de A. a sus actuales guardadores, como la idoneidad de éstos para hacerse cargo de su persona, la situación y bienestar actual del niño, así como las razones que puedan existir para modificar el actual estado de cosas, hasta tanto se adopte una decisión definitiva sobre su destino adoptivo.

A. Respecto del primero de los aspectos, cuando E. ya cursaba su embarazo, a través de su hermana F. y una amiga de ésta, M. , contactó a un matrimonio amigo, los actuales guardadores de A. . Se visitaron en lo de F. y luego en la casa de éstos en Pergamino (fs. 59/60, 310). A partir de estas reuniones y vinculaciones, a través de las cuales E. exteriorizó su deseo de hallar una familia alternativa para su hijo por nacer, arribó a la convicción de que ese niño recibiría de aquéllos todo el amor, atención y cuidados que ella no le podía ofrecer (fs. 59/60).

Emana así que la decisión de la madre de entregar a su hijo en adopción había sido tomada antes del parto, fue instrumentada cuatro días después del mismo

mediante un acuerdo asistido celebrado en sede del Ministerio Público (fs. 32, 3-II-2014) y fue luego ratificada en audiencia con asistencia letrada ante el juez de la causa (fs. 59/60, 29-IX-2014), así como en cada oportunidad posterior en que ha sido interpelada al respecto (fs. 168/169, 174/175, 232, 302/303, 311/313, 317/318, 7-XI-2014, 5-XII-2014, 19-XII-2014, 8-I-2015).

Las razones que la llevaron a tomar dicha decisión responden a diversos móviles. No es posible aseverar que la maternidad la haya sorprendido, afectado psicológicamente, conflictuado o superado en sus posibilidades de respuesta, pues E. -con 26 años- ya es madre de B. y V. (7 y 4 años, respectivamente, fs. 305/307, 317/318). De todos modos, a sus motivos personales (desconocimiento y falta de todo vínculo con el otro progenitor, falta de deseo de hacerse cargo de un nuevo hijo debido a un plan de vida dirigido a culminar sus estudios en psicología social, fs. 60, 305/307, 310, 313, 317/318), deben sumarse los de índole socioeconómico, cultural, familiar y de salud, en tanto carece de toda posibilidad material de afrontar la crianza de A. (puede mantener y ocuparse de sus otros dos hijos gracias a los alimentos que percibe de sus respectivos padres), padece de ataques de pánico (fs. 318), no tiene acceso a la vivienda (vive con sus dos hijos en la casa de su madre y la pareja

de ésta), ni a un trabajo digno (fs. 59/60, 302), limitaciones que le son estructurales y demuestran la impotencia estatal para contribuir a la satisfacción de sus necesidades más básicas.

Por demás, carece de todo apoyo de su familia extensa (incluida su madre, fs. 306/307, 311, 318 y vta.). En efecto, la abuela no quiere al nieto (fs. 306); la tía F. tampoco y acompaña la decisión de su hermana (fs. 307); el tío J. M. dice no poder hacerse cargo del niño y también acompaña la voluntad de E. (fs. 318 y vta.). El resto de la familia ampliada no reside en la Provincia de La Pampa y debido al escaso contacto que mantiene ni siquiera conoce de la existencia de A. (fs. 311).

En este aspecto, los servicios locales de promoción y protección de derechos del niño, que efectivamente abordaron la situación de abandono de E. hacia A. , bien que en forma sobreviniente, decidieron de todos modos agotar ya su intervención (fs. 318 vta.). No es posible entonces, afirmar que su participación en el caso ha sido obviada.

Por otra parte, si bien la progenitora recibió de parte de los guardadores del niño asistencia en ocasión de dar a luz a A. , vinculada con los gastos para los pasajes entre Santa Rosa y Pergamino, y por los controles médicos previos y el parto, hospedándose en todos

los casos en la casa de aquéllos, refirió siempre no haber recibido dinero ni ofrecimiento alguno de parte de éstos por causa o motivo de su selección (fs. 60, 302).

Concretamente, el magistrado de grado instó por oficio una investigación penal preparatoria (12-00-006830-14), tramitada ante la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 2 de Pergamino, en la cual se concluyó que aún tratándose de un caso de entrega directa de hijo, correspondía en un primer momento desestimar las actuaciones (en los términos del art. 290 y conchs., C.P.P.) debido a que lo obrado por los guardadores no constituía delito alguno previsto en el ordenamiento legal vigente, ni respecto del procedimiento escogido para regularizar una situación de hecho, ni por sustracción de menores (arts. 146 y 147, Cód. Penal), ni por desobediencia a la intimación de entrega del niño a los servicios locales, respecto de la cual aquéllos nunca habían sido notificados personalmente (art. 239, Cód. Penal), ni se observó que el caso pudiera encuadrarse bajo un supuesto de supresión de identidad (fs. 163/165).

Posteriormente, merced a una reciente medida para mejor proveer ordenada por la Presencia de este Tribunal y dirigida a actualizar el estado de tales actuaciones (fs. 396), el Fiscal General departamental informó que si bien la investigación continúa (se han

dispuesto medidas investigativas), no se ha podido aún identificar una conducta típica punible ni existen al momento personas imputadas (en los términos de los arts. 60, 308 y conchs., C.P.P.; conf. fs. 409 vta., informe del 13-X-2015), elementos que no autorizan a modificar las conclusiones preliminares arribadas en la investigación.

Consecuentemente, a esta altura no es posible hallar en lo ocurrido, delito alguno que pueda justificar la nulidad de lo obrado (conf. art. 337, inc. c, Cód. Civil, aplicable al momento de los hechos, conf. art. 7°, Cód. Civ. y Com.).

B. En este estado, debiendo tomarse las reiteradas manifestaciones de la madre biológica del niño en forma integral, no fragmentada, considero -al igual que lo hace el doctor de Lázzari- que el necesario consentimiento materno para entregar a su hijo en guarda con fines adoptivos, debe ser tenido por válidamente emitido (conf. arts. 11, ley 14.528 y 317 inc. a, Cód. Civil, vigente al tiempo de su emisión, conf art. 7°, Cód. Civ. y Com.).

Es fuerte su voluntad de no tener más vínculo con su hijo y entregarlo a los peticionarios, a quienes dejó elegir el nombre del niño (fs. 59/60). No le guarda cariño (fs. 302 vta.). Tampoco está dispuesta a cambiar de parecer aún ante la posibilidad de que se le

otorgue una vivienda y/o un trabajo fijo (fs. 310/311). No padece angustia por su decisión (fs. 306 vta.), que después de todo este tiempo, y luego de las numerosas intervenciones de los distintos agentes públicos, se muestra como consciente, definitiva y final (fs. 309, 317/318 vta.).

Incluso ha sostenido dicha opinión luego de conocer cómo se encuentra A. bajo la guarda del matrimonio L. -B. . En efecto, con posterioridad a la entrega del niño, la progenitora siguió manteniendo contacto con los guardadores, percibiendo cómo el niño vive con ellos (telefónico, por whatsapp, por fotografías y viajando en una oportunidad a Pergamino, conf. fs. 60, 302, 311), para concluir que A. se encuentra "mucho mejor donde hoy está" (fs. 169/175, 311, 313), alcanzando una beneficiosa apreciación respecto de la situación actual del niño y oponiéndose a cualquier intento de modificación de la misma (fs. 302 vta./303).

Así, transcurrido más de un año y medio del nacimiento de su hijo, no muestra arrepentimiento y se ha mantenido en dicha manifestación, reiterada tanto en sede judicial como administrativa, luego de un lapso prolongado desde el cese del estado puerperal (fs. 60, 168/169, 174/175, 232, 302/303, 311/313, 317/318).

La circunstancia de haber sido dado y

ratificado -dicho consentimiento- en el marco de las presentes actuaciones, en la jurisdicción de Pergamino, fuera de su residencia habitual, no afecta la eficacia del acto, toda vez que éstas fueron oportunamente iniciadas ante las competentes autoridades jurisdiccionales territoriales de la única residencia del menor (art. 316, Cód. Civil, vigente al tiempo de su inicio; art. 827 incs. h y ñ, C.P.C.C.; conf. fs. 1, 32, 37/40, 41, 45, 59/60; asimismo, Ac. 102.981, resol. del 27-II-2008; Ac. 91.643, resol. del 2-III-2005; entre otras).

C. Pues bien, respecto del segundo de los aspectos mencionados, corresponde -por un lado- remarcar que el matrimonio guardador se encuentra inscripto ininterrumpidamente en el Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción desde el año 2009 a la fecha (conf. fs. 18, 19/21, 22/24, 25/27, 28, 33, 330/336, conf. arts. 4, 5, 6, 7, 8, 10 y concs., Ac. 3607, S.C.B.A.).

Por otro lado, si bien es cierto que su sujeción a las reglas y procedimientos registrales le imponía seguir esperando a que desde el juzgado pertinente los citaran con el objeto de ofrecerles la guarda con fines adoptivos de algún niño o niña en estado de adoptabilidad, también lo es que en autos se ha presentado una situación tan inusual como equívoca, pues luego de efectuar algunas averiguaciones, al matrimonio guardador le fue informado

que era posible concertar un acta extrajudicial de entrega de A. en el ámbito del Ministerio Público provincial, la cual eventualmente podría luego ser sometida a homologación judicial (fs. 32). Dicha actuación sería llevada a cabo con la participación de funcionarios públicos (dos Defensores Oficiales) que garantizarían la manifestación de voluntad y el derecho de defensa de los intervinientes, así como la legalidad del trámite.

Y eso fue lo que hicieron. No es posible entonces imputarles mala fe u ocultamiento en su accionar, pues apenas tres días después del nacimiento de A. , el 3 de febrero de 2014, madre y guardadores comparecieron ante los mencionados funcionarios públicos a los fines de instrumentar la guarda que se concedía. La aparente legalidad de dicho acto -respecto del cual habían sido previamente asesorados- impide lisa y llanamente presumir un deliberado obrar disvalioso de los peticionantes (conf. arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Const. nacional; 1, 10, 11 y concs., Const. provincial; 1, 3, 33, 35, 37 y concs., ley 14.442).

Y también es cierto que a pesar de contar con la referida acta extrajudicial, los guardadores voluntariamente instaron casi inmediatamente el proceso judicial de guarda con fines adoptivos de A. , el 30 de mayo de 2014 (fs. 1, 37/40). De tal modo, como sostuvo el

titular de la U.F.I. y J. N° 2 de Pergamino en la ya referida resolución que ordenara el archivo de la I.P.P. oportunamente abierta, la solicitud judicial de guarda con fines adoptivos fue ingresada en un plazo relativamente breve, sin que los guardadores especularan con la guarda de hecho que ostentaban y su posible consolidación a través del transcurso del tiempo (fs. 163/165).

Finalmente, tal como sostiene el doctor Negri en su voto (punto 9), cabe apuntar que en autos no existe conflicto alguno entre los guardadores y la madre biológica del niño respecto de la suerte y destino que todos pretenden y auguran para A. , circunstancia que -por un lado- impide considerar o aplicar doctrina legal de esta Suprema Corte citada por el recurrente, que responde a circunstancias disímiles con las del presente caso y que por tanto se muestra claramente inatingente (C. 116.871, sent. del 3-IV-2014; C. 117.762, sent. del 1-VII-2015; C. 119.324, sent. del 15-VII-2015; entre otras), así como -por otro- enerva toda discusión sobre la posible restitución del niño al seno de su familia biológica. En este punto, sabido es que al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, la comunidad internacional

acepta -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean objeto de descuido o abandono (arg. arts. 8, 9 y 19, C.D.N.), o como aquí ha sucedido mediante la entrega materna del niño a sus actuales guardadores.

D. Respecto del tercero de los aspectos referidos, el tribunal **a quo** concluyó que la guarda que ejerce el matrimonio L. -B. sobre A. debe ser considerada ya una guarda evolucionada (fs. 221/229).

En esta instancia, se dispusieron adicionales medidas de prueba tendientes a auscultar la situación actual del niño, consistentes en un abordaje psicológico de cada uno de los involucrados, y otro vincular y socio-ambiental del grupo (fs. 357).

De sus resultas es posible observar la buena impresión que el matrimonio guardador ha causado en los peritos informantes, quienes concluyeron que la integración familiar y afectiva del menor es plena y la configuración vincular le resulta claramente beneficiosa (fs. 385/387, 388/390).

Por un lado, el desarrollo del niño es acorde a su edad, habiendo desplegado una positiva habilidad de comunicación no verbal (fs. 386 vta.). Se encuentra bien estimulado (fs. 386 vta., 389 vta.),

cuidado, debidamente atendido, protegido y seguro, careciendo de indicadores de vulnerabilidad (fs. 389 vta./390). Su contexto social y cultural también le son beneficiosos: por las mañanas interactúa con su madre, quien trabaja desde su hogar; por la tarde, con otros niños de su edad (en la guardería a la que concurre por un par de horas con el objeto de socializarse). Adicionalmente, el ambiente le es cómodo, confortable, estable y adecuado (fs. 389 vta.).

Por otro lado, en el ámbito vincular, A. ha sido incluido afectivamente en forma positiva en la vida personal, familiar y de proyectos de los guardadores. Se encuentra bien integrado al seno familiar, es su centro y se le presta la debida atención. El matrimonio guardador ha desarrollado una correcta capacidad vincular y de perspectiva. Se percibe una adecuada complementariedad de roles y tareas entre los adultos (fs. 390), una sintonía adecuada para brindarle afecto, contención y cuidados propios y acordes a su edad (fs. 389 vta.). Ambos conocen y participan de las rutinas, actividades y cuestiones relativas a A. , en equidad y mutuo apoyo (fs. 390), sin que surjan aspectos negativos en el plano vincular (fs. 386).

Por demás, si bien su familia extensa reside en Villa Constitución (Pcia. de Sta. Fe) y San

Nicolás (Pcia. de Bs. As.), igualmente ha iniciado su vinculación con abuelos, tíos y primos (fs. 388 vta.).

Los informes son claros y no encuentro elementos para apartarme de sus conclusiones (conf. arts. 384, 474, 850 y concs., C.P.C.C.).

Se aprecia así que las necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales del niño, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección se encuentran debidamente satisfechas, por lo que no es posible poner en duda la idoneidad de los guardadores para hacerse cargo de la persona del menor (conf. arts. 3.1, 9.3., 11, 12.1 y 12.2, C.D.N.; Observaciones Generales 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; arts. 14, ap. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos; 8, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte I.D.H.; arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; 11, 15, 36.2 y concs., Const. provincial; 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27, 29 y concs., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 3 y concs., ley 13.634).

E. Finalmente, respecto del último de los aspectos a considerar, es menester recordar que los tribunales deben ser sumamente cautos a la hora de

modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad; con lo cual, deben mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", sent. del 27-V-2015, pág. 7).

La misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., pág. 7).

De esta forma, el niño tiene derecho a una salvaguarda singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, se debe conferir prioridad al interés moral y material del menor como extremo de ponderación ineludible para los jueces (conf. Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de

Justicia de la Nación que ésta hace suyo en G.834.XLIX. Recurso de Hecho "G., B.M. s/ guarda", sent. del 4-XI-2014, pág. 10).

Así, la implementación del principio del mejor interés del niño debe realizarse analizando sistemáticamente cómo los derechos y ventajas de éste se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, y no puede aprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de cada causa (C.S.J.N., Fallos: 320:2870; 330:642; 331:147; 333:1376; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en G.834.XLIX. Recurso de Hecho "G., B.M. s/ guarda", cit., pág. 10).

Pues el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (C.S.J.N., Fallos: 333:1776; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en G.834.XLIX. Recurso de Hecho "G., B.M. s/ guarda", cit., pág. 10).

Así, la determinación del interés

superior del niño, en supuestos de cuidado y de custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte I.D.H., "Atala Riffo y Niñas v. Chile", sent. del 24-II-2012, pár. 109; asimismo, "Fornerón e hija v. Argentina", sent. del 27-IV-2012, pár. 50).

En consecuencia, en autos, cualquier decisión de modificación del estado del niño debe adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que dicha medida podría provocar en su desarrollo integral y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto (conf. Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en G.834.XLIX. Recurso de Hecho "G., B.M. s/ guarda", cit., pág. 11; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., pág. 7).

Es que sabido es que todo cambio implica un trauma para el niño (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002), por lo que -por precaución y atento a la importancia de otorgar estabilidad a una situación que hoy se muestra beneficiosa para su bienestar- debería acreditarse de algún modo que no llevarlo a cabo le causaría algún daño mayor o más grave (conf. C.S.J.N.,

Fallos: 331:2047, voto de la doctora Argibay), y en este contexto, en autos, la pretendida separación del niño de sus actuales guardadores se asienta en consideraciones genéricas y dogmáticas, por un pretendido apego a una excesivamente formal legalidad procedimental que no logra acreditar ni un actual riesgo de daño irreparable en el niño, ni que dicha pretendida modificación no pudiera producir en A. uno semejante, sin que obren informes técnicos o constancias que la avalen.

El Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción, resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin (conf. Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000). De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las

personas que puedan adoptar un niño (Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002), cuando obrar en su estricto apego produjere un perjuicio para el menor, contrario a su actual y concreto superior interés.

A la misma conclusión arribó oportunamente el Tribunal cimero nacional al sostener que el requisito de inscripción en el registro no puede constituirse en un requerimiento ritual, ... sino que debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ... que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales en aras de lo que resulta de mayor beneficio para ellos (**in re** "R.H. en G.,M.G. s/ Prot. de pers.", sent. del 16-IX-2008).

Por lo que no es posible aseverar, a partir de las constancias de la causa, que por el modo en que el niño fue entregado por su progenitora a los actuales guardadores, A. haya sido reducido a mercancía, despojado de su identidad o afectada su dignidad como persona. Su nombre y apellido, así como el tiempo en que fueron iniciadas y el objeto mismo de estas actuaciones, llevan a una conclusión contraria.

En verdad, la decisión de separar al pequeño de los actuales guardadores no aparece como más favorable para él, pues lo somete a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última

instancia, que sea entregado a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo a tan temprana edad (fs. 226 y vta.). Evidentemente se tomó sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo del niño, ni indagar cuál era su deseo, pese a la corta edad, en un plano en el que no se comprobó, concretamente, la comisión de delito alguno (en el mismo sentido, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 "M., M. S. s/ guarda", cit., pág. 7).

Así, la cautela dispuesta por el juez de grado se muestra desvinculada del marco de la causa. Todo parecería indicar, por el contrario, que el perjuicio se produciría en el niño si se lo alejara de sus actuales guardadores, quienes lo han cuidado positivamente durante toda su corta vida, por lo que debe prevalecer aquí la integración afectiva y familiar consolidada durante el período de guarda.

Eso sí, la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de evitar la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las irregularidades en la entrega de menores en estado de adoptabilidad. Pero las conductas dudosas o no beneficiosas para el niño pueden ser corregidas mediante una sanción o

acompañamiento terapéutico, para evitar que tales antecedentes incidan en la integridad, identidad y estabilidad emocional del niño, puesto que aquí la decisión cautelar terminaría perjudicando al sujeto más vulnerable y necesitado de protección (en sentido análogo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en G.834.XLIX. Recurso de Hecho "G., B.M. s/ guarda", cit., pág. 12).

F. Por demás, habiendo asistido a la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de A. , con asistencia de la representante del Ministerio Público y una perito psicóloga (fs. 360), lo que me permitió conocerlo en su realidad actual -al amparo del matrimonio guardador- y llegar a la convicción de que la solución que se propone es la que a todas luces resulta más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y conchs., C.D.N.; 75 inc. 22, Constitución nacional).

II. Por lo expuesto y adhesiones formuladas -en lo pertinente-, voto por la **negativa**, con costas por su orden, dada la índole de las cuestiones planteadas (arts. 68, 2do. párr. y 289, C.P.C.C.).

Los señores jueces doctores **Genoud**, **Kogan** e **Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez

doctor Pettigiani, votaron también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo,  
dictándose la siguiente

**S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oída la señora Procuradora General, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, manteniéndose el **statu quo** del menor en el seno de la familia guardadora y otorgándose validez al consentimiento de la progenitora para que su hijo sea dado en adopción. La causa deberá proseguir según su estado de conformidad al procedimiento estatuido en la ley 14.528.

Costas en el orden causado (arts. 68, 2do. párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

CARLOS E. CAMPS

Secretario