

“M., M. S. s/ Guarda” – Expte. N° 90.032/2013.

Buenos Aires, 19 de junio de 2014.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I) Que se elevaron estos autos con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fs. 207/9, mediante la cual la señora Juez de grado dispuso, en carácter de medida cautelar, el ingreso de la niña M. S. M. a un hogar de tránsito o familia de acogimiento a designar por la Dirección General de Niñez y Adolescencia del G.C.B.A. En virtud de dicha medida se ordenó el secuestro de la niña quien, desde su nacimiento (el 26 de octubre de 2012), fue dada en guarda por su madre biológica a quien solicitó en estos autos la guarda con fines de adopción el 13 de octubre de 2013.

Al fundar la apelación la accionante destacó que si bien la señora juez de primera instancia refirió no desconocer el debate doctrinario y jurisprudencial sobre la posibilidad de la entrega directa de menores, que no está prohibida por la ley 24.779, y que por excepción se puede proceder de ese modo, no obstante ello concluyó que correspondía hacer lugar a la medida cautelar propiciada desde el Ministerio Público. Agregó que la persona involucrada se trata de una niña de dieciocho meses que se encuentra distante de poder desempeñarse por sí misma y por ello la estructura jurídica le tiene reservada la más alta jerarquía normativa en tutela de sus derechos, cuyo objeto es la protección de la menor y no sancionar a quien haya errado.

Se quejó por cuanto en su pronunciamiento la juez efectúa manifestaciones genéricas, como cuando alude a que los relatos de la actora y la madre biológica no son coincidentes, sin indicar cuáles son los dichos de cada una de ellas que se contradicen.

Consideró incongruente la actitud de la Defensora de Menores pues en un primer momento solicitó que M. S. no fuese enviada a un Hogar Convivencial y luego de cuatro meses cambió de opinión, sin brindar razones para ello. Le atribuyó a la funcionaria la intención de crear estados de sospecha sobre la veracidad de los dichos en torno a la carencia de documentación por parte de la madre biológica.

Sostuvo que en el caso no se configuran los recuados que habilitan el decreto de una medida cautelar genérica, exigidos por el art. 232 del C.P.C.C.N. Afirmó que no se verificó que se hallaran reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, como así tampoco señaló los elementos que le permitieron concluir en una seria probabilidad de que la niña sufriera un perjuicio

inminente e irreparable, agravando la situación que hubiere motivado su decisión en informes y dictámenes falsos, nulos, por adolecer de graves contradicciones y errores que emanan de las funcionarias intervinientes.

Indicó que la sentencia atacada aludió a que la demanda era insuficiente, circunstancia que de ser verdadera, debió ser saneada a través de las medidas pertinentes que debió disponer con el fin de proteger y asistir a la niña. Cuestionó que no se realizan estudios especializados que pudieran arrojar la existencia de grave daño o que la menor pudiese sufrir un perjuicio de mantenerse la guarda.

Arguyó que la demora en la petición no es imputable a M. S. y que aún cuando la sanción por ese hecho pudiese recaer sobre la recurrente o sobre los profesionales que la asesoraron erróneamente, jamás debería pesar sobre la menor y que el análisis sobre la conveniencia o no de mantener la guarda de una menor debe centrarse esencialmente en el interés de esta última.

Al contestar el traslado del memorial, la señora Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, mantuvo el criterio sostenido por la de primera instancia y solicitó el rechazo de los agravios.

II. El caso:

S. N. V. se presentó en autos el 29 de octubre de 2013 solicitando la guarda preadoptiva de M. S. M., hija de C. F. M., conforme lo acreditó con la partida de nacimiento acompañada (fs. 166). Explicó que la madre biológica era una persona con nivel secundario inconcluso, que no había buscado ni querido el embarazo, ya que no podía hacerse cargo de otro hijo, pero decidió seguir adelante con la gestación y entregar a su hijita en adopción. Dijo que conoció a la pretensa guardadora por intermedio de una amiga y así, conociendo su situación familiar y sus profundos deseos de tener un hijo, decidió que ella podría ser la futura madre adoptiva de M. S. Por ello desde su nacimiento la dejó a su cuidado para que más adelante la adoptara.

La Señora Defensora de Menores e Incapaces al tomar intervención se opuso a la petición, con fundamento en su experiencia judicial en diversos expedientes en los que niñas y niños habían sido entregados por sus madres a terceras personas, quienes luego de transcurrido un plazo prudencial, promovían la acción judicial de guarda preadoptiva, para legalizar la entrega extrajudicial (fs. 183). Planteó la cuestión en tales oportunidades, como un supuesto de guarda preconstituida contractualmente, que tienen como protagonistas a las madres en extremo estado de pobreza, en clara oposición al orden público, pues aún cuando se pretendiera otorgarle entidad a la

decisión materna –que en ese momento no estaba probada- a los fines de una adopción, la misma resultaría de nulidad absoluta a la luz de la expresa prohibición prevista en los arts. 317 y 318 del Código Civil.

Agregó que el legislador impone la obligación ineludible de dar intervención judicial a los efectos de la entrega de un niño en guarda preadoptiva y lo hace a fin de asegurar la transparencia del sistema, en defensa tanto del interés superior del niño, como de los derechos de los padres a una legítima defensa en sede judicial a la que necesariamente deberán comparecer con patrocinio letrado.

Concretamente, su petición se basó en lo ya sostenido en otros casos, donde se opuso genéricamente a la entrega directa, abdicando del análisis de cada caso, en la lesión al orden público y en la prohibición del art. 318 del Cód. Civil, que establece la consecuente nulidad.

En similar sentido, se manifestó la Tutora Oficial, designada tutora *ad litem* de la niña, en su presentación de fs. 202/5, en la que destacó que a partir de la sanción de la ley 24.779, el legislador ha querido depositar en el sistema jurisdiccional la responsabilidad de seleccionar a quienes serán padres de los niños en condiciones de adaptabilidad, o sea, le ha otorgado el juez la facultad de elegir al guardador para garantizar que el proceso sea seguro y conveniente para el niño, prohibiendo de modo expreso la entrega en guarda de niños con la intermediación de escribanos públicos.

La cuestión central a resolver consiste en determinar en este contexto cuál es el superior interés de la niña M. S., en un caso en que no hay conflicto entre la guardadora que tenía su legajo aprobado en el registro de adoptantes y la madre biológica, quien transcurrido mucho tiempo desde el cese del estado puerperal, ha ratificado judicialmente su firme decisión de no tener vínculo con la menor.

III. La reforma constitucional del año 1994 implicó la inclusión con jerarquía constitucional de Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), a partir de los cuales se incorporaron una serie de principios generales objeto de tutela, entre ellos el de atender en toda decisión que los involucre al interés superior del niño (arts. 3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado al respecto que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”, que dicho interés superior “...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las

características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”, y que su determinación “...en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño...” (conf. Caso “*Fornerón e hija vs. Argentina*”, sentencia del 27/4/2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto que “el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. *Fallos 328:2870; 331:2047*, entre otros).

Asimismo, la Excma. Corte Suprema ha establecido que “los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resulta impredecibles” (conf. *Fallos 328:2870 y 331:147*). También ha destacado que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resulta sumamente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. *Fallos 323:91, 328:2870, 331:147 y 2047*).

En síntesis, la decisión que es objeto del recurso debe adoptarse a la luz del interés superior de la niña como consideración primordial (art. 3, párr. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), evaluando y determinando dicho interés en función de las circunstancias específicas del caso.

IV. De los informes agregados al legajo formado ante el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos, que en copia obra a fs. 3/12, se desprende que al momento de la realización de la evaluación (5 de agosto de 2010), la postulación efectuada por la actora cumplía con varios de los aspectos de la Convención de los Derechos del Niño, por lo que se concluyó que reunía las condiciones necesarias para continuar con el proceso legal correspondiente (v. fs. 4/11 de autos).

Por otro lado, de los dichos de la madre biológica, formulados en el acta de fs. 194/5, se desprende su firme intención de no hacerse cargo de la niña, aún cuando

contara con ayuda económica. Allí relató que la menor fue fruto de una relación ocasional, desconociendo todo dato que pudiera ser útil para ubicar al padre de la menor. Expresó que cuando quedó embarazada pensó en no tenerla, pero luego, al tomar conocimiento de que S. quería adoptar, decidió comentarle la situación, quien la acompañó durante el resto del embarazo, sin que existiera ofrecimiento de ningún tipo y comportándose “como si fuera una mamá para ella” (v. fs. 194 vta.). Refirió que la mejor persona para hacerse cargo de su hija es S., por ser una mujer excelente, que siempre estuvo atenta, y que le puede brindar una buena educación y salud.

No obstante esta plataforma fáctica, la señora Juez de grado dispuso con carácter cautelar la separación de la niña de quien ejercía la guarda de hecho, sobre la base de consideraciones que resultan genéricas, sin mayor evaluación de las circunstancias del caso, sin que existiera peligro de daño irreparable y sin contar con los informes técnicos que avalen la decisión, fundada esencialmente en la irregularidad de la guarda de hecho.

El interés superior del niño no puede basarse en consideraciones genéricas o preceptos legales, sino que debe fundarse en las especiales circunstancias del caso.

Por otra parte, aún cuando la medida de secuestro fue ordenada como medida cautelar genérica (art. 232 CPCC), se trata indudablemente de una medida innovativa en tanto modifica esencialmente la situación existente y cabe recordar que el art. 230 del CPCC, bajo la denominación genérica de “prohibición de innovar”, incluye a la denominada “medida innovativa” al aludir al peligro de que se mantenga la situación de hecho existente. Ahora bien, toda medida innovativa requiere, como condición esencial para modificar la situación existente, que exista *peligro de daño irreparable* en su mantenimiento (conf. De los Santos, M., “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia...”, JA, 1996-I, pág. 636 y sgtes.), el que no resulta de las constancias de autos ni ha sido evaluado al disponer el cambio de la guarda de hecho. Por el contrario, todo parece indicar que la medida dispuesta podría generar daño, al alejar a la niña del afecto de quien la ha cuidado en su escaso tiempo de vida.

No soslaya el Tribunal que la ley vigente prohíbe la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo (texto ley 24.779) y resta virtualidad a las guardas extrajudiciales a los fines del juicio de adopción.

La circunstancia de que en el caso se entregara por convenio privado no significa que es aguarda sea idónea para habilitar el juicio de adopción, pues ésta debe

ser discernida por el juez. Especialmente se deja señalado que el instrumento firmado por la madre biológica que ha sido redactado a modo de contrato resulta en este aspecto inadmisibles porque obviamente, contraría al orden público.

Sin embargo, se ha sostenido con buen criterio que si bien esa guarda extrajudicial resulta insuficiente para habilitar la adopción, ésta puede ser convalidada por el tribunal. Parece elemental hacer prevalecer la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de la guarda de hecho, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta el interés del menor (conf. Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia*, T. 2, pág. 678).

En función de ello, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar sin demora un hogar estable para la niña, sin dejar de ponderar la importancia de evitar la prolongación de los tiempos definitivos, pues se trata de un lapso vital en la corta vida involucrada, ante el desinterés manifestado por la madre biológica, no parece razonable mantener la medida ordenada y por ello, las quejas serán admitidas.

Por estas consideraciones y oídos la señora Defensora de Menores de Cámara y el señor Tutor Oficial, el tribunal **RESUELVE**: Revocar la resolución de fs. 207/9 en cuanto hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la Defensora de Menores de grado y disponer de manera urgente que se proceda a restituir a la niña a quien fuera su guardadora de hecho, S. N. V.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

El Dr. Fernando Posse Saguier no suscribe por hallarse en uso de licencia (Resol. N° 945/14 del 18/6/2014, art. 14 del R.J.N.).

Fdo.: Elisa M. Díaz de Vivar – Mabel De los Santos.