

Dictámen de la Procuración General:

I. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la resolución del juez de grado que resolvió mantener el *statu quo* de la niña R. bajo la guarda del matrimonio P. - C. y ordenó a la instancia de origen la realización de un nuevo estudio de ADN entre la niña y la Sra M. J. P. a los fines de determinar su maternidad (fs.190/99 y vta.).

Contra tal forma de decidir se alza la Sra Asesora de Incapaces a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 202/9 que a continuación paso a examinar.

1. Del recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

La quejosa centra sus agravios en considerar que la sentencia en crisis desconoce las numerosos irregularidades verificadas a lo largo del procedimiento seguido en estos autos (fs 205 vta).

En sustento de ello alega la violación de los artículos 7, 8 , 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el incumplimiento de las pautas emanadas de la ley 13298, el artículo 16 de la ley 14528 y las pautas emanadas del caso “Fornerón vs Argentina” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en abril de 2012. (fs. 206 y vta y 207)

Concretamente alega que si bien el matrimonio P. - C. se encuentra inscripto en el registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, no fue a través de ese medio que entraron en contacto con la niña (fs.205 vta). Incluso señala que el matrimonio procedió a la respectiva inscripción (en febrero de 2014) una vez transcurridos seis meses de encontrarse a cargo del cuidado de la niña (de aproximadamente un año de edad) , que les fuera entregada en forma directa por su progenitora en el mes de agosto de 2013) (fs 205 vta).

Aduna a ello que la sentencia en crisis “pasa por alto la manera en la que llegó la niña a manos de los peticionantes, entregada por una mujer que hasta la fecha no se sabe si es la madre biológica de la niña R. , porque jamás la inscribió, no aportó una constancia de parto y a pesar de haber manifestado en la audiencia del 7 de mayo del corriente que estaba dispuesta a someterse a estudio de ADN ordenado por la Sra juez de primera instancia, no concurrió a efectuarse la extracción de sangre en la institución determinada por la Sr. Magistrada, lo que derivó en que la niña de un año de edad aún no se encuentre inscripta” (fs. 205 vta y 206) Sobre este punto destaca el comportamiento irregular asumido por los propios guardadores que, apartándose de la orden judicial, concurrieron a un escribano a efectuar una extracción de sangre en el domicilio de la Sra P. , muestra que les fue entregada por el notario, violando la cadena de custodia ( fs 206).

Por otra parte alega la expresa violación al artículo 16 de la ley 14528 que establece que “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura publica u acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión a 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 los pretendidos guardadores del niño” (fs. 206 vta)

En suma, “...de acuerdo a lo manifestado por la supuesta madre de la niña la misma efectúa la entrega directa de la menor a los guardadores al poco tiempo de nacida, sin aclarar la fecha exacta, no existiendo vínculo de parentesco ni afectivo entre la supuesta madre y los guardadores. Solo existe y existió una relación laboral entre los mismos” (fs. 206 vta).

Por otra parte destaca la violación del mecanismo administrativo judicial previsto en la ley 13298 modificada por la ley 14527. Puntualmente destaca la ausencia de intervención de los servicios administrativos de protección cuya actividad tiene por objeto elaborar estrategias o planes tendientes a inscribir y revincular a la niña con su madre y su grupo familiar. (fs. 206 vta). De tal modo sostiene que “Con esa actitud se ha impedido que se trabaje con la familia ampliada de la mayor y eventualmente tomar un abrigo en la familia ampliada” (fs. 206 vta).

En esta línea destaca, con apoyo en calificada doctrina, que el mecanismo legal implementado a partir de la sanción de la ley 13298 en nuestra provincia tiene por finalidad desterrar las consecuencias negativas y los abusos que se cometían al margen de la ley, inhibiendo el control del Estado. La actual legislación tuvo por finalidad terminar con las entregas extrajudiciales y garantizar la adopción en protección de los derechos de los niños (fs. 206 vta y 207).

En virtud de ello se agravia la impugnante por considerar que la sentencia cuestionada identifica el interés de la niña con la preservación de los vínculos generados entre la niña con el matrimonio peticionante sin tener en cuenta ninguna de las irregularidades mencionadas. (fs 207)

Al respecto alega que “ En ningún caso el interés del menor puede resultar de un acuerdo previo realizado por los adultos, sin intervención del órgano competente lo que torna desconocer al niño como sujeto de derecho. En estos casos se está contraviniendo la ley (...) Lo que hace nacer un precedente antijurídico, que de ninguna manera puede ni debe aceptarse, siendo función del poder judicial cuando toma intervención actuar con la preeminencia de la ley” (fs.207 y vta).

Agrega a lo expuesto que “Los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional, claramente dicen no al contractualismo, no a la intermediación y cuando hablamos de contrato no nos referimos solamente a “la venta de bebés” sino a todo acuerdo de voluntades de cualquier persona (madre biológica y pretense adoptante por ejemplo) que estuviere destinado a crear una situación jurídica respecto del menor. La adopción nunca puede darse por el acuerdo de adultos “interesados” que por esa vía buscan obtener algún otro beneficio económico o de otro índole perdiendo de vista al niño que se pretende proteger pues ésta es la máxima forma de convertir al niño en objeto” (fs 207 vta).

Agrega a ello que “En el caso en estudio la elección de la Sra P. (de quien aún hoy no sabemos si es la madre biológica de R. ) de los pretendidos adoptantes no puede ser considerada como basada en sentimientos de confianza, conocimiento prolongado y/o afecto por las personas sobre las cuales recae su preferencia, dado que entre ellos solo existió una relación laboral” (fs.207 vta.).

En efecto, destaca que “ la decisión de entregar a la niña por parte de la Sra. P. obedeció al interés de ocultar su supuesto embarazo y desprenderse del ejercicio de la patria potestad en relación a la menor por temor a perder a su pareja la que supuestamente ignoraría el hecho del nacimiento de la pequeña...” (fs. 207 vta)

En virtud de ello sostiene que “Pretender fundamentar la guarda (...)en el tiempo transcurrido o en los cuidados dispensados o en el afecto , es desconocer que en todos los casos en que se abre un compás de espera entre la situación provisoria y adoptabilidad definitiva (abrigo, familias transitorias, hogares, etc) es lógico que se creen indefectiblemente vínculos y crezcan lazos de afecto. Pero ello no implica la existencia de un perjuicio. El perjuicio, en realidad, surge con la aplicación de la resolución emanada de la Excelentísima Cámara, que mantiene la guarda de la niña iniciada con una entrega irregular efectuada por una persona que aun hoy desconocemos si en realidad es la madre de la niña, impidiendo que el Servicio de Protección de derechos pueda, intertanto, trabajar en interés superior de la menor la vinculación de R. con su supuesta madre (en caso de serlo) y los supuestos hermanos, como así también buscar familiares a fin de mantener el vínculo con la familia de origen y, por ende, restablecer su derecho vulnerado a la identidad, como así también el de permanecer dentro de su familia de origen (art. 9 CDN)” (fs. 208)

Por último destaca el pronunciamiento emanado de la Corte Interamericana en el caso “Fornerón” en cuanto sostuvo que “ no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, al demora o los errores en el procedimiento” (fs. 208)

### **III. En mi opinión el remedio debe prosperar.**

De la lectura de las constancias obrantes y de los agravios traídos surge palmario que nos encontramos ante un caso de “entrega directa” de la niña por parte de su (pretensa) progenitora a un matrimonio al que sólo conocía a través de una relación laboral en razón de que la Sra. P. se desempeñaba como empelada doméstica en la casa del matrimonio C. -P. (fs 48-50).

También surge de las constancias de autos que el citado matrimonio no se encontraba inscripto Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción en el momento de recibir a la niña en guarda (agosto 2013), sino que procedieron a la correspondiente inscripción recién en febrero del año 2014 ( fs.12/15 y 192 vta.) , es decir, con posterioridad a haber recibido la guarda de la niña R. por parte de su presunta madre biológica (fs. 192 vta)

Al respecto, y tal como señala la quejosa en su recurso, la regla en nuestro ordenamiento jurídico es que la entrega de un niño a una familia para que ejerza su guarda con fines de adopción deber ser *estrictamente judicial*.

En efecto, la reforma 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 pretensos 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 quereduce 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 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 pretendidos 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”.

Del texto de la ley provincial – que sobre este punto se diferencia del texto introducido 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 pretendidos guardadores. Ninguna de estas excepciones se advierte configurada en autos.

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 otras palabras, surge palmario que la niña R. ha sido objeto de maniobras ilícitas desplegadas por parte de los adultos al recurrir a vías ajenas al mecanismo institucional administrativo-judicial específicamente diseñado para asegurar los derechos de la niña en el marco de un proceso de adopción 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 como aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

En efecto, la misma Cámara departamental sostuvo que “ Las circunstancias particulares de estos autos han sido generadas por los propios aspirantes a guarda con fines de adopción ( hoy guardadores) del legajo D14412/Feb 2014 que obra por cuerda – tal como surge de sus declaraciones- y las mismas hacen presumir una acción que colisiona con los derechos y garantías de la menor que deben ser protegidos. Cabe señalar, que si bien el matrimonio constituido por la Sra. P. y el Señor C. se encuentran debidamente inscriptos en el registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, *no fue por esa vía legal que arriban a la custodia de la menor*, sino de una manera que por lo menos merece tildarse de desprolija e irregular” (fs. 193 y fs. 196 *in fine* y 197. Destacado propio)

Es decir, en el caso no sólo se advierte la ausencia de inscripción oportuna en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos y la ausencia de conocimiento previo y de la existencia de lazos afectivos anteriores entre la Sra P. y los actuales guardadores de la niña, sino que se encuentra acreditado que la Sra. P. tomó contacto con el matrimonio en virtud de una relación laboral, en la que ella se desempeñaba

como empleada doméstica de los guardadores, y procedió a entregarles a la niña en razón de querer ocultar su nacimiento a su actual pareja (toda vez que el embarazo de la niña R. fue fruto de una relación ocasional con otro hombre). Consecuentemente, el matrimonio recibe a la niña bajo su cuidado a escasos días de haber nacido, sin contar con ninguna documentación respaldatoria de su identidad, y comenzaron a denominar a la niña como “R.C. ”, como resultado de un expresión de deseos, según manifiestan a fs .30 y ccs.

De ello se desprende con claridad el origen ilícito de la entrega y la ausencia de toda posibilidad de contralor por parte del Estado a través de los mecanismo establecidos a tal fin, exponiendo a la niña a una variedad inmensurable de situaciones capaces de afectar sus derechos fundamentales de modo serio e irreparable.

En efecto, de las constancias de la causa se advierte que la decisión de la Sra P. de entregar a su niña en adopción tampoco se adecuó a las pautas ni al procedimiento establecido en el artículo 11 de la ley 14528 que expresamente establece los requisitos y el modo que deben observarse con el objeto de reputar válida una manifestación de voluntad de entregar de un niño/a en adopción.

Concretamente, el artículo 11 citado establece que “Los progenitores de un niño, niña o adolescente, que decidan autorizar la adopción, deberán manifestarlo *judicialmente* mediante presentación, *con patrocinio letrado*, ante el Juez de Familia de su domicilio, munidos de la *documentación que acredite el vínculo filiatorio* y toda otra que resulte de interés. 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.”

De los elementos de juicio agregados se advierte con claridad la inexistencia de la totalidad de los recaudos establecidos por la ley.

A mayor abundamiento cabe recordar lo sostenido por VE C 115696 en el año 2012 al expresar 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 pretendientes 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 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 considero ilustrativo señalar que la declaración del Consejo Federal de Niñez (creado por decreto ley 1293/2005), en fecha 12 de octubre de 2010 declaró de interés prioritario para las políticas de niñez y familia “ (1) la prohibición expresa en el Código Civil de la entrega directa de un niño, niña o adolescente por parte de sus progenitores u otros familiares a pretendientes guardadores como vías para la adopción (2) la penalización de la compra venta y de la intermediación en la compra venta de niños y niñas ya que estas conductas no se encuentran tipificadas como delitos en el Código penal. (3) promover mediante los mecanismos legales vigentes en cada jurisdicción la adhesión al RUA, ley 25854”

En la misma línea también 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 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).

Por último me permito señalar que 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* estableció “que los estados deben establecer procesos 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 virtud de lo hasta aquí expuesto, propicio a VE se haga lugar al remedio intentado y se remita el expediente a la instancia de origen a fin de que proceda con urgencia a adecuar el procedimiento a las pautas señaladas.

Asimismo, y en virtud de las constancias obrantes que dan cuenta de la ausencia de inscripción de la niña NN o R.P. ; de las obligaciones emanadas de los artículos 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 12 de ley 26061; de la complejidad y del carácter multifacético que debe reconocerle al derecho a la identidad, y del prolongado tiempo transcurrido sin alcanzar con éxito la determinación filial de la niña de conformidad con la realidad biológica (fs. 48/50; 60;154;157;160;199 y ccs.), considero plausible recomendar se valore la posibilidad de actuar el artículo 248 *in fine* y ccs del Código Civil

(**Famá María Victoria**, *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da. edición, 2011, pp.54,60,169 y ccs.)

Tal es mi dictamen,

La Plata, 25 noviembre de 2014 - **Juan Ángel de Oliveira**

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

En la ciudad de La Plata, a 21 de octubre de 2015, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Kogan, Genoud, de Lázzari, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.536, "P. , R.A. . Inscripción de nacimiento fuera de término".

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

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora confirmó la resolución de primera instancia que, a su turno, resolvió mantener el **statu quo** de la niña R. bajo la guarda del matrimonio compuesto por M. E. P. y M. Á. C. y ordenó a la instancia de origen la realización de un nuevo estudio de A.D.N. entre la niña y la señora M. J. P. a los fines de determinar su maternidad (fs. 190/199).

Se interpuso, por la Asesora de Incapaces interviniente, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 202/209).

Oído el señor Subprocurador 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 extraordinario de inaplicabilidad de ley?

## **V O T A C I Ó N**

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

I. En la audiencia celebrada el día 7 de mayo de 2014 la señora M. J. P. manifestó que dos años antes de esa fecha empezó a trabajar con M.P. , asistiendo al domicilio de ésta dos o tres veces por semana.

También expuso que, estando distanciada de su pareja -que había viajado a Misiones-, quedó embarazada de una relación ocasional, una persona a quien no volvió a ver y de la que no aportó dato alguno. Refirió que no quería tener al bebé, que estaba desesperada, que su pareja ya la había aceptado con sus otros tres hijos y que, cuando volviera, no iba a poder explicarle que tenía una niña por temor a que la abandonara (v. fs. 48/49).

Agregó que no sabía qué hacer, si llevarla a una iglesia o a algún otro lugar y que, como conocía a M. P. y a su familia, la dejó al cuidado de ella. Destacó que siempre veía a la beba, R.A. , viéndola crecer muy bien, que tenía vínculos con la familia y que estaba tranquila de que estuviera con ellos.

En ese acto al que comparecieron la secretaria de la Asesoría de Incapaces, miembros del Centro Zonal de Lomas de Zamora, el matrimonio P. -C. y J. C. P. (hija de M.P. ), la señora M. J. P. expresamente manifestó que no quería dar a su hija en adopción y que, si la niña no podía estar con el matrimonio P. -C. , requirió que volviera con ella (v. fs. 49).

II. El nacimiento de la niña R. A. no fue inscripto por tal motivo y en el marco de esa audiencia la jueza de primera instancia resolvió: 1) ordenar la realización de una pericia de A.D.N. para determinar el vínculo biológico de la menor con la señora P. ; 2) autorizar al matrimonio P. -C. a mantener el **statu quo** de la menor R.A. ; 3) formar el expediente de inscripción de nacimiento de la niña; 4) expedir copias para que se inicie, en caso de corresponder, la medida de abrigo; 5) hacer saber a la señora M. J. P. que cuenta con la Defensoría Oficial Civil Departamental a fin de proceder conforme derecho y 6) dar vista a la Asesoría interviniente (v. fs. 49 vta./50).

III. Contra la medida de protección cautelar (provisoria) dictada en el contexto de la audiencia y respecto a la cual habrían quedado notificados todos los comparecientes y firmado de conformidad, según se expresa a fs. 53, la Asesora de Incapaces dedujo recurso de revocatoria con apelación en subsidio tras considerar que se encontraban vulnerados los derechos de su representada.

Solicitó que se revocara lo decidido en cuanto a mantener el **statu quo** de la guarda de la menor NN o R. A. P. hasta tanto se efectuaran las pruebas biológicas y se determinara la identidad de la niña. Peticionó la evaluación de las condiciones psíquicas y psiquiátricas de su presunta progenitora, como así también que se permitiera al órgano administrativo desarrollar las estrategias correspondientes para el caso (v. fs. 56/57).

Requirió asimismo que se autorizara al Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (SZPPDN) a retirar a la niña del domicilio de los actuales guardadores, a fin de tomar la medida de abrigo en un ámbito institucional (y/o familia neutral), tal como fuera manifestado por ese organismo y por la Asesoría en el marco de la audiencia.

IV. La jueza de la instancia de grado rechazó la revocatoria y en ese pronunciamiento puso de relieve que "... el abrigo sólo será aplicable a situaciones excepcionales y en función del interés superior del niño, niña o adolescente en los supuestos que determina el artículo 35 bis del Anexo I del decreto N° 300/05, supuesto que en el marco de estas actuaciones no se configura actualmente...".

Agregó que el examen genético para determinar la filiación de la niña se realizaría el 30 de mayo de 2014 y que, estando la medida adoptada comprendida en el marco de una "Medida de protección Cautelar" (provisoria) resultaba ser lo mejor para el interés superior de la menor hasta tanto se dilucidara la identidad de la niña y el vínculo filial con la señora M. J.P. . Sustentó esa decisión en el Preámbulo, los arts. 3 ap. 1, 9 ap. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 18, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; 15 y 36 inc. 2 de la Constitución provincial; 4 de la ley 13.298; 3 de la ley 26.061; el dec. 415/2006; y art. 242 del Código Civil (v. fs. 67/vta.).

Sumó a ello la cita de un antecedente de esta Corte en el que se hace referencia a una protección cautelar tomada en resguardo de una menor, teniendo en cuenta sus derechos a la identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a tener contacto con la madre, a no ser separada de ella, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hija (v. fs. 67 vta.).

En consecuencia, concedió en relación el recurso de apelación deducido en forma subsidiaria al de revocatoria.

V. Los jueces de la Cámara de Apelaciones interviniente, con carácter previo a resolver el recurso deducido, tomaron contacto con la niña R.A. , quien concurrió en compañía de la señora M.P. , y en presencia del secretario actuante y la señora Asesora de Incapaces (conf. art. 12, CND., v. fs. 184).

En la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2014, obrante a fs. 190/199, la alzada confirmó la resolución recurrida, manteniendo el **statu quo** de la guarda de la menor. Por otro lado ordenó que, ante el fracaso de la realización de A.D.N. dispuesta por la jueza de primera instancia, se realizara uno nuevo en una entidad pública en el plazo de treinta días (v. fs. 190/199).

VI. Contra esa decisión la Asesora de Incapaces deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia la existencia de irregularidades en el proceso y en el accionar, tanto de la señora M. J.P. , como de los guardadores de la niña. Asimismo, expresa que la decisión adoptada por la Cámara en torno a la urgente realización de una pericia de A.D.N. no subsana dichas irregularidades (v. fs. 205 vta./206 vta.).

Con cita del art. 16 de la ley 14.528, refiere que la supuesta madre de la niña efectuó una entrega directa a los guardadores, entre quienes -según manifiesta- solo "existe y existió una relación laboral" (v. fs. 206 vta.).

Destaca que no se dio intervención oportuna al Servicio Local y/o Zonal correspondiente a fin de que elaboraran las estrategias o planes tendientes a inscribir y

revincular a la niña con su madre y grupo familiar. Agrega que la guarda se discernió en contravención al art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes 13.298 y 14.528.

Considera que el fallo de Cámara otorga preeminencia al **statu quo** por encima de las irregularidades que menciona y se agravia de ello, pues afirma que en ningún caso el interés del menor puede resultar de un acuerdo previo realizado por adultos, sin intervención del órgano competente, porque de ser así se desconoce al niño como sujeto de derecho y se contraviene la ley.

Requiere que se revoque la sentencia de la alzada en cuanto mantiene el **statu quo** de la guarda de la menor N.N. o R. A. P. en cabeza del matrimonio P. -C. y reclama que se le permita al organismo administrativo que, de conformidad con la ley 13298, reformada por la ley 14.537 y sus decretos reglamentarios, adopte una medida de abrigo respecto de la niña y para que desarrolle las estrategias que el caso amerite, con la finalidad de proteger el interés superior de su representada (v. fs. 208 vta.).

#### VII. El recurso no prospera.

1) a. Surge de las presentes actuaciones que la niña R. A. desde el 6 de agosto de 2013 se encuentra viviendo con el matrimonio P. -C. (v. fs. 2, 23, 28 y 30).

b. Que quien resultaría ser su madre biológica, señora M. J.P. , por razones altamente subjetivas dejó a su hija al cuidado de esa familia.

Que vio a la niña en los primeros tiempos, hasta el mes de mayo de 2014 y que, con posterioridad, perdió contacto con su hija y la familia P. -C. .

Luego, si bien el 7 de julio de 2014 fue hallada por los propios guardadores provisorios con el objeto de realizar una pericia de A.D.N., no surgen en autos otras constancias que indiquen que la señora P. haya seguido en contacto con R. A. (v. fs. 155; 164/170).

2) En los autos caratulados "P. , R. A. o N.N. s/ Inscripción de nacimiento fuera de término s/ incidente (art. 250)", cuyas copias certificadas fueran requeridas por esta Corte y se adjuntan al presente, se designó -a instancias de lo pedido por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño- una abogada para la menor R. A. en los términos de la ley 14.568 (v. fs. 59 y 60).

La letrada designada en ese carácter, controvertido por la Asesora de Incapaces a fs 145/147, se entrevistó con la niña y sus guardadores y en su presentación, obrante a fs. 100/102, señaló que "R. tiene una vida feliz, llena de amor, contención, atención y confort no existen en este caso causas graves que ameriten innovar en su entorno continente...", requiriendo mantener el **statu quo** de la niña.

a. En el marco de esas actuaciones la jueza de primera instancia dispuso la evaluación de la situación a través del Equipo Interdisciplinario del Juzgado y fijó audiencia para tomar

contacto con la menor, acto que fue llevado a cabo el 2 de diciembre de 2014 (v. fs. 99 y 112).

b. En la evaluación efectuada la perito psicóloga, licenciada Julieta Vaccher, observó al grupo familiar consolidado "... identificándose tanto la señora P. , el señor C. como R. P. a los roles materno-paterno-filiales respectivamente..." y agregó que, J. , la hija de la señora P. , resulta uno de los referentes afectivos de R.A. .

Concluye en que los entrevistados presentan adecuados recursos para continuar resguardando la integridad psicofísica de la menor (v. fs. 113/114).

c. Por su parte, la perito trabajadora social en las consideraciones finales de su informe - de fecha 15 de diciembre de 2014- señaló que los guardadores de R. A. se ocupaban de brindarle un ambiente estable y confortable propicio para el desarrollo armónico de la niña.

Además, observó entre el matrimonio, la hija de la señora M. P. y R. A. la conformación de un grupo familiar unido por lazos afectivos que favorecen la vinculación entre sus integrantes (v. fs. 154/156).

d. De otras constancias del incidente surge que, con fecha 25 de febrero de 2015, se requirió a la Oficina Pericial del Departamento Judicial Lomas de Zamora que fijara fecha para la extracción de sangre de la menor y la señora M. J. P. con el objeto de realizar el pertinente análisis comparativo de A.D.N. (v fs. 177).

3) En esta etapa procesal debe analizarse si corresponde que la niña permanezca en el domicilio del matrimonio P. -C. (como se decide en el fallo recurrido) o en su defecto, si resulta pertinente ordenar una medida de abrigo en un ámbito institucional y/o familiar (como pretende la recurrente).

Lo que vuelve innecesaria toda otra consideración.

4) En ese contexto, recuerdo que la naturaleza de las cuestiones familiares, como la que nos ocupa, exige un especial cuidado en la evaluación del caso: es el "interés superior" de la niña, 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).

En consecuencia, siendo que de las constancias obrantes en autos y de las acompañadas en la incidencia -cuyas copias certificadas fueran requeridas por esta Corte- surge que la menor R. A. se encuentra debidamente contenida junto al matrimonio P. -C. , a mi modo de ver, la medida de protección cautelar que -con carácter excepcional y provisorio- ha sido dictada en el marco de estas actuaciones, debe ser confirmada pues resguarda debidamente los intereses de la niña (conf. arts. 3, ley 23.849).

VIII. Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

Costas por su orden, en atención a la índole del tema debatido (art. 68 segundo párrafo, C.P.C.C.).

Los señores jueces doctores **Kogan y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votaron la cuestión planteada también por la **negativa**.

**A la cuestión planteada, el Señor juez doctor de Lázzari dijo:**

1. No comparto el criterio sustentado por los colegas que me preceden. En mi criterio, y en consonancia con el dictamen de la Procuración, el recurso debe prosperar bajo el alcance y las siguientes salvaguardas en resguardo del superior interés del infante.

2. El ideario de la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 1, 2, 3, 6.2, 7, 8.2, 9.1, 12, 20, en especial 21 inc. 1 y 24- requiere para una niña en su condición de N.N. que se cumplimente un procedimiento transparente en que se respete en primer lugar la dignidad de su persona como sujeto de derecho, prestando asistencia y protección apropiada con miras a restablecer su identidad perdida y a cumplimentar el seguimiento del proceso adoptivo legal vigente (arts. 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).

Se trata de una guarda de hecho nacida de una entrega de una beba sin identidad reconocida, en la que poco se sabe con exactitud cómo aconteció para que el matrimonio C.-P. la recibiera, y mucho del arribo a una vía de custodia de la menor de la mano de una serie de irregularidades (fs. 193 y 196 **in fine** y 197; ver dictamen de la Procuración, fs. 221; denuncia formalizada por la Secretaría de Niñez y Adolescencia; v. actuaciones 12.620, Res. Pte. 211/14). La misma se intenta validar en el marco de un legajo - D14412/feb 2014- generado para salvaguardar apariencias formales sobre la permanencia con este grupo familiar, a través de una solicitud de inscripción pero sabiendo que no era del caso la aplicación de criterios de selección regulados por la acordada 3607, porque la elección ya estaba digitada. Todo ello me persuade para observar que el pretendido acuerdo entre la progenitora y sus guardadores se corresponde a un obrar que excede los límites impuestos por la buena fe. Incluso considero que tampoco ha recibido un correcto contralor por parte de la intervención judicial en la función de protección que le compete por estar presente un niño privado de alguno de los elementos de su identidad. A lo que se agrega que ingresar a restablecer a la niña su identidad a través de la función del Registro es haber confundido la función jurisdiccional con la función administrativa delegada en el marco de la acordada 3607 (v. fs. 12 y 29).

En primer lugar, si el camino hubiera sido transitar por la excepción a la prohibición de las guardas de hecho apoyándose en un vínculo afectivo previo con el niño, no hubiera sido necesario participar al Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción de

la Provincia de Buenos Aires con la solicitud de inscripción cuando de su propio legajo surge la manifestación de que tienen al niño desde hace unos meses por la entrega de su progenitora (v. fs. 2 del Legajo D 14412/feb. 2014, expediente acollarado).

En segundo lugar, si la vía adecuada era respetar la regla de prohibición de las guardas de hecho (art. 16 de la ley 14.528), hubiera correspondido la pronta intervención del órgano administrativo de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables para agotar el posicionamiento del niño con respecto de la familia de origen. En este sentido, comparto las apreciaciones del Subprocurador General en que la situación fáctica de la entrega no responde a la existencia de un vínculo afectivo entre la progenitora y los pretendidos guardadores y solo una posible relación laboral entre aquéllos. En consecuencia, se ha obviado la intervención de los servicios administrativos de protección, convalidando un acuerdo previo realizado entre adultos, al margen de la ley, que cosifica a la niña, al mismo tiempo postergando la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación (fs. 217 vta./218).

Por último, a raíz de las características de la infancia es necesario hacer otra distinción para poner las cosas en su claro quicio.

El calificativo que hace la Cámara sobre el obrar de los pretendidos adoptantes como contrario al ordenamiento jurídico, pero dejado de lado en vista a la integración que se alcanzó entre el niño y esta pareja, justificando esta solución en consideración a la primacía del interés superior del menor -fs. 193 vta.- es incorrecta. 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 sobre los Derechos del Niño).

3. 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 el acomodamiento de los hechos, ni de las razones que justificarían una guarda de hecho. De seguirse este criterio, **no se garantiza la posición que sustenta la niña como sujeto, el respeto a su identidad y a su inmediata inscripción, junto al agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada, con la necesaria intervención del órgano administrativo y en la que también la familia que la acoga 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.**

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), junto a la necesidad de cumplir plazos perentorios y razonables de parte de los organismos del Estado. 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.

4. Ahora bien, corresponde tener en cuenta el interés del menor, que conlleva que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos de la niña y porque obliga a considerar que en toda decisión concerniente a ella es ineludible valorar el impacto de la decisión en su futuro (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Desde esta perspectiva y apoyada en el principio de realidad y de identidad dinámica que se ha forjado durante el tiempo que convive con el matrimonio de referencia, no desconozco que la definición en la separación de la niña del matrimonio repercutirá en su posicionamiento familiar y que lo que aquí se proyecte también pueda ser vivido como una nueva pérdida.

Los informes han dado cuenta de una integración con los adultos y de un enriquecimiento afectivo con la vinculación de una hija de la señora P. , valorando aspectos favorables (fs. 154/156). Sin embargo, se desconoce la repercusión que podría suscitar esta objetivización de la niña por el modo de ingreso a esta familia en el inicio vital (v. Giberti, Eva, "Adopción siglo XXI. Leyes y deseos", Sudamericana, 2010, ps. 171, 172 y 199) al no haberse abordado con el apoyo multidisciplinario necesario en este tipo de procesos la proyección sobre esta temática en la relación vincular y personal a la que se la ha reducido.

Con ello quiero significar, siguiendo a Fernando Ulloa, "que las vinculaciones entre los miembros de un grupo familiar podrían pasar despreocupadas de lo que pelagra cuando operan procesos silenciosos o de silenciamiento", porque solo se atiende en el presente al 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 psicofísica 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).

5. En función de lo aquí expuesto, es que juzgo que, en la instancia de grado, el equipo interdisciplinario del Juzgado deberá evaluar el impacto de una posible separación con quienes hoy convive la niña y los efectos que esta práctica conocida, como "pacto de entrega directa" provoca en la salud psicofísica y social tanto en el caso de separación como de permanencia con los hoy guardadores. Ello impone las siguientes alternativas:

a. Para el supuesto en que se aconseje que la separación no es traumática para el desarrollo psíquico de la niña al distanciarla de aquéllos que la criaron y que por el contrario es una ventaja por el cambio hacia una familia respetuosa de la ley, juzgo indispensable seleccionar a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción (arts. 1, 2, 3, 6, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 14.528, Acordada 3607; v. Junyent de Dutari, Patricia, "Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH", LL 2013-A-161).

b. En el supuesto de estimarse que la separación provocaría un daño mayor al desarrollo futuro de la niña por la consolidación de determinadas relaciones de familia a raíz del tiempo transcurrido y que sea aconsejable la permanencia con la familia C. -P. , entiendo necesario asegurar una supervisión adecuada a los siguientes términos (arts. 2, 3 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte I.D.H., "Asunto L.M. Medidas provisionales respecto de Paraguay", resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1-VII-2011, párr. 18; "Fornerón vs. Argentina", párr. 156).

Por un lado, el equipo técnico del Juzgado deberá determinar las medidas que en el caso haya que arbitrar para remover y desbaratar los inconvenientes de su devenir existencial provocados por este malogrado inicio relacional.

En apoyo a lo expuesto, cabe la siguiente reflexión de Fernando Ulloa, "si la cultura, las convenciones sociales, las leyes no alcanzaron a construir antídotos para evitar el silencio negador de la identidad de la niña en una etapa originaria de la historia vital, es necesario en este tiempo reparar con cuidadoso procedimiento educativo un tiempo que le devuelva en sintonía actual los acontecimientos de la trama que envolvieron su origen y primer período de la vida" (ob. cit.).

Asimismo, y con el resguardo y seguimiento profesional adecuado deberá determinarse qué medidas de acompañamiento de parte del referido matrimonio se deben implementar para reparar el daño ocasionado o corregir la postura que adoptan frente a la niña. En este último caso, la imposición de esta regla de conducta con la consecuente asunción de un compromiso de cumplimiento se fundamenta en la exigibilidad de protección jurídica al estar en juego el interés del menor por sobre el de los adultos (arts. 3 de la ley 26.061; 2, 3, 18 y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Por el otro, con la finalidad de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar el respeto de la ley, se habrá de incluir a los guardadores -en el supuesto de determinarse la conveniencia de permanecer la niña con ellos, y como modo de reparación y de arrepentimiento- en un programa educativo a implementarse en el Área Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción y Digesto (Res. 1967/12) en coordinación con el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires, abierto a la comunidad, con el compromiso de manifestar una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades (arts. 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 75 incs. 22 y 23 de la Const. nac.; "Fornerón", párr. 129 a 144).

Esta medida respetuosa de los derechos humanos, apoyada en el conocimiento de la ley en su función docente, y con la finalidad de que sea vehículo ideológico para modificar conductas imperantes en el seno de la sociedad, con un alto componente cultural que justifica la impunidad de estas interacciones irregulares en falsos conceptos de protección hacia todo menor, se sustenta a modo de un proceso de concientización de los valores que están en juego. A más, de explicitar los beneficios que aporta el respeto voluntario de la norma porque el modo de vinculación contrario a la ley sin la intervención del Juez perjudica la efectividad y realización de los derechos de los niños y los derechos humanos

(Grosman, Cecilia P., "La sociología jurídica aplicada al derecho de familia", en "Derecho de familia", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 28; Birgin, Haydée-Kohen, Beatriz, "El acceso a la justicia como derecho", en "Acceso a la justicia como garantía de igualdad", obra compilada por las mismas autoras, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 18).

Esta manera alternativa de resolver la causa se justifica en función de las particulares circunstancias de la misma y la necesidad de obtener pronunciamientos útiles, superando escollos formales en razón de la prevalencia de principios y valores contenidos en la Constitución y en los Tratados que poseen recepción constitucional, a los que ya se ha hecho referencia.

Con el alcance, voto por la **afirmativa**.

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

**I.** Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Negri.

En efecto, la solución propuesta por el tribunal **a quo** concilia acabadamente con el actual y concreto superior interés de R. (arg. arts. 3.1, 9.3., 11, 12.1 y 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño "C.D.N."; 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 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 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 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General 12 [2009] sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General 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. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, cit., párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (conf. O.N.U., Comité de los Derechos del Niño, Observación General 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 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 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 balancear 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 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 hacen sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución de cada caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible - entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002; entre otras).

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

Aquí, debe llevar a analizar tanto las circunstancias que rodearon la entrega de R. a sus actuales guardadores como la idoneidad de éstos para hacerse cargo de su persona, la situación y bienestar actual de la niña, 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 de los tres primeros aspectos, ha dado cuenta ya el doctor Negri tanto de la firme decisión de la progenitora de la niña (fs. 164/173) de entregarla con fines adoptivos a la familia guardadora, a quien conocía desde bastante tiempo antes de quedar embarazada por haber prestado servicios domésticos en su casa, habiendo sido ratificada aquella decisión en audiencia con asistencia letrada ante el juez de la causa (fs. 48/50, el 7-V-2014); como respecto de la buena impresión que el matrimonio guardador ha causado en los peritos informantes, quienes concluyeron que la integración familiar y afectiva de la menor es plena y la configuración vincular le resulta claramente beneficiosa (fs. 99, 113/114, 122, 154/156 y concs., del incidente art. 250, C.P.C.C., acollarado; informes de cuyas conclusiones tampoco encuentro elementos para apartarme, conf. arts. 384, 474, 850 y concs., C.P.C.C.).

Se aprecia así que las necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales de la niña, 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 de R. , máxime cuando aquéllos se encuentran asimismo inscriptos en el Registro Central de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (fs. 31/32 del legajo adjunto; conf. arts. 4, 5, 6, 7, 8, 10 y concs., Ac. 3607, S.C.B.A.).

**B.** Finalmente, en relación al último de los aspectos a considerar, es menester recordar que los tribunales deben ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho vinculadas a 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 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, pág. 109; asimismo, "Fornerón e hija v. Argentina", sent. del 27-IV-2012, pág. 50).

En consecuencia, en autos, cualquier decisión de modificación del estado de la niña 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).

Sabido es que todo cambio implica un trauma para la niña (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 de R. 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 la niña, ni que dicha pretendida modificación no pudiera producir en R. 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 (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; 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 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).

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).

En verdad, la decisión de separar a la pequeña de los actuales guardadores no aparece como más favorable para ella, pues la somete a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo a tan temprana edad. No es posible tomarla sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo de la niña, ni indagar cuál era su deseo, pese a su 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).

Todo parecería indicar, por el contrario, que el perjuicio se produciría en la niña si se la alejara de sus actuales guardadores, quienes la 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.

C. Por demás, habiendo participado de la audiencia ante esta sede fijada al efecto, tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de R. , con asistencia de la representante del Ministerio Público y una perito psicóloga (fs. 242), lo que me permitió conocerla 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 concs., C.D.N.; 75 inc. 22, Constitución nacional).

**II.** Por lo expuesto y adhesión formulada, voto 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, oído el señor Subprocurador General, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto. Las costas se imponen por su orden en atención a la índole del tema debatido (arts. 68 segundo párrafo y 289, C.P.C.C.).

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ESTEBAN GENOUD

HECTOR NEGRI

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario