

En la Provincia de Santa Fe, a los cinco días del mes de septiembre del año dos mil veinticinco, los señores Jueces de Cámara doctores Sergio José Barberio, Juan José Bentolila, Roberto Héctor Dellamónica, Alejandro Alberto Román y Eduardo Roberto Soderó -los que integran esta Corte Suprema de Justicia-, y quien preside este acto, el señor Ministro doctor Daniel Aníbal Erbetta, acordaron dictar sentencia en los autos caratulados "P [REDACTED], M [REDACTED] y Otros -Medida Precautoria- (CUIJ 21-10995974-7) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (EXPTE. C.S.J. CUIJ NRO. 21-10995974-7). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo, se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores: Erbetta, Dellamónica, Bentolila, Román, Soderó y Barberio.

A la primera cuestión, -¿es admisible el recurso interpuesto?- el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, mediante pronunciamiento nro. 173, de fecha 7 de julio de 2021 (fs. 999-1015), declaró inadmisibile el recurso de apelación extraordinaria interpuesto y confirmó lo resuelto por el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario mediante resolución nro. 994 del 23 de abril de 2019 (fs. 718/726) ratificando el procedimiento destinado a resolver sobre la situación de adoptabilidad del niño I [REDACTED]

P [REDACTED].

Contra este decisorio M [REDACTED] P [REDACTED] -por intermedio de sus apoderadas- interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1023/1042) el que -por mayoría- fue concedido por la Alzada (fs. 1083/1088), accediendo la impugnante a la instancia extraordinaria. Posteriormente este Órgano, mediante decisorio registrado en A. y S. T. 317, págs. 88/99, declaró improcedente el recurso interpuesto (fs. 1139/1149).

Ante este pronunciamiento, la progenitora del niño dedujo el recurso extraordinario previsto por el artículo 14 de la ley 48 (fs. 1160/1176), cuya concesión fue denegada por este Tribunal (A. y S. T. 320, págs. 485/487), lo que motivó el recurso directo que provocó la intervención de la Corte nacional.

El máximo Tribunal de la Nación hizo lugar a la queja y declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto, al considerar que lo decidido por esta Corte no resultaba una derivación razonada del derecho vigente de conformidad con las circunstancias comprobadas en la causa, con menoscabo de los derechos de defensa en juicio y debido proceso.

Para así decidir entendió que lo resuelto oportunamente por este Tribunal eludió considerar la totalidad de los agravios atinentes a la pertinencia de reencauzar el proceso bajo un nuevo encuadre legal, prescindiendo de los artículos 317 del Código Civil y 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin declarar su inconstitucionalidad ni expresar argumentación suficiente que pudiera autorizar una decisión

en ese sentido. Asimismo, sostuvo que esta Corte no pudo desconocer que, a la luz de las normas referidas, no se presentaba ninguno de los supuestos previstos en la ley para tramitar un proceso tendente a obtener una resolución que declare al niño en situación de adoptabilidad y que omitió expedirse sobre la cuestión medular sometida a su análisis: la ausencia de un consentimiento válido exigido para la entrega del niño en guarda con fines de adopción.

En dicho marco interpretativo, corresponde expedir un juicio favorable de admisibilidad, y pasar al análisis de procedencia del recurso de inconstitucionalidad.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Dellamónica, Bentolila, Román, Sodero y Barberio, expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

A la segunda cuestión, -en su caso, ¿es procedente?- el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. En lo que resulta decisivo, es de ver que para rechazar la apelación interpuesta la Sala refirió que en el caso se debía determinar si la solución resultaba contraria a derecho o adecuada para resguardar el interés superior del niño atendiendo al contexto fáctico y no únicamente subsumiéndolo en la normativa. Además, ponderó las implicancias del transcurso del tiempo y su impacto en la decisión.

Luego de relatar los hechos de la causa, calificando de

compleja la problemática que rodeaba el caso en estudio, detalla una serie de acontecimientos cuya consideración considera decisiva para arribar al pronunciamiento recurrido y que llevaron a los jueces a concluir que "existía una evidente situación de desamparo de I [REDACTED]" y que el cuadro socio-familiar y el estado psico-emocional de la niña madre configuraba el supuesto regulado en el artículo 317, inciso a), segunda parte, del Código Civil vigente a la fecha del nacimiento y justificaba lo actuado en primera instancia.

La Alzada señaló que la jueza de grado no denegó ni concedió el pedido de reintegro del niño a su familia biológica ni la solicitud de guarda preadoptiva de los cuidadores y que, al entrar en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, consideró pertinente adecuar el procedimiento a la nueva normativa a fin de garantizar el derecho de defensa de las partes.

Continuó argumentando que la conducta contradictoria en la familia de la madre biológica justificaba la resolución de abordar la decisión final sobre la situación del niño mediante un procedimiento adecuado.

2. Contra este pronunciamiento las apoderadas de la madre y de la abuela del niño deducen recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que lo resuelto afecta su derecho a la jurisdicción al incurrir en arbitrariedad (artículo 1, inciso 3, ley 7055).

Inician su impugnación destacando la situación de vulnerabilidad en que se encontraba M [REDACTED] y refieren a la

afectación de sus derechos a lo largo del proceso, circunstancia que la llevara a acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al dictado de una resolución cautelar el 13 de abril de 2016 que ordenó "proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño Mariano y su madre biológica"; "permitir que el niño pueda mantener vínculos con su madre", y "asegurar que los derechos de María estén oportunamente representados y garantizados en todas las decisiones de los procesos judiciales vigentes".

Seguidamente, critican la sentencia impugnada por apartarse de la legislación aplicable y señalan una serie de irregularidades que tornarían este proceso nulo desde su comienzo, las cuales no habrían recibido tratamiento por las distintas instancias judiciales intervinientes.

En ese orden, afirman que la actuación de la Dirección Provincial de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia debía centrarse en solicitar medidas de protección para M [REDACTED] y tender a la restitución de derechos y al reintegro del niño a su familia; que el inicio del trámite se sostuvo únicamente en un documento simple suscripto por dos personas legas sin patrocinio letrado; que la jueza de grado ordenó la entrega del niño sin resolución alguna, mediante un simple decreto de trámite sin fundamentación, sin escuchar a la niña madre ni asignarle abogado y sin citar a los progenitores de M [REDACTED].

Continúan argumentando que los magistrados

intervinientes no dieron respuesta al planteo de nulidad del consentimiento formulado reiteradamente por su parte, el cual -conforme tanto la legislación anterior como la actual- no puede ser otorgado con anterioridad al nacimiento (artículos 317 C.C. y 607 C.C.y C.N.), y le otorgaron validez a un documento -dirigido a una autoridad administrativa- que no pudo ser redactado ni comprendido por quien lo firmó sin asistencia letrada y por el cual se brindaba un supuesto consentimiento con anterioridad a los plazos establecidos por la norma para considerarlo válido.

Señalan que tampoco se consideró que, según el informe médico forense, la niña, por su corta edad y su estado de conmoción por lo sucedido, no se encontraba en condiciones de comprender el acto.

Por otra parte, aducen que el trámite nunca fue un proceso de adopción, sino que era una medida precautoria que debió ser en favor de M [REDACTED] y debió haber culminado cuando ésta manifestó querer hacerse cargo de su hijo. Sobre este punto destacan que no existe un solo elemento en la causa que determine que no era posible la restitución o que resultaba perjudicial para el niño.

Señalan que el fallo recurrido viola normas constitucionales como el derecho a la identidad y a la familia.

Concluyen afirmando que la sentencia incurre en arbitrariedad normativa al apartarse del derecho vigente en torno a la validez del consentimiento para dar un niño en

adopción, y fáctica, al limitar el análisis del caso a lo ocurrido hasta el dictado de la primera resolución en el 2015 sin tomar en cuenta que con posterioridad a ello, M [REDACTED] mantuvo regularmente contacto con su hijo aun en condiciones adversas y limitadas por el mismo tribunal y que realizó actos en ejercicio de la responsabilidad parental como determinar la filiación paterna del niño.

3. A fin de encuadrar correctamente la cuestión objeto de recurso, cabe remarcar que ésta se vincula o refiere a la validez constitucional -declarada en primera instancia y convalidada en la Alzada- del auto que establece que el presente juicio versa sobre la declaración de situación de adoptabilidad del niño I [REDACTED] P [REDACTED], cobrando, en consecuencia, decisiva trascendencia el criterio sentado por la Corte nacional al resolver esta causa.

Sentado ello, se adelanta que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto debe declararse procedente, en tanto lo resuelto por la Sala no satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción.

En efecto, la resolución que convalida la Alzada entendió que el proceso debía adecuarse a las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial y determinó que los presentes autos versarían sobre la declaración de situación de adoptabilidad del niño I [REDACTED] P [REDACTED].

En este punto cabe recordar que el artículo 607 de dicho cuerpo normativo prevé diversas situaciones que pueden dar lugar a que se declare que un niño/a se encuentra ante la

necesidad de ser adoptado y éstas son: 1) que no tenga filiación establecida o sus padres hayan fallecido sin que se encuentren familiares de origen; 2) que los padres hayan tomado la decisión libre e informada de que el niño/a sea dado en adopción (manifestación que será válida sólo si se produce 45 días después del nacimiento), y 3) que hubieran fracasado las medidas excepcionales tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada y subsistan las causas que motivaron dichas medidas.

Frente a ello, se advierte que, en el caso -tal como lo destaca la Corte nacional- al momento de dictarse la resolución no se presentaba ninguno de los supuestos contemplados en la norma.

Es que, de la lectura de la resolución del 1 de octubre de 2015 se advierte que la misma se sustenta en el inciso b) del artículo 607 Código Civil y Comercial; sin embargo no obra en el expediente una manifestación válida de la madre del niño que exprese su decisión libre e informada de darlo en adopción realizada con posterioridad al nacimiento.

Desde luego no puede asignarse tal carácter al documento agregado a fojas 1/2 de autos, por cuanto, si bien no fue negada su autoría, se trata de un consentimiento otorgado antes del nacimiento del niño, ante una autoridad administrativa, sin asesoramiento letrado, y por una niña que -conforme lo dictaminado por el médico forense a foja 93- presenta "bloqueo emocional selectivo en relación al hecho de marras. Atento a ello, y a su corta edad, no está en

condiciones de comprender el alcance del presente acto”.

Al respecto cabe recordar que el derogado artículo 317 (vigente al momento del acto) intentó concluir con los problemas generados por las guardas conferidas en sede administrativa o con intervención notarial, entendiendo el legislador que la instancia judicial permite un adecuado conocimiento de los progenitores y por eso se exigió, como principio general, su citación ante el juez para prestar su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Se trata de un imperativo que no podía ser desconocido ya que está en juego la posibilidad de extinguir los vínculos del menor con sus padres biológicos. No bastaba con la conformidad prestada ante otro organismo; el juez debía requerir que se brinde en su presencia, pues se encuentra comprometido el derecho constitucional del niño a permanecer con su familia de origen.

Además, la normativa disponía la citación dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, lo que se vincula al puerperio de la madre biológica, su apego al recién nacido y depresión posterior al parto, desde que el estado emocional de la madre podría influir en la decisión y la postergación tiende a proteger el derecho de la progenitora sin olvidar el interés del niño.

Siguiendo similar línea en cuanto a la manifestación de los padres de haber decidido que el niño sea adoptado, el Código Civil y Comercial vigente establece dos parámetros: que sea libre e informada y que no sea durante un tiempo

determinado, el que se conoce como "estado puerperal", excluyéndose *a priori* todo consentimiento prestado en los primeros 45 días de producido el nacimiento.

De lo expuesto se concluye que M [REDACTED] no había prestado consentimiento válido -en los términos previstos tanto por la norma vigente al momento del acto como por la actual- para que el niño sea dado en adopción.

Tampoco se desprende de las constancias de la causa, ni ello es argumentado por la sentenciante, que existieran medidas de protección tomadas por el organismo competente tendentes a restituir derechos y agotar las posibilidades de reintegro a la familia de origen (supuesto del inciso c).

Sobre esta cuestión, si bien la Cámara intenta justificar lo decidido en baja instancia respecto a una supuesta "situación de abandono" prevista en el artículo 317, segundo párrafo, del Código velezano, atendiendo a la situación "socio -familiar" que atravesaba la vida de M [REDACTED], lo cierto es que la norma requiere que dicha situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial, lo que no aconteció en el caso.

Menos aun se tuvo en cuenta la retractación manifestada por la abuela materna y el pedido de restitución -sostenido a lo largo de todo el proceso- de la mamá del niño.

Al respecto no se puede soslayar que la determinación de separar a un niño de su familia de origen debe hacerse de acuerdo a la ley. La decisión de declarar la situación de adoptabilidad del niño en oposición a la voluntad de la madre

biológica, sin constatar la existencia de otras causales que pudieran justificar tal gravosa disposición, importa una restricción ilegítima del derecho de familia.

Es que ante al pedido de restitución formulado por M [REDACTED] y por la abuela materna, el Tribunal no dio razones suficientes para justificar su decisión de seguir con un procedimiento tendente a declarar la situación de adoptabilidad, sin tener en consideración las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y de la ley 26061 que garantizan el derecho a crecer y desarrollarse en su familia de origen, en la medida que ello no sea contrario a los intereses del niño.

El Tribunal Colegiado de Familia aludió al pedido de reintegro planteado por la madre y la abuela y, con cita de un precedente de la Corte nacional, expresó que el análisis de los posibles daños que podría implicar al niño y la aptitud de la madre biológica para minimizarlos, constituían extremos que debían verificarse y presupuestos constitucionales para dar contenido sustantivo a la garantía de protección del interés superior del niño, siendo absolutamente relevante para justificar la restitución del menor y de apreciación ineludible para los jueces. Sin embargo, más allá de citas doctrinarias, no aparece en el decisorio que esa verificación y análisis se hubieran efectuado en el caso concreto.

La única argumentación en que sostienen su decisión es el tiempo que el niño estuvo conviviendo con los cuidadores,

pero tal fundamentación carece de un respaldo probatorio interdisciplinario que la sustente, quedando en una mera afirmación dogmática sin base en los hechos comprobados de la causa.

Es que no obra, al menos en esta causa, un dictamen que aconseje o desaconseje la restitución solicitada por la progenitora, ni sobre cómo ha evolucionado la vinculación entre el niño y su madre; tampoco se ha escuchado a I [REDACTED] sobre cuál sería su deseo, circunstancias todas de suma importancia e indispensables para la decisión a adoptar.

Conviene recalcar que en la decisión judicial sobre el estado de adoptabilidad de un niño, no solo se debe tener en cuenta la situación particular del niño, niña y adolescente, sino también la normativa convencional de derechos humanos y las normas nacionales, tales como son: el derecho a vivir en familia, el derecho a la identidad, la tutela judicial efectiva, la protección de la familia, y, especialmente el derecho a ser oído y valorada su opinión conforme su edad y, una vez más, su interés superior.

Asimismo, no puede olvidarse que la adopción debe ser concebida como institución tendiente a hacer efectivos los derechos de los niños y adolescentes, en la medida en que se ha visto imposibilitado el mantenimiento en la familia de origen, porque ella no existe, no quieren hacerse cargo o no pueden construir proyectos vinculares sólidos; situación que debe tener como condición la previa construcción de distintas vías de acción concretas que tengan como fin garantizar el

derecho de aquéllos a permanecer y crecer junto a su familia de origen.

No debe perderse de vista que el interés superior del niño es principio que debe concretarse en cada caso y que lo fáctico es el dato empírico sobre el que se apoya una decisión que tiene como objetivo la maximización de los derechos del niño.

En el caso, se debe intentar se efectivicen sobre I [REDACTED] la mayor cantidad de derechos garantizados, valorando debida y fundadamente la situación del niño y de su familia, las posibilidades e imposibilidades que se presenten, escuchando a todas las partes involucradas y tomando en cuenta sus dichos, puesto que se está decidiendo no solo el presente sino el futuro de sus vidas.

En razón de todo lo dicho, es de concluir que el decisorio impugnado no satisface el derecho a la jurisdicción al incurrir en arbitrariedad normativa y fáctica y basarse en afirmaciones dogmáticas.

Ahora bien, dadas las excepcionales particularidades de este caso, en el cual la Alzada no podría apartarse de los límites del reenvío, modificando los lineamientos sentados por esta Corte en la decisión que aquí se adopta y volviendo a juzgar lo que aquí se ha definido, sumado al hecho de que no se vislumbra afectación alguna a la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio de ninguna de las partes involucradas que contarán con la posibilidad de exponer sus razones en el órgano

jurisdiccional originario, en atención a las reglas de celeridad y economía procesal y al mandato de pronta terminación de los procesos que también integra el derecho de defensa en juicio, máxime en un asunto como el presente, que involucra los derechos de un niño y que ha debido transitar por numerosas instancias, inclusive en el ámbito internacional, a lo largo de un prolongado lapso de tiempo, se evidencian razones que ameritan suficientemente excepcionar el reenvío previsto como regla por el artículo 12 de la ley 7055 (cfr. A. y S. T. 271, pág. 332).

En consecuencia, corresponde declarar procedente el recurso de apelación extraordinaria y revocar el fallo del Tribunal Colegiado de Familia Número 5 de fecha 23.4.2019, haciendo lugar al recurso de revocatoria entonces desestimado, a fin de que devuelta la causa al Juzgado Unipersonal de Familia que corresponda, previa audiencia con el niño e informes especializados, resuelva definitivamente el pedido de restitución y, en su caso, el estado filial de I. [REDACTED], sobre la base de una escucha activa y eficaz de la opinión del menor (artículo 24 de la ley 26061, artículo 707 del Código Civil y Comercial, artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Además, se deberá considerar especialmente lo ordenado por el Máximo Tribunal Nacional, el cual exhortó "... a todas las partes intervinientes a obrar con mesura en el ejercicio de sus derechos y, principalmente, a profundizar sus esfuerzos para garantizar a I. el derecho a crecer en el seno

de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar -en su caso- sus vínculos con su familia de origen, los que no cabe admitir que puedan verse lesionados como consecuencia de los comportamientos de quienes tienen la obligación de protegerlos...".

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Dellamónica, Bentolila y Román, expresaron idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara Soderó dijo:

Siendo que, conforme al decisorio dictado por el Alto Tribunal de la Nación en la presente causa en fecha 13.VIII.2024 (fs. 1520/1526), se encuentra fuera de discusión la arbitrariedad del fallo de la Alzada -por prescindir de normas legales aplicables sin dar razón plausible alguna (en concreto, artículo 607 C.C.C), otorgarle eficacia a una simple declaración de la madre del niño que resultaba ya inaceptable durante la vigencia del Código civil a la luz de su artículo 317, e incluso desoír su pedido de devolución fundado sobre irrenunciables derechos naturales- resulta forzoso concluir en que la impugnación de fs. 1023/1042 merece favorable acogida en esta instancia, debiendo en consecuencia anularse la sentencia de fs. 999/1015 venida en revisión.

Tal conclusión, atento a la duración del presente proceso, no ha de determinar sin embargo el reenvío ordenado

como regla por el artículo 12 de la ley 7055, cuyo seguimiento indeliberado importaría nuevas dilaciones innecesarias, inconciliables con la elevada jerarquía de los principios en juego y desatendería expresas directivas del fallo de la máxima autoridad judicial del país, en concordancia con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en fecha 22.VIII.2023 para el caso María y Otros vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), nros. 144 y sgtes.

Por ello es que corresponde sin más declarar procedente el recurso de apelación extraordinaria de fs. 812 (831 y revocar el fallo del Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de fecha 23.IV.2019 (fs. 718/726), haciendo lugar al recurso de revocatoria entonces desestimado, a fin de que -devuelta la causa al Juzgado Unipersonal de Familia que corresponda, y previa audiencia al niño en un plazo no mayor a 5 días hábiles desde la recepción del expediente, se expida en definitiva e inmediatamente sobre la solicitud de restitución cautelar planteada en nombre de la madre a fs. 110, con arreglo a las pautas que se derivan del presente.

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Barberio expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Ministro doctor Erbetta y votó en igual sentido.

A la tercera cuestión, -en consecuencia ¿qué resolución corresponde dictar?- el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones

anteriores, corresponde declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con costas en el orden causado. Remitir los autos al Juzgado Unipersonal de Familia que corresponda para que dando cumplimiento a las directivas aquí ordenadas, resuelva definitivamente el pedido de restitución y, en su caso, el estado filial de I [REDACTED].

Así voto.

A la misma cuestión, los señores Jueces de Cámara doctores Dellamónica, Bentolila, Román, Sodero y Barberio, dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESUELVE: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con costas en el orden causado. Remitir los autos al Juzgado Unipersonal de Familia que corresponda para que dando cumplimiento a las directivas aquí ordenadas, resuelva definitivamente el pedido de restitución y, en su caso, el estado filial de I [REDACTED].

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Ministro y los señores Jueces de Cámara, de lo que doy fe.

FDO. DIGITALMENTE: ERBETTA-BARBERIO-BENTOLILA-DELLAMÓNICA-ROMÁN-SODERO-PORTILLA (SECRETARIA).

Tribunal de origen: Sala Segunda de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario.

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal

Colegiado de Familia N° 5 de Rosario.