

Adopción. Guarda de hecho otorgada por la madre biológica. Entrega irregular. Desvinculación. Improcedencia. Idoneidad de los guardadores de hecho. Inscripción en el Registro de Adoptantes. Interés superior del niño

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 30 días del mes de Junio de dos mil once, reunidos en la Sala de Acuerdos, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial de La Matanza, Dres. Eduardo Ángel Roberto Alonso, José Nicolás Taraborrelli y Ramón Domingo Posca para dictar pronunciamiento en los autos caratulados “NN o A., G. M. s/ Medida de Abrigo” - Exp:2103/1, habiéndose practicado el sorteo correspondiente para el estudio y votación de la presente causa, conforme lo normado por el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: Doctores POSCA – ALONSO - TARABORRELLI, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DOCTOR RAMÓN DOMINGO POSCA dijo:

I. El caso concreto. Orden cronológico de los hechos acaecidos.

Los apelantes hacen su primera presentación ante la jurisdicción solicitando la guarda con fines de adopción con fecha 6 de Septiembre del 2010.

Caratulado como “A., G. M. s/ Adopción. Acciones Vinculadas”. Exp:42.211, surge del mismo que los peticionantes, luego de relatar los hechos por los cuales tomaron conocimiento de la existencia de la madre biológica de la niña, y su consecuencia posterior en la guarda de hecho que ello produjo, manifiestan que “...tomando en consideración la necesidad de que la situación se encuentre plenamente en regla...” (ver fs.13 de dichas actuaciones) solicitan la guarda con fines de adopción de la menor G. M. A. y mientras dure la sustanciación del presente, se otorgue una guarda provisoria.

En su relato, también hacen referencia a la conducta que estos tuvieron para con la progenitora. Relatan que “...nos ocupamos de buscar un lugar para alojar a la mamá biológica y a su hijo, que ésta pudiera sostener en el tiempo, estando al alcance de su situación económica, le equipamos este lugar para que pueda tener una vida digna junto a su hijo, que es su mayor preocupación, y por el cual tomó esta decisión” (ver ampliación de relato de fs.28vta/29).

Iniciado con fecha 06/09/2010, (ver sello de recepción de Receptoría General de Expedientes de fs.1vta), casi al mes de hacerse cargo de la niña (12/08/2010 – ver fs.13), manifiestan su situación como inscriptos en el Registro de Aspirantes para Adopción, cuya carpeta (legajo) denuncian como aprobada y tramitada ante el Juzgado de Familia N°4 Departamental. A los efectos del consentimiento necesario establecido por el art. 317 inc. a) del Código Civil, denuncian el domicilio actual de la Sra. E. C. A., madre biológica de G.

Ante dicho petitorio, a fs.20, se resuelve dar intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes, conforme lo solicita la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en base a "...gestionar las políticas necesarias con el objeto de fortalecer el vínculo de la niña con la familia de origen..." (ver fs.19). Siendo ello motivo de apelación por parte de los peticionantes, esta Alzada resuelve a fs.46/50 confirmar dicha providencia.

Con fecha 21 de Enero del 2011 (ver fs.1vta) se inician las presentes actuaciones, a través de las cuales toma intervención el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes.

Adoptándose la medida de protección de derechos regulada por el art. 35 inc. h de la ley 13.298, Dec. Reg. 300/05, la Sra. P. expone en dicho organismo que "...es de conocimiento tanto por el Juzgado como por la Asesoría interviniente: el acuerdo de hecho con la madre de la bebe para su cuidado y su deseo de convertirse en su madre adoptiva" (ver Medida de Abrigo a fs.4). En dicha audiencia, se le comunica de la adopción de la medida, lo "irregular" de su conducta y se acuerda que la niña permanezca bajo su cuidado hasta que se logre una audiencia con el Sr. M. y la Sra. A., implementándose además una estrategia a seguir en base a la naturaleza de la medida. (ver actuaciones de fs.2/15).

A fs.18/19 la Sra. Juez de grado subrogante decreta la legalidad de la medida de abrigo adoptada por el Servicio de Protección Local, conforme los términos de la Ley 13.298 y la Convención de los Derechos del Niño.

A fs.30/33, la Sra. Asesora de Incapaces, haciendo referencia a lo particular del caso, y teniendo en cuenta lo actuado por el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes (ver actuaciones de fs.23/28) y el interés superior del niño, solicita como medida cautelar en los términos del art. 232 del CPCC, la guarda institucional de la niña G. a favor de alguno de los tres matrimonios inscriptos en el registro de Aspirantes, que habían sido ya preseleccionados por la psicóloga de la asesoría Lic. Susana Caraban.

A fs.41vta, el Sr. Juez de grado resuelve hacer lugar a la medida peticionada, fundando su decisión, entre otros aspectos, que "...el matrimonio guardador pudo haber actuado de buena fe o con ignorancia de las normas vigentes en la materia, han evadido los mecanismos instituidos por las autoridades

provinciales para los casos de adopción por lo que convalidar dicha actuación crearía una situación de injusticia respecto de aquellos que si cumplen los pasos legales requeridos para tal efecto...” (ver fs.38); agrega que “...de esta forma tampoco se garantiza la tranquilidad futura de convivencia del pequeño puesto que la irregularidad de la situación podría generar perjuicios para la niña” (ver fs.38); resalta que “...la corta edad de la niña de apenas unos meses no puede tenerse por consolidado la relación afectiva y/o familiar de sus actuales guardadores con la misma” (ver fs.38vta); expresa que “...corresponde inmediatamente decidir la guarda de la infante en un ámbito familiar, como medida cautelar que asegure el superior interés del niño, sin perjuicio de aquello que en definitiva corresponda decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo” (ver fs.39vta); indicando finalmente que “el juez debe valorar del caso todos estos elementos, pero ponderando el superior interés del menor que atiende a su reconocimiento como persona, aceptando sus necesidades y defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo”(ver fs.41).

A fs.41vta, ordena en consecuencia la guarda provisoria de la niña G. en cabeza del matrimonio A. – S. (uno de los matrimonios preseleccionados por la psicóloga de la Asesoría), encomendándole a la Sra. Asesora de Incapaces junto al Servicio Local de Protección de Derechos del Niño, realice todas las medidas pertinentes a fin de efectivizar lo resuelto.

A fs.52 se encuentra agregada el acta de la audiencia celebrada en el SLPPDNA en donde luego de notificar a la Sra. P. lo resuelto por el Sr. Juez de grado, hacen efectiva la medida decretada. A fs.54, en dependencias de la Asesoría de Incapaces, se entrega la niña G. al matrimonio elegido, quienes son designados guardadores provisorios por el Sr. Juez de grado mediante resolución del 23 de Febrero del corriente año.

A fs.58/68vta interponen recurso de apelación el matrimonio P.- M. solicitando la revocación de la medida cautelar, siendo concedido en relación y con efecto devolutivo a fs.69. A fs.82 se radican los presentes autos ante esta Sala I. A fs. 180 se llama Autos para Sentencia. A fs.181 se practica por Secretaria el sorteo correspondiente para el orden de estudio y votación de la presente causa.

II. La guarda de hecho y la guarda con miras a una futura adopción.

Sin perjuicio de las diferentes acepciones que la palabra guarda receipta, lo cierto es que para el caso venido a estudio, debemos centralizar aquella que se produce cuando se le entrega a una persona la custodia de un menor. Este mismo acto, muchas veces resulta de característica unilateral y otra bilateral. Esta última resulta cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero cuide a su hijo y es unilateral cuando, éste abandonado, es recogido por una persona quien le da contención y cuidado.

La guarda de hecho es fáctica, carece de andamiaje jurisdiccional. No decimos que es ilegal porque la ley no la prohíbe, si que carece del control jurisdiccional. Es decir, una persona por derecho propio tiene a su exclusivo cargo y cuidado a un niño, en este caso entregado por su propia madre, en ejercicio de la patria potestad.(Doct. Arts. 275 y 276 Código Civil). No hay delegación ilícita de la guarda.

El intérprete no ha coincidido en explicar la delegación de la guarda del hijo, efectuada por la madre a favor de terceros, con miras a una futura adopción.

Las posiciones extremas se fundan en diámetros opuestos. Para una corriente de opinión, es válida la delegación de la guarda por parte de la madre biológica, con sustento que ejerce un derecho derivado de la patria potestad. En las antípodas, se sostiene que tal revelación materna carece de efectos jurídicos. Inclusive se niega que se trate de un derecho personalísimo de la madre biológica.

Nos alejamos de posiciones extremas y compartimos soluciones intermedias. Excepto situación de connivencia, participo de la idea que la elección de la madre biológica respecto a los futuros adoptantes de su hijo, constituye un derecho a favor del infante, por aplicación del principio del interés superior del niño. Es decir subordinamos para hacerlo conciliar con el interés superior del menor, la facultad que tiene la madre biológica como derivación de la patria potestad.

En este sentido compatibilizamos el ejercicio de la patria potestad y el derecho personalísimo de la madre, con el interés superior del niño.

Esta orientación hacia una definición más clara del superior interés del niño, permite a nuestro criterio, elaborar pautas concretas que den respuesta a la comprensión del principio, porque se atienden fundamentalmente las necesidades del niño, su vinculación con el grupo familiar elegido por su madre biológica, y el tiempo transcurrido desde la entrega en guarda con fines de adopción.

III. El derecho de una madre a dar a su hijo en adopción.

Entiendo que se trata de un derecho personalísimo, realizado en ejercicio de la patria potestad. Por ser una madre en riesgo y en conflicto con la maternidad, su decisión ha sido dada en un ámbito con carencias afectivas y materiales que exigen del Estado el cumplimiento de políticas públicas que aseguren que la decisión está fundada y que al mismo tiempo se han removido los obstáculos de las causas objetivas de abandono.

El artículo 318 de la Ley de Adopción (Ley 24.779) solo prohíbe en forma expresa la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto

administrativo. Esta restricción constituye una previsión frente a las voluntades débiles de las madres que “abandonan” a sus hijos cuando al mismo tiempo han sido abandonadas en situaciones donde ni siquiera pueden cargar con ellas mismas, captadas por terceras personas que ya no miran el entorno de la madre y sus carencias, al solo ver la criatura que ha dado a luz.

La autonomía de la voluntad se proyecta en todos los ámbitos de la vida, sin discriminar entre cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales. Constituye la libertad para tomar decisiones y elegir lícitamente, mediante conductas que además sean compatibles con el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 953 del CC). Sin embargo, reitero, el ámbito referencial de la madre y la necesidad de explorar las causas de su decisión que se relacionan con la indagación del superior interés del niño, justifican el contralor judicial a que hemos hecho referencia, con debida audiencia a la progenitora a quien se le garantizará el derecho de defensa con asistencia de letrado particular o Defensor Oficial e intervención de la Asesoría de Incapaces.

La legislación vigente en cuanto restringe la forma en que se pueda dar a un hijo en guarda con miras a una futura adopción, no prohíbe la entrega voluntaria del hijo a esos fines. Reivindicamos la intervención judicial (nota que tipifica al artículo 317 Código Civil) pero valoramos la guarda de hecho como un antecedente a tener en cuenta si ha sido otorgada sin vicios y especulaciones. Para explorar el continente la legislación provee mecanismos que habilitan las instancias administrativa y judicial.

La evolución del derecho del niño hace mérito de las relaciones biológicas como punto de vista de la verdad sobre la identidad de las personas y solamente en casos excepcionales donde ya no es posible la inserción del menor en su familia originaria, su superior interés se resuelve mediante la adopción. Inclusive en estos casos, de ser beneficioso para el infante, no se desdeña ninguna posibilidad de una integración familiar ensamblada, definiéndose inclusive desde la jurisprudencia de la Corte Suprema a la llamada adopción de integración. (“B. M. C. s/ Protección de Persona”, Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006).

El artículo 318 del Código Civil que hemos mencionado no se reproduce en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio (Comisión creada por Decreto 685/95) cuyo artículo 648 (Guarda previa) prescribe en su segundo párrafo: “La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan”. Se refiere al plazo de guarda mínimo de un año exigido en el primer párrafo del artículo mencionado para poder luego iniciar la adopción. Esta prueba de la guarda y de la solvencia de los guardadores de hecho no debe ser confundida con la prueba de la entrega en adopción. La ley prohíbe la dación del hijo en adopción por acta notarial o administrativa. No está prohibida la guarda de hecho y todo juicio de valor al respecto debe venir del recorrido exploratorio del caso y sus

circunstancias. Con ello se descubrirán los rostros, muy lejos de los escritorios. Coincido con Graciela MEDINA en cuanto a que para probar la guarda de hecho en forma fehaciente se puede realizar un acta notarial, que acredite el hecho mediante el cual se entrega al niño a una familia con el compromiso que le ha de brindar todos los cuidados y la educación, resguardo y protección que sean necesarios. (MEDINA, Graciela: "La guarda de hecho y la adopción", JA 1998-III-959. Por otro lado, la misma autora ha dicho que "...lo que está absolutamente prohibido es la comercialización de los hijos, pero estamos convencidos que la ley no ha querido negarle a los padres biológicos la posibilidad de elegir a los guardadores de sus hijos para una futura adopción. Ponemos de relevancia que no está expresamente prohibido que los padres biológicos entreguen a sus hijos en adopción, ni expresamente exigido que para ser guardador, se deba estar inscripto en el Registro que prevé la ley. De tal manera, rige en todo su vigor el principio del derecho que señala que aquello que no está prohibido, está permitido. En función de ello, decimos que no puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, cuando además existen otras normas que lo permiten, como lo es el art. 383, que admite que un padre designe tutor para sus hijos menores", "...la intervención del Estado en las relaciones familiares siempre es subsidiaria de la voluntad familiar. Por ende, el Estado, a través de sus organismos competentes, sólo puede intervenir en la guarda de los menores cuando los padres no hayan realizado previsiones sobre ellos, o cuando éstas fueran arbitrarias. Lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad de la intervención estatal". ("MEDINA, Graciela – "Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor", Poder judicial de la Nación, comentario al fallo 21037-2009, dictado por la Sala I de la Cámara Civil, Comercial y Minería de la Provincia de Neuquén, del 31 de marzo de 2009). (<http://www.gracielamedina.com> – página de la autora; fallo publicado en <http://www.eldial.com>)

La guarda constituye un acto voluntario, lícito familiar que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. Repetimos es un acto lícito no prohibido por la ley.

La voluntad de los padres para decidir sobre la guarda de sus hijos tiene apoyatura legal. De viejo cuño son las disposiciones que establecen la tutela dada por los padres. Inclusive por testamento se puede designar al tutor. Igual nombramiento puede hacerse por escritura pública, para que tenga efectos después de su fallecimiento. (Art. 383 Código Civil). Por otra parte, "El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquier cláusula o condición no prohibida." (Art. 384 Código Civil). Además "La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez, si hubiese sido legalmente dada y entonces se discernirá el cargo de tutor nombrado". (Art. 388 Código Civil). Complementa lo expuesto: "El juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuere la más idónea para ejercerla,

teniendo en cuenta los intereses del menor". (Art. 391 Código Civil según texto Ley 23.264).

Los padres en ejercicio de la patria potestad pueden además disponer lo necesario para asegurar la mejor elección de la casa donde habrán de vivir sus hijos menores, que no convivan con ellos en el hogar paterno. (Arts. 275 y 276 del Código Civil).

No vemos porque hay que excepcionar respecto de la entrega voluntaria de un niño a sus futuros adoptantes, elegidos por la madre con conocimiento de causa. Reitero, la amenaza cierta del tráfico de niños que constituye un flagelo deleznable no debe constituir reparos a las modalidades de la guarda, con intervención directa de la madre, si los rastreos del caso indican que la voluntad ha sido expresada con convicción y desinterés, girando la madre su rostro a la mirada del bebe y de sus potenciales guardadores. Como ya dije, luego la atenta mirada del juez.

La madre biológica en esta instancia preliminar tiene incólume todos sus deberes y derechos derivados de la patria potestad. Por supuesto que los deberes que se anteponen a los derechos en el moderno concepto de patria potestad (Art. 264 Código Civil – texto ley 23.264), deben ser ordenados en función del superior interés del niño cuyo reconocimiento no constituye una cuestión abstracta, por el contrario resulta una indagación concreta del bienestar del niño. Para eso hay que comprobar si los primigenios guardadores (elegidos por la madre biológica) no tienen suficiente idoneidad, antes de descalabrar el status quo de la guarda de hecho.

La intención de la madre se revela desde un estudio profundo de sus circunstancias. La intervención estatal siempre es supletoria, y en todo caso fiscalizadora por estar comprometido el orden público en las relaciones familiares. Dar a cada uno lo suyo, primordialmente al niño, en el viejo concepto de justicia (Ulpiano) constituye una gimnasia conmovedora por su despliegue y fortalezas, por sus convicciones y descubrimientos.

Precisamente el interés superior del niño no se agota en el tributo de las leyes que proclaman dar prioridad a su interés superior o en aquella legislación que crea el régimen de inscripción en las listas de futuros adoptantes. El meollo de la cuestión siempre será predecir lo mejor para el niño y sostenerlo con fundamentos claros, sin la mera mención de una prescripción legal que no admite discusión como enunciado, me estoy refiriendo al llamado "interés superior del niño". Entonces va de suyo que cuestionar la idoneidad de los guardadores porque no están inscriptos en una lista o se encuentran en orden más lejano o formar una terna de futuros guardadores con aspirantes inscriptos, no explica demasiado el porque del interés superior del niño ya inserto en un ámbito familiar puesto que se relativiza con ello su interés al cumplimiento de recaudos formales que más bien se relacionan con una regla de estricta justicia para aquellos que esperan pacientemente la entrega de un

niño en guarda y no precisamente para el infante ya cobijado – si bien de hecho en los umbrales de su protección, desde su nacimiento y durante los primeros siete meses de vida, el trastocar su status quo por si solo no consulta, en las circunstancias del caso, el interés superior del niño. Y que no se diga que siete meses es poco puesto que la evolución del niño reconoce en sus primeras instancias percepciones únicas. El cronómetro tampoco en este caso sirve para medir el arraigo.

En siete meses es posible consolidar una relación paterno-filial que basta por si sola para ser atendida e inclusive si la decisión fuera adversa a los guardadores originarios, solo el sustento de un argumento sólido la podría convalidar. No advierto en la lectura de la resolución apelada ningún cuestionamiento a la idoneidad de los guardadores, ni suficientes fundamentos de la mutación de la guarda, no explicitándose de modo concreto, la razón por la cual en las circunstancias del caso, lo decidido privilegia el superior interés del niño.

Generalmente no puede desvincularse el superior interés del niño de los adultos que lo circundan y cuidan, por pedido expreso de la madre biológica. Cuando la familia no es contenedora y el niño está en riesgo, su superior derecho debe ser protegido con medidas excepcionales. En este caso la decisión fue expresada por la madre con anterioridad al parto y sostenida continuamente.

El interés superior del niño se alcanza también con la guarda de hecho, sin especulaciones, en la medida que responda a una realidad concreta donde cada sujeto ha actuado en forma espontánea. Cada secuencia de la realidad se enhebra con otra y el intérprete procura no perderse ninguna de ellas puesto que decidir sobre algunas escenas es como privar de argumento a la historia que en el expediente no se alcanza a reconstruir.

Destacados especialistas en derecho de familia han opinado: “El juez, a los fines de la adopción, podrá convalidar toda guarda de hecho, merituando la relación ya establecida entre los futuros adoptantes y el adoptado, aún cuando los primeros no se encuentren inscriptos en los Registros respectivos, teniendo en cuenta el superior interés del menor”. (WAGMAISTER, Adriana M. y LEVY, Lea M., “El interés superior del niño. Adopción y guarda de hecho”, ponencia presentada en las XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, abril 2000, Comisión 3: Familia y Sucesiones, tema B) Adopción). Las distinguidas autoras además mencionan las conclusiones de las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones, celebradas en Morón durante los días 21 al 23 de septiembre de 1999, ámbito académico donde se recomendó: “La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales tales como la relación afectiva o familiar, ponderándose siempre el interés superior del niño”. (Ponencia citada).

Como se aprecia la doctrina siempre estuvo preocupada por conciliar hechos de realidad, es decir la relación del instituto de la guarda de hecho con la guarda judicial y el Registro Único de Aspirantes a la adopción. El Registro siempre se ha relativizado en casos excepcionales para preservar precisamente el superior interés del niño. Esta justificada la creación de un Registro de aspirantes a guarda con fines de adopción para controlar la legalidad en cada caso y asegurar al mismo tiempo la protección de los derechos del niño, de sus padres biológicos y de los futuros adoptantes. Esta claridad de los hechos puede subsumirse en la concreción de la guarda cuando la voluntad de la madre es inequívoca y conciente, con conocimiento de sus derechos y con convicción sobre la idoneidad de los guardadores que ha elegido para su hija. El control de legalidad subsiste precisamente para verificar judicialmente que se ha actuado con espontaneidad y con decisión desinteresada desde el punto de vista material y en la creencia que estas personas han de criar y educar, de acuerdo a sus posibilidades y orientaciones, a su hija. Limitar la posibilidad de obtener la guarda de hecho a quienes estén inscriptos en la lista de aspirantes sería condicionar seriamente la elección de la madre biológica.

III.1 ¿Puede conciliarse la elección de la madre biológica de los futuros adoptantes de su hijo con el superior interés del niño?

Entiendo que la respuesta al planteo del interrogante es afirmativa, si la elección de la madre es auténtica y reflexiva por anteponer el interés de su hijo a ser criado y educado por una familia, a quien no ha elegido por azar u otro tipo de vicisitudes. El interés del niño puede ser conciliado con el interés de la familia biológica y de los pretendidos adoptantes al interactuar juntos en una misma idea cuyos prolegómenos son los consensos a favor del niño, quien del entendimiento de los mayores tendrá mejores posibilidades de conocer su identidad y mantener vínculos con su madre biológica. No es traumática la exploración de los orígenes cuando saber hacia donde vamos es conocer desde donde vinimos. La elección de la madre permite un diálogo franco con los futuros guardadores, sin los temores que se experimentan cuando un hijo se da a un extraño. Ello no significa desbaratar un sistema legal que todos deben defender y que traduce en una lista de espera como blanco de prueba para paciencias y agobios.

La lista de aspirantes a guarda con fines para adopción debe ser conciliada con las realidades y entornos. No constituye una pista de atletismo para que corran al unísono las personas ni deben los jueces excederse en su celo cuando interpretan que la legitimidad se relaciona estrictamente con la lista de aspirantes. También es legítima la circunstancia de la vida que no producen las especulaciones ni se enrolan en el concepto de tráfico de niños, flagelo que azota a los principios de la adopción y ronda como fantasmas a las buenas intenciones. La ley no permite el negocio cuyo objeto sea una persona y en ello los jueces debemos a ultranza ser firmes guardianes de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Apenas un atisbo de duda sobre la conducta

de la madre, es decir si ha mediado transacción, permuta u otra especulación, es suficiente para indagar, explorar, internarse en la problemática de la madre en conflicto con su maternidad. Lo ha hecho esta Sala y ciertamente, las expresiones de la madre biológica – con debida asistencia jurídica del Defensor Oficial -, ha expresado consideraciones que evaluadas en el contexto histórico del caso, nos permiten inferir que su elección prima facie (no se exige otra verosimilitud en esta instancia cautelar) es reflexiva, desinteresada de si misma e interesada en la crianza de su hija por parte de los apelantes, a quienes le confió su hija con la revelada necesidad que estos no actuaran como extraños y permitieran seguir la evolución de la niña, es decir no perderla de vista en el futuro. Algunos autores llaman a esta modalidad, adopción de integración. En definitiva el corazón no tiene compartimientos estancos y la cabeza nunca olvida lo que retienen los afectos. Para ello lo mejor – excepto cuando no fuera conveniente – es no fomentar el desarraigo ni ocultar la verdad biológica aunque a veces lo difícil del entramado revela sus propias dificultades. En este caso, pareciera que la situación dialogada por la madre biológica y los pretensos adoptantes, constituye el mejor auspicio para una relación extensa entre los adultos y la niña. La solución no es definitiva, serán los equipos multidisciplinarios quienes darán opinión muy fundada y con la atenta lectura del magistrado de grado, los que podrán orientar en el futuro cualquier inconveniencia que pudiera plantear la relación que la madre biológica aspira tener con su hija en las distintas etapas evolutivas de la niña. (de acuerdo al tenor de la audiencia – ver fs.168). Ya dije en un voto anterior (Ver “B. M. C. s/ Protección de Persona”, Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006) que la adopción es un acto de amor, y añado que exige sacrificios y templanza porque el niño que se adopta tiene una historia, una familia de origen, hermanos, primos, tíos, sobrinos, todos con potencial legitimación para vincularse con el niño y recíprocamente éste con ellos. No se cierra del todo la puerta al pasado. Por eso insisto tanto en la necesidad de actuar sobre la intemperie cuando el vendaval arrecia, explorando, indagando, escuchando y después decidir lo mejor que sea por el interés superior del niño. El interés superior del niño no es una proclama abstracta. Los derechos están unidos entre si como el maíz en el marlo. Ver unos pocos granos, disociados, es dar una solución simple e incompleta.

Interpretar el mejor interés superior del niño no es tarea sencilla. Ni la presunción, ni el prejuicio, ni las causas objetivas de abandono son sus luminarias para esclarecer a la orfandad. También dije en ese voto que la madre que abandona también ha sido abandonada. Quiero rescatar en mi ponencia a la niña que a partir del dictado de la medida cautelar apelada ha comenzado a ser itinerante, con lo traumático que ello representa – inclusive para sus primigenios guardadores y para los actuales puesto que éstos últimos no supusieron al ejercer su legítimo y loable derecho a adoptar que también se hallarían incursos en un litigio con azarosas derivaciones. Ellos también son seres humanos que sufren este conflicto, que se han ilusionado con la niña – y ello no se morigera porque se les haya dicho que la guarda podría ser transitoria -, de modo que a ellos también les alcanza el gravamen. También

los rescato. Quiero rescatar a la madre biológica que ha decidido dar a su hija a los guardadores que ha elegido.

Se han formulado conceptos y prejuicios sorprendentes porque están guiados exclusivamente por las fojas que han ordenado las actuaciones del expediente, sin incursión alguna al exterior. (Escena donde hay personas). Se han hecho reproches a la progenitora porque su conducta no encuadraría en las prescripciones legales para adoptar e ignorándose la realidad de la guarda de hecho o la evolución del concepto de adopción abierta.

Por supuesto que no hay que avalar sin mayores investigaciones (El proceso de familia es indagatorio de la realidad social) toda entrega de un niño por parte de los padres. Por tratarse de un hecho atípico, todos merecen que se encuentre la explicación de tal conducta.

La doctrina especializada ha expresado: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos de su hijo debe ser tomada en cuenta desde el punto de vista del derecho del niño a vivir en una familia a la luz de su interés superior”. (BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño”, La Ley 2001-F, 1101).

La legislación vigente no prohíbe la elección materna (o de ambos padres biológicos si se diera el caso) de futuros adoptantes de su hijo. El crisol constitucional de 1994 ampara la autonomía de la voluntad dispuesta a favor de un interés superior. Entonces esa exploración a la que hago mención reiteradas veces en esta ponencia ha de precisar los límites y fronteras para otorgar o no la guarda con miras a una futura adopción a la persona o personas elegidas por la madre biológica. (BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño”, La Ley 2001-F, 1101). Los autores de referencia sostienen que la madre biológica en esos casos debe ser escuchada. (obra citada). Sostengo que quien tiene que escuchar a la madre es el juez competente en la guarda o adopción del menor. No basta con la intervención que se ha dado a la madre en otras instancias administrativas e inclusive en el ámbito del Ministerio Público o que se postergue esa oportunidad para etapas ulteriores. No se trata solamente de discernir sobre la guarda sino también de indagar porque una madre concede a otros, el tributo más noble que le pudo haber ofrecido la vida.

Es exacto lo que pregona la doctrina que reivindicamos como garantía de los buenos fallos. La oportunidad de ser oída que tiene la madre biológica (y eventualmente el otro progenitor) y porque entiendo que el derecho de defensa no es un mero ritualismo que ejercido una sola vez (por ejemplo en la etapa de guarda preadoptiva) torna innecesaria nuevas citaciones, reconoce su vigencia es instancias sucesivas. De ser posible, antes de la decisión de dar al hijo en

adopción puesto que rige plenamente el principio de convivencia familiar (La familia al tener protección constitucional debe ser defendida de sus propias disgregaciones). En este aspecto resulta aplicable la Convención de los Derechos del Niño (Arts. 5º, 8º.1, 9º y 18º). También la madre biológica debe ser oída al momento de la entrega y después de su concreción. El consentimiento informado y expreso, sin dualidades, al cual ya hice referencia, se impone como una garantía constitucional de la madre biológica y del niño, en la etapa preadoptiva. (Doctrina del artículo 317 incs. a) y d), Ley 24.779). No impide tal conclusión el hecho de tratarse de una medida cautelar que bien sabemos que por su naturaleza tienen las connotaciones de una tutela anticipada.

Si bien cabe distinguir entre guarda con miras a una futura adopción y guarda de hecho, lo concreto es que resultan indóciles sus fronteras y por ello difusa la vigencia de una o de otra, al resultar que derivan de la misma confluencia. Lo que aquí interesa es determinar si la madre ha obrado correctamente, considerándose el contexto del caso y sus implicancias, partiendo de la base que la primigenia guarda de hecho (sin contralor judicial) fue rápidamente encaminada a una guarda de derecho, al articular los aquí apelantes el proceso de adopción, previa verificación de los requisitos instrumentales al contar con debida inscripción en las listas de aspirantes a guarda con vista a una futura adopción. En este contexto procesal, era importante verificar en que condiciones se concedió la guarda de hecho y visto ello considerar si su verosimilitud autorizaba a respetar el rodaje de la realidad sobre los derechos de otros potenciales guardadores.

IV. El consentimiento informado. La situación de la madre y la comprensión de su decisión.

Advierto que – sin mengua de su incidencia según las opiniones – tampoco podrá invocarse el estado puerperal como constitución de una base frágil para la decisión materna. Digo ello porque la voluntad de la madre biológica responde a las exigencias del consentimiento informado.

La decisión ha sido expresada con antelación al parto y ratificada con convicción con la conducta posterior sustentada en las razones que ha explicitado la madre biológica en la audiencia ordenada por este Tribunal.

Nada impide que el concepto de consentimiento informado desarrollado en el ámbito de la bioética (en especial los contratos médicos) no resulte aplicable en otras disciplinas, inclusive en aquellas que se relacionan con el derecho de familia, contexto que comprende a la adopción.

El consentimiento informado en materia de adopción se sustenta con rango constitucional. (Ver Convención de los derechos del Niño, art. 21, inc. a). El debido asesoramiento legal se impone de oficio, tal como lo ha dispuesto esta Sala Primera al ordenar la intervención de la Defensoría Oficial para que la

madre biológica esté orientada legalmente puesto que oírle no es solo tenerla a la vista para escucharla sino que cada palabra suya sea consecuencia de su libre voluntad y con conciencia de sus derechos. Este asesoramiento no fue dispuesto en la instancia de origen, déficit que obsta al desarrollo constitucional del proceso justo. (Ver "N.N. o I S/ INFRACCION ART.10 LEY 10.067", Causa Nro. 520/1, RSD: 06/04, sentencia del 1 de Abril del 2004).

La guarda de hecho constituye una realidad social cuyo análisis no será certero si se mide la conducta de la madre biológica exclusivamente con una regla legal, prescindiendo de la realidad social cuya comprensión se rige por las máximas de experiencias. Se ha reprochado a la madre biológica y a los pretensos adoptantes, desde la instancia administrativa y desde la instancia jurisdiccional, conductas atípicas y presuntamente irregulares y encaminado el proceso a la sustitución de los guardadores. Sin embargo no advierto que se hayan realizado actividades tendientes, por ejemplo, a la reinserción del binomio madre-hija, propósito coyuntural en la nueva visión de la familia porque se procura de ser posible, la integración a la familia biológica. Esta mujer – la madre biológica – decidió en soledad traer un hijo al mundo, en soledad decidió darlo en guarda con comprensión que era lo mejor para su hija y en soledad – sin que tampoco se le notificara en primera instancia el cambio de guarda - fue observada por este Tribunal cuando se decidió convocar a audiencia para oírle, con garantías suficientes para que se exprese con conciencia de sus derechos. El derecho es la previsión del bienestar. Ello requiere además de la aplicación de la ley, una exploración de la realidad cuando se debaten los derechos del niño.

La intervención de la madre biológica constituye un imperativo constitucional. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías para la determinación de sus derechos y obligaciones. En este caso el derecho de defensa de la persona de la madre biológica como sus derechos en todo procedimiento administrativo o judicial, con debida intervención tanto en el proceso de guarda como en cualquier otra instancia encaminada a la adopción. (Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 18 y art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

No debe ser ningún proceso administrativo o judicial cauce para la estigmatización de la madre biológica, a quien debe dispensársele el respeto que se merece y no castigarla con reproches sobre su conducta, seguramente impuesta desde la adversidad social, familiar y económica.

Esta necesidad de escuchar a la madre no es solo una formalidad con escena de audiencia. Constituye la fortaleza del sistema constitucional que considera al niño como sujeto y no como objeto, asimilando la convención de los derechos del niño sin aislar ninguna de sus postulaciones, de modo que enhebra cada disposición legal una con otras, cimentando al texto cimero en un todo inescindible. Lo contrario no es otra cosa que parcializar la visión de los derechos del niño.

Constituye una premisa básica indagar sobre el origen biológico del niño, quien cuando sea adulto ha de reconocerse a si mismo con la certeza de su identidad. Ello trae como imperativo el acceso a la tutela efectiva de la familia de origen, en este caso la madre biológica quien debe dar su consentimiento informado porque es protagonista genuina de su propia historia y de la historia de su hija. De allí que en toda oportunidad que nos tocó decidir sobre estas complejas cuestiones hemos dado opinión para que se cite a la madre, no solo a oírla sino para asegurar su derecho y su adecuada información, con asesoramiento letrado a través del defensor oficial o particular. ¿Como no va a conocer la madre biológica sobre los procesos judiciales que están orientados a decidir sobre la guarda y adopción de su propia hija a quien entregó voluntariamente a un matrimonio? En este caso ni siquiera se le comunicó fehacientemente el cambio de guarda dispuesta en la instancia de origen. La madre podrá en todo caso ratificar la entrega del niño o peticionar lo conducente para una reinserción familiar. Es un recaudo legal que pregona la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 21, al establecer entre otras condiciones, que las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción, sobre la base del asesoramiento necesario. Consentimiento y asesoramiento van de la mano y se torna un requisito ineludible cuando se tratan de procesos tendientes a una posible separación de un niño de su familia biológica. Con mayor razón esta premisa se exige si ha sido precisamente la madre quien dio en guarda a su hija a pretensos adoptantes. Si los tribunales competentes desconfían de su libre y espontánea voluntad, que mejor recurso para sanear cualquier percepción al respecto, que la citación de la madre biológica para oírla en una audiencia con todas las garantías constitucionales. El acceso a la jurisdicción de la madre biológica constituye un derecho humano elemental. No es este el caso del abandono del hijo a la intemperie – supuesto que también exige una adecuada citación, de ser factible – sino de una situación excepcional que motivó a la progenitora a elegir a los guardadores de su hija con la finalidad de una futura adopción. El acceso a la jurisdicción tiene raigambre constitucional y sustento normativo de todo orden cimero. (Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes, art. XVII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 10; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1; art. 8; Pacto de San José de Costa Rica).

No olvidemos que la madre biológica también necesita contención y los tribunales de familia no pueden dejar de considerar su citación para oírla, fundamentalmente en la etapa preadoptiva, con implementación de estudios sociales y psicológicos, de modo que se pueda tener un conocimiento suficiente de su persona y de su situación. La decisión de la madre debe ser evaluada interdisciplinariamente.

La doctrina especializada no escatima esfuerzos en divulgar esta actividad de contención, destacando los aspectos interdisciplinarios de la adopción. (FONTEMACHI, María A., La práctica en adopción, aspectos interdisciplinarios,

Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, con prólogo de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI). Por todo no hay que estigmatizar o condenar a la madre biológica. Hay que oírle siempre para comprenderla, para asegurar que su decisión ha sido genuina o exacerbada por circunstancias adversas, y fundamentalmente para que tenga oportunidad de defensa con conocimiento de sus derechos.

La doctrina especializada prescribe que no hay que abandonar a la madre biológica, a quien debe oírse con el aseguramiento de su derecho de defensa para que pueda criar a su hijo o cuando ello no es posible, decidir con responsabilidad la entrega en guarda con miras a una futura adopción.

“Deben profundizarse las intervenciones mediante diagnóstico y seguimiento de la mujer en conflicto con su maternidad, centrado en la manifestación de voluntad libre, seria, esclarecida, tratando de ahondar en sus motivaciones sin una postura condenatoria, disminuyendo las posibilidades de una desvinculación biológica innecesaria. Respetando el derecho de la madre a decidir, siempre que su decisión implique considerar a su hijo sujeto con derechos, no objeto de propiedad”. (FONTEMACHI, María A., La práctica en adopción, aspectos interdisciplinarios, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, pág. 33/34, con prólogo de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI). La actividad multidisciplinaria puesta a disposición de la familia en riesgo dará como resultado la revelación de la realidad social de la madre biológica, sus necesidades y fundamentalmente, si desea dar en guarda a su hijo, la autenticidad de su voluntad, libre y reflexiva, con conciencia de sus derechos. Este abordaje de campo, elemental si se quiere, ha de disipar prejuicios o presunciones que puedan dar cabida a la guarda de hecho.

Coincido con la distinguida autora Mendocina FONTEMACHI en cuanto este trabajo en equipo con efectos multiplicadores instruye la acción para dar cumplimiento con el artículo 35 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que compromete a los Estados Partes a adoptar medidas para impedir el tráfico de niños. (Autora y obra citada, pág. 35). Digo ello porque se advierte tanto de la instancia administrativa como del mismo proceso una afirmación dogmática, que también hace suya la Sra. Asesora de Incapaces, respecto de la situación atípica – por así decirlo – de la entrega efectuada por la madre biológica de su hija a personas interesadas en adoptarla.

Sin un estudio – siquiera superficial – previo del ambiente de la madre, sin oírle con derecho de defensa, sin conocerle el rostro, sin escuchar su voz, y sin consultarla – formalmente estuvo ajena al cambio de guarda - inaudita parte se excluyó a la niña del hogar de sus guardadores, aquellos que prefirió la madre biológica. Estos vaivenes del proceso como olas del frenético océano han devuelto la ilusión – legítima – a nuevos pretensos adoptantes. Cualquiera fuera la solución que ha de prevalecer, será el propio proceso quien ha de deglutir las ilusiones. Ello hubiera sido impedido con solo oír a la madre biológica antes de decidir.

En este sentido se ha expresado que “ante los hechos consumados resultaba prioritario preservar la integridad física y psíquica de la niña y, en consecuencia, no resultaba pertinente agravar el estado de cosas ordenando “nuevos traslados compulsivos”. (Mizrahi, Mauricio: “La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño”, JA - 6235 del 29 de febrero de 2001, p.32).

Los tribunales especializados deben ver a los niños desamparados y a las mujeres en conflicto con maternidad, para indagar las causas del problema y resolver en forma integral. En este caso prima facie no puede hablarse de menor abandonada puesto que razonar así sería negar la posibilidad de dar en guarda a un hijo (tutela dada por los padres –art.383 Código Civil – o tutela dativa, según su caso – Art. 392 Código Civil), designar un tutor para su hijo, facultad que inclusive se puede hacer por testamento. Solo faltaba – si las dudas sobresaltaran – indagar sobre la veracidad de la entrega del hijo para determinar si ha sido obra genuina y desinteresada de la voluntad materna o consecuencia de un ardid o la simulación de un negocio con objeto prohibido. A veces los procesos son como telarañas que atrapan con minúsculas sombras todo atisbo de verdad. Solo se desenreda la maraña con medidas incisivas orientadas a la revelación de los hechos, enjundia que se escabulle del fárrago de papeles.

Esta respuesta integral que pregonamos no descuida que las relaciones humanas son complejas y ceñidas a un contexto social determinado. Confiamos que la lista de aspirantes tiene una finalidad organizadora y que el juez personalmente ha de evaluar potencialidades y aptitudes, precisamente sin cronómetros, dando carácter universal a una aspiración que responde a un derecho de incidencia colectiva: la protección de la clase de niños sin tutela familiar. Ahora bien, el caso muestra desde su origen una situación muy diferente a aquella que deriva del abandono de niños o desentendimiento materno al expresar la progenitora su voluntad de dar a su hijo en guarda a personas elegidas por ella. De allí y sin mayores exploraciones, con los simples papeles, presumir irregularidad, sería como derogar la guarda de hecho o la adopción abierta. Las instituciones mencionadas – la primera con arraigo en nuestra cultura y la segunda con rápida inclusión en el derecho comparado – deben ser observadas con el prisma que se ausculta a la realidad. El estudio interdisciplinario comprenderá a la madre biológica, a los pretensos adoptantes y al niño sujeto de derechos. El objetivo será dar una eficaz respuesta institucional.

El discernimiento de la guarda siempre implica una decisión fundada, más allá del carácter provisorio, y en este aspecto la mejor comprensión del derecho constitucional a integrar una familia sin bien gira sobre el interés superior del niño, no prescinde de las aspiraciones, expectativas, convicciones y proyectos de cada uno de los potenciales adoptantes. En este sentido cabe conjugar los criterios de selección.

El principio de inmediación en este caso concreto, le ha permitido a este suscripto tomar contacto directo con la criatura y su actual entorno, y de los recurrentes, circunstancia que afirma la convicción respecto a una solución inmediata asegurándose con ello los derechos de raigambre constitucional que G. posee (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17.1, 18, 20, 21, 24, 25, 28 y 31 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; 75 inc. 22 CN).

Al respecto, este Tribunal, ha requerido medidas tendientes a tomar contacto con la niña, audiencias con la finalidad de conocer a las partes – tanto los guardadores actuales como los originales, ha solicitado informes socio - ambientales (no realizado en su momento oportuno por la instancia de grado), como informes psicológicos tendientes a cubrir la suspensión del legajo de guarda del matrimonio P. – M. por la existencia del conflicto suscitado en las presentes actuaciones, que en su conjunto han suministrado elementos esenciales que inicialmente no se contaban o aparecían confusos y llenos de prejuicios que nada sumaron a la vida de G.

Nos encontramos frente a una guarda delegada la cual debe, sin perder de vista la legalidad en cuanto a la seguridad de los actos jurídicos desarrollados en vía de la protección de la menor, no descartar la voluntad de la madre biológica la cual manifiesta en varias oportunidades su voluntad de que el matrimonio P. – M. cuide a su hija (ver fs.25/27 y 168).

La realidad social argentina demuestra lo frágil del sistema y su implementación, obligando a que el mismo sea puesto a disposición de esa realidad y no adaptar la realidad al sistema.

V. La inscripción en el Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos. Ley 25.854.

La Ley 25.854 rige en el ámbito nacional desde enero de 2004 (Ley Sancionada el 4 de diciembre de 2003 y promulgada con fecha 6 de enero de 2004), exige como requisito para integrar la nómina de aspirantes domicilio en el país, con efectiva residencia por un período anterior de cinco años. Tratándose de extranjeros, el plazo de cinco años será contado a partir de la radicación otorgada por la Dirección Nacional de Migraciones. (Art. 1º). La nómina de aspirantes se integrará con la lista de aspirantes inscriptos en todas las provincias que adhieran al registro creado y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (Art. 2º). Toda inscripción se efectuará por los peticionantes en el “Libro de Aspirantes” ante los profesionales idóneos del organismo designado en cada jurisdicción correspondiente al domicilio, con la apertura del legajo respectivo donde constarán los datos y requisitos mínimos exigidos por la mencionada ley. (Art. 3º). Entre ellos, el número de orden.

El Decreto 383/2005 que aprueba la reglamentación de la Ley Nº 25.854 formula precisiones que vienen útiles para el entendimiento del presente caso.

En este aspecto prolifera doctrina ha coincidido. “a) Que los deseos y preferencias de la madre (y en su caso el padre), respecto de la persona a quien se quisiera entregar la guarda, deben ser especialmente considerados y en su caso tenidos en cuenta; y solamente desplazados cuando el interés superior del niño o mejor interés (debidamente comprobado en el caso particular) así lo aconseje”. Inclusive desde la ponencia se propone: “Que en el proyecto de reforma al Código Civil se incluya expresamente el derecho de la madre biológica de elegir a los futuros adoptantes de su hijo”. (MAGAÑINI, Mónica Emilie, BARALE, Marta, FERRARI, Horacio y MAROZZI, Marcela Fabiana: “El derecho de la madre biológica conculcado como consecuencia de los requisitos exigidos por la ley para dar su hijo en adopción”, ponencia presentada Federación de Colegios de Abogados, XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, abril 2000, Comisión 3: Familia y Sucesiones, Tema B) Adopción).

No debe dejarse de tener en cuenta que el Registro de guardas con fines de adopción no se ciñe a un orden de inscripción medido con un cronómetro, obedeciendo su finalidad a la consecución del mejor discernimiento de la guarda, según las aptitudes de cada aspirante, resultando para ello indispensable advertir las características que presentan los niños en riesgo. La Suprema Corte de Justicia ha expresado: “El niño no es un objeto que a modo de un premio se otorga a quien lo va reclamando por el mero hecho de ocupar un lugar preferente en una extensa fila o simplemente por orden de aparición. No se trata aquí de mecanismos automatizados de fungibilidad, sino de la entrega de seres humanos únicos e irrepetibles que no pueden estar sujetos al vaivén de avances y retrocesos porque cada uno de estos deja secuelas imborrables en su psiquis” (SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, Juez PETTIGIANI (MI), G.,J. s/ Guarda: DJBA 159, 193; SCBA, AC 84418 S 19-6-2002 , Juez PETTIGIANI (SD) A.,S. s/ Art. 10 ley 10.067; B25491).

El número de orden de inscripción no resuelve exclusivamente la aptitud de los guardadores. Ha expresado la Suprema Corte de Justicia: “Si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura.”(SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, Juez PETTIGIANI (MI): G., J. s/ Guarda DJBA 159, 193SCBA, AC 84418 S 19-6-2002 , Juez PETTIGIANI (SD)CARATULA: A.,S. s/ Art. 10 ley 10.067SM B25492).

Por otra parte, el Registro de Aspirantes a Guardas con fines de adopción si bien no implica la adquisición de derechos a una futura adopción, otorga a cada inscripto el carácter de aspirante potencial para cada caso en particular. La selección de los distintos postulantes es tarea del juez y en este aspecto no cabe agravios por parte de aquellos que no fueron seleccionados, en tanto no se haya cuestionado la idoneidad de los guardadores designados. (MEDINA, Graciela y FERNANDEZ, Héctor Daniel, Proceso de Adopción, Revista de

Derecho Procesal, 2002-1, Derecho Procesal de Familia – I, Rubinzal-Calzón Editores, Santa Fe abril 2002, p. 289 y ss).

Ahora bien, no debe dejarse de tener en cuenta que el matrimonio P. – M. cuentan con un plus, una situación de hecho que ha acaecido, que con sus particulares características termina catapultando en primer lugar el interés superior de G., la cual se encontraba al cobijo de estos. De ello resulta que una eventual disputa entre los guardadores actuales y los elegidos por la madre biológica, irremediablemente debe producir el desplazamiento de los primeros, siempre que no exista una conducta contraria a la ley que merezca la debida sanción.

Por otro lado, la instrumentación de un registro de adoptantes es compleja no solo a lo que atañe a la elección de los aspirantes sino a la misma efectividad del sistema, que se reivindica como ya se ha dicho pero también debe ser interpretado en consonancia con la particularidad de cada caso concreto. Basta para ello observar como ejemplo la ley 25854 que ha creado el Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, cuando de acuerdo a su implementación ha motivado las preocupaciones de la Comisión Redactora de la Reglamentación de la ley 25.854, quien se ha visto en la necesidad de reformularse aquellos aspectos que en la práctica había comenzado a evidenciar dificultades (ver resolución 1145/2008 cuarto párrafo de los considerandos – resolución 1328/2009 tercer párrafo de los considerandos). Con ello, lo que se quiere señalar es que los jueces deben consultar al Registro de Aspirantes no solo como una reglamentación sino como un instrumento a ensamblar con la realidad concreta.

Al momento de resolver el sentenciante no puede ignorar el vínculo que se ha generado, en el caso entre la menor y sus guardadores originados por una guarda de hecho otorgada por la madre biológica, rechazar el pedido de guarda, estando éstos inscriptos en el Registro de Aspirantes, solo con el argumento de que una guarda delegada por la madre hacia otro matrimonio es una situación irregular, y que debe pensarse con ello en el interés superior de ella.

La pauta que impone la Convención sobre los Derechos del niño a través de la Constitución Nacional resulta insoslayable: Debe atenderse como condición primordial el interés superior del niño, por lo que cualquier Juzgador deber tenerlo en cuenta al resolver cualquier medida concerniente a un niño.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: “La sentencia apelada ha desconocido la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior por cuanto no se ha dado ningún argumento para justificar por qué la entrega a la nueva y todavía familia que adoptaría al menor sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad”. (Del voto de la Dra. Argibay, Corte Suprema, 16/09/2008, - G., M. G., con nota

aprobatoria de CHAVANNEAU, Silvia, “El Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción y el interés superior del niño. Un fallo ejemplar”, *Jurisprudencia Argentina* 2009-III-24). La Corte en la sentencia mencionada relativizó el requisito de inscripción en los Registros para aspirantes a guarda con fines de adopción, afirmando el criterio que su interpretación no debe ser estrictamente ritual y orientado a la comprensión del interés superior del niño. (*Jurisprudencia Argentina* 2009-III-14). Ello sustenta – siguiendo jurisprudencia de la Corte – la necesidad de acatar los términos de la ley sin olvidar que cabe en primer término dar prioridad a su espíritu. La aplicación mecánica de los textos legales podría diluir al contenido de la misma ley y el intérprete al actuar de este modo limita su función a actuar como un ejecutor formal, sin disensos y sin la mirada del caso, de una ley que no sale de su abstracción por derivación de ello. El magistrado debe conciliar los principios contenidos por la ley con los elementos fácticos del caso. (Ver CS, Fallos 302: 1284 en la cita del Dr. De Lazzari en el fallo SCBA, “A., S. s/ Ley 10067”, mencionados por CHAVANNEAU, op. Cit., pág. 28).

De modo que la legislación aplicable, inclusive la dictada en materia de abrigo, debe ser interpretada con fuerte exigencia de sus principios y finalidades, de modo que se pueda comprender su aplicación sobre los ejes de la realidad. (Arg. arts.3, 4, 7, 12, 14, 15, 16, 19, 32, 34, 35 inc.a) de la Ley 13298 – Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por la Ley 13634).

VI. La prueba de la guarda de hecho.

La doctrina ha elaborado criterios para preconstituir la prueba de la guarda de hecho idónea, sin sombras y sin oscuridades. Sin perjuicio del contralor judicial, resulta imperativo citar a la madre biológica para que ésta exprese su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (Art. 317 ap. a) Código Civil, texto Ley 24.779), rigorismo elemental de raigambre constitucional que no se diluye cuando ha sido la madre quien ha hecho entrega de su hijo a los futuros adoptantes. Igual cabe disponer la citación e indagar a la progenitora sobre las causas de su decisión, aventando con ello cualquier tipo de especulación o complacencia turbia. Oírla – vuelvo a repetir -, con debida asistencia letrada y si no cuenta con abogado particular, la intervención del Defensor Oficial.

Esta citación no es discrecional para el magistrado ni hay dispensa por dificultades en localizar a la madre, excepto en supuestos excepcionales donde se tratan de personas inciertas o de domicilio incierto, caso donde corresponde habilitar la intervención del Defensor Oficial. Esta actividad bien realizada no necesariamente será un dispendio de tiempo ni tampoco interferirá en el correcto desenvolvimiento de la causa para el acogimiento del menor.

VII. El cumplimiento de los recaudos formales.

El matrimonio P. – M. se encuentra inscripto en el Registro Central de Aspirantes a guardas con fines de adopción desde el 25 de marzo de 2010 (Ver fs. 127/135). Los actuales guardadores cumplieron el mismo trámite con anterioridad, en el caso con fecha 18 de junio de 2009 (Ver fs. 85).

Una intervención por parte del organismo competente, ante un caso tan delicado como el presente, merece de éste la toma de todos los recaudos y presupuestos legales direccionados a la finalidad de proteger y cobijar el derecho que se encuentra vulnerado y no transformar al propio sujeto de derecho en un objeto que responde a las formalidades que dicho organismo, tal como resulta de autos, ha priorizado por encima del derecho a tutelar.

Toda formalidad debe estar subordinada al derecho a proteger, puesto que de lo contrario, termina siendo ella la causal de agravamiento del daño que desde un primer momento se ha intentado hacer desaparecer o en los mejores casos de contener.

Tal es así que al respecto el Tribunal Supremo ya ha expresado que “...en los procesos donde se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigiosos aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (conf. Ac. 56.535, sent. 16 – III - 1999; C 87.970, sent. 5 - XII - 2007). (“P.A., G.A. contra Y., D.H. Imp. Paternidad. Reclamación de Filiación”, JUBA B24495, voto del Dr. Pettigiani).

Por un lado surgen elementos de carácter objetivos que deben ser valorados acorde a lo particular del caso concreto, pero que se encuentra condimentada por una conducta y una clara intención de regularizar la situación que no puede desconocerse como existente en la realidad que hoy nos toca vivir, poniéndose a disposición de la jurisdicción y las normas vigentes para sanear los defectos del sistema. Es así, que no puede negarse que una conducta como la tomada por el matrimonio P. – M. podría también ser valorada a favor de resolver una situación que se encuentra dada en la actualidad de nuestro país y que a través de un correcto control por parte del Estado se lograría la debida vigilancia de los pretensos padres adoptivos, que bajo una celosa vigilancia serían valorados bajo el principio rector del interés superior del niño.

VIII. La conducta de los partícipes.

En el caso que nos ocupa, la madre biológica ha decidido dejar a G. al cuidado del matrimonio P. – M.. Surge del relato de los hechos y de las secuencias del caso el desarraigo familiar y el abandono material de una madre sola, sin contención alguna y en conflicto con su maternidad. Tan abrupta que desde sus carencias afectivas y materiales, entendió como única opción para su hija

darla en guarda de hecho con fines de adopción a un matrimonio (ver entrevista en el Servicio de Protección Local a fs.25/27 cuando expresa "...al quedar embarazada de la niña en forma inmediata toma la decisión de darla en adopción, por lo que comienza a buscar familias que puedan hacerse cargo de su bebe" (ver fs.26) y en la audiencia llevada a cabo en esta Alzada cuando expresa que "...desde los tres meses de embarazo, tomo la decisión de dar en adopción a su bebe pero con la condición de no perder contacto con la beba". (ver fs. 168), respaldada por la representación del Defensor Oficial al ejercer éste la representación legal necesaria y en presencia de la Secretaria de la Asesoría de Incapaces Deptal. en su representación promiscua de G.

Ahora bien, sin perjuicio de la valoración que pueda merecer tal conducta, lo cierto es que resulta valioso rescatar su interés, aunque sea indirecto, respecto a la protección que quiere dar a su hija, que en el caso resulta del cobijo bajo un matrimonio elegido por ésta, desde un primer momento y hasta la actualidad.

Transcurridos ya 10 meses desde el nacimiento de la pequeña, su madre mantiene su decisión respecto a su relación con la niña – darla en adopción -, y a favor del matrimonio P. – M., el cual fue elegido para criarla, acorde a su voluntad y libertad de elección.

Por su parte, el matrimonio P. – M. se ha presentado ante el Juzgado de Familia a menos de un mes de hacerse cargo de G. De las constancias de autos surge que los mismos toman conocimiento de la decisión de la Sra A. de dar a su hija en adopción y responde a una necesidad que no fue generada por éstos.

Resulta ponderable dicha conducta en el marco de la propia protección de la niña, puesto que por iniciativa de los apelantes piden a la jurisdicción la normalización de la situación fáctica, es decir que el Estado, a través de sus organismos competentes verifique si el interés superior de G. se encuentra o no en juego.

Debe correctamente evaluarse a aquellos que prefieren que la jurisdicción tome parte inmediatamente para la normalización de la guarda recibida por manos de la propia madre, en el caso, de la menor puesto tal proceder ayudaría a mermar aquellas situaciones de hecho que se prolongan en el tiempo sin la debida intervención jurisdiccional, pudiendo ello causar un perjuicio mayor a la hora de una eventual pero debida restitución.

Al respecto se ha dicho "...¿ no sería conveniente atraer a los actores hacia la escena jurisdiccional a fin de valorar la conducta desplegada según los parámetros legales?. En este punto destacamos el pensamiento de la Dra. Herrera al sostener que "si se pretende evitar la entrega de niños por fuera de la justicia, deben buscarse los mecanismos para que todos ingresen al sistema legal lo antes posible. Ignorar el problema no es solucionarlo". (MARTINEZ de

SANTAGATA, María P. – ASIN Andrea Pilar - DOMENICHINI Liliana, “La guarda de hecho y la autonomía de la voluntad frente al paradigma de la nueva ley” – “Una propuesta de adecuación legislativa” – V Jornadas Regionales – II Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción – Mendoza, 8 y 9 de Mayo de 2008).

Justamente, no debe olvidarse que la protección de G. resulta de aquellos derechos que ésta tiene y que se encuentra enmarcados dentro del derecho de incidencia colectiva (La Protección de la Niñez), bien jurídico protegido con dimensión social, que no debe ser vinculado exclusivamente con un interés meramente individual. En este contexto, los apelantes han invocado que se encuentran inscriptos en la lista de aspirantes a guarda con fines de adopción.

Tal circunstancia, que sin entrar a dilucidar si es o no necesaria, resulta un condimento favorable para la petición, que sin llegar a ser determinante, merece – entre otras cosas – su consideración

La conducta de los recurrentes al judicializar en forma inmediata (apenas 20 días) la guarda delegada por parte de la madre biológica de G., resulta ponderable, en cuanto demuestran su interés en la normalización de la situación acaecida. No especularon con la prolongación de la guarda de hecho y su consolidación.

Tal es así que, dicho circunstancia, precisa justamente, la protección y control por parte de los organismos creados para tal fin, lo que no obsta a verificar fehacientemente la aptitud que los peticionantes poseen - de forma suficiente - para obtener la transformación de la guarda de hecho comprobada en una guarda provisoria otorgada finalmente por la jurisdicción.

El matrimonio P. – M. ha declarado la conducta que ha tenido frente a los hechos ocurridos cuando manifiestan “Luego del nacimiento de G., nos ocupamos de buscar un lugar para alojar a la mamá biológica y a su hijo, que esta pudiera sostener en el tiempo, estando al alcance de su situación económica, le equipamos este lugar para que pueda tener una vida digna junto a su hijo, que es su mayor preocupación, y por el cual tomó esta decisión” (ver fs. 28vta/29 del proceso caratulado “A., G. M. s/ Adopción” (exp:42211).

Ahora bien, tal conducta no puede ser cubierta de un manto de sospecha – como el que se infiere de las propias manifestaciones de la Directora de Coordinación del Sistema de Promoción de los Derechos del Niño a fs.23/24 y de lo manifestado por la Sra. Asesora de Incapaces a fs.30/33vta.

Un proceder de similar característica también puede ser realizado por personas que encontrándose bajo las mismas condiciones y circunstancias, exteriorizan un deber de gratitud y dependencia a favor de la madre biológica por la guarda delegada, el cual no puede tildarse de irregular sin su debida comprobación.

Hoy en día, muchas veces, resulta de público conocimiento, casos de la vida real que nos hacen estremecer, los cuales tienen como protagonistas a niños, bebés de pocas horas de vida abandonados dentro de un contenedor, o envueltos en bolsas de polietileno tirados en un baldío como simples “cosas” desechables. Recordemos el caso traído a estudio ante esta Alzada “NN o AXEL, NN o MIGUEL S/ MEDIDA DE ABRIGO” exp:1694/1, Sentencia del 9 de Diciembre del 2009, voto de este suscripto.

En otros casos, la suerte es mejor, la madre biológica decide darlos a otras personas, tal como ha sucedido en el caso en estudio, la forma en que el matrimonio P.- M. han tomado conocimiento de la niña, haciéndose cargo finalmente de ésta, responsables de esa guarda delegada por la propia progenitora.

En este punto es donde debe trabajarse. Buscar la estructura adecuada para que ocurridos estos casos imposibles de evitar, ya que hacen las relaciones humanas y su propia naturaleza, se considere lo mejor para el interés del niño y no resulte una batalla constante entre el formalismo y las conductas humanas por la que los únicos perjudicados terminan siendo aquellos que debieron ser protegidos.

IX. La idoneidad de los primigenios guardadores.

No se trata aquí de cotejar la idoneidad de ambos matrimonios guardadores. Concretamente corresponde discernir si los originarios guardadores tienen idoneidad para tener a la niña consigo, finalidad de la guarda, y que con ellos se protege el interés superior del niño.

IX. 1. El informe socio ambiental de fs. 156/158.

Del informe surge que la niña NN o A., G. M., nacida el 10/08/2010 (9 meses de vida al momento del informe), se presenta “con buen estado de salud al momento de convivir junto al matrimonio visitado, controles de pediatra particular y vacunación al día (niña encartada)”.

La situación socio económica. La vivienda es confortable y los pretendidos adoptantes cuentan con ingresos económicos y cobertura social (OSDE), informándose que “también utilizan servicios privados (para controles y atención de salud de la niña encartada)”.

Refiere el matrimonio que después que se frustrara el último intento de fertilización, “un amigo les comenta acerca de una conocida que estaba embarazada, que no podía sostener la crianza del niño por nacer y se los quería entregar a ellos. Si bien en ese momento no se la contacta, debido al estado emocional (por la frustración del resultado del tratamiento, posteriormente se la conoce y allí la Sra. A. (embarazada de 8 meses) les

habría ofrecido la niña por nacer argumentando...“que no puedo tenerla”. (Ver informe).

Si bien la señora P. refiere “que su interés es ayudar a la Sra. A.” (ver informe) (quien le relata un episodio reciente en el cual su hijo Daniel de 3 años, habría resultado víctima de maltrato por los patrones quienes también le daban un lugar para vivir), entonces le consigue un local comercial para que viva allí y transite el último mes de embarazo”, “también se la asiste con alimentos y acompañan a controles en Htal...Paroissien” (Ver informe). También relata sobre ciertas dificultades que experimentaba la parturienta, lo que obligó a controles y estudios.

El Perito II Asistente Social expresa en su informe “En varias ocasiones de la entrevista, la Sra. P. manifiesta que su interés consistía en ayudar a la progenitora y a la niña...”...con todo esto yo no pienso en un hijo para nosotros...”, y añade que la señora P. “refiere que durante el último mes de gestación establece “...una relación de amor con la progenitora quien está en contacto permanente...” “y que también se hace acompañar por ella a los controles de salud, sin embargo en otro momento de la entrevista reconoce que la Sra. A. solo asiste en los 2 primeros controles en el Htal. Posadas, y no a los restantes que se realizan en consultorio médico privado”. (Ver informe).

IX. 2. La sinceridad de la guarda.

En mi opinión se trata de una guarda sincera. La ayuda que pudo brindar el matrimonio a quien la madre biológica confió a la niña no constituye ninguna ventaja económica sino tan solo una asistencia elemental para remediar el cuadro de pobreza extrema de la señora A., quien carecía de vivienda y empleo; seguramente no disponía de los beneficios de una obra social, al tiempo que afrontaba la crianza de otro niño, de solo 3 años de edad.

No veo ninguna especulación ni de la madre biológica ni de los pretensos adoptantes, quienes ejercieron la guarda de hecho durante siete meses, es decir más del tiempo mínimo de seis meses que a veces la jurisprudencia requiere como elemental para la consolidación del status quo.

Respecto de eventuales colaboraciones de los guardadores originarios, la Sra. A. narra que “Los señores le alquilan un departamento en San Justo, ...la acompañan con comestibles y ropa – nunca dinero -y hasta que le consiguen trabajo en el Club Huracán” (ver audiencia a fs. 26). Caratulando a la Sra. E. A. como una madre desafectiva, la Directora de Coordinación del Sistema de Promoción de los Derechos de los Niños de la Municipalidad de La Matanza expresa que “...acordó la dación ilegal de su bebé, obteniendo a cambio ayuda material – pago de alquileres, insumos de supermercados y empleo en el club Huracán” (ver audiencia de fs.26), resaltando seguidamente una presunta falta de coincidencia en los relatos dados por el matrimonio P.-M. al omitir, entre otras cosas que “...le habían pagado el alquiler de la vivienda por ella

denunciada como domicilio y otros bienes que le fueron otorgados". (ver fs.26/27).

Resulta del acta de audiencia de fs.168 llevada a cabo en esta Alzada, que la Sra. A. "... manifiesta que ha sido asesorada de la finalidad de la presenta audiencia por parte del Sr. Defensor Oficial. Expresa que desde los tres meses de embarazo, tomó la decisión de dar en adopción a su bebe pero con la condición de no perder contacto con la beba. Que desde ese momento tomó conocimiento de la existencia del matrimonio P. – M. y sus intenciones de adopción a través de un amigo de la familia para la cual ella hacia tareas domésticas. Que poco tiempo antes del parto, tomó contacto personal con el matrimonio mencionado, les manifestó su intención de no perder contacto con la beba, entendiendo finalmente que ellos eran lo que quería para su hija , por lo que decidió darles a la beba para que éstos se hagan cargo de ella. Manifiesta que siguió en contacto con el matrimonio y la beba, acompañándolos a varios controles médicos. Resalta que la ayuda dada por el matrimonio fue el alquiler de un lugar hasta que ella consiguiera trabajo, por un plazo que se extendió tan solo por 15 o 20 días, devolviendo el dinero que le había sido prestado para tal fin. Que actualmente se encuentra siendo empleada del Club Huracán como ordenanza, trabajo que ha sido conseguido por el matrimonio P.- M.. Indica que vive con su hijo en una pequeña habitación, y que su interés es que la beba, aún hoy teniendo trabajo, siga viviendo con el matrimonio al cual ella ha elegido para cuidar a su hija desde un primer momento, dejando su deseo de mantener el contacto con la niña durante todo su crecimiento".

La idoneidad de los guardadores originarios se desprende de todos los informes recabados en la causa. En el informe del Asistente Social de referencia se concluye que el grupo familiar "presenta una típica organización con roles definidos, impresiona como un ámbito estable e integrado afectivamente, con indicadores económicos de nivel medio (ingresos, habitacional, Mobiliario, etc.), que logra proveerse de elementos materiales necesarios al desarrollo de sus miembros. Durante la visita se observan indicadores que dan cuenta de un grupo familiar continente, que exhibe capacidad para la crianza de niños". (Ver conclusiones informe del asistente social de fs.156/158).

Voy a considerar esta parte del informe como elemento para juzgar la idoneidad de los guardadores. Me he de apartar de otras conclusiones del perito por interpretar que escapan al marco de sus incumbencias – al estar relacionadas con cuestiones que deben ser valoradas estrictamente por el juez - puesto que "considera necesario resaltar algunas acciones u omisiones que podrían atentar y/o contraponerse a los derechos de la niña", hipótesis todas que escapan del marco de la guarda y se relacionan con conductas de neto corte asistencial y social o constituyen una calificación de guarda irregular por parte del perito, quien inclusive aconseja se arbitren los medios "para ubicar a la niña en un ámbito familiar institucional (Flias. de Abrigo, Flias. acogedoras o

institución)” hasta tanto se instruya la restitución a la madre biológica o se de a la niña en adopción, formulando juicio de valor sobre la conducta de los guardadores y que “la tenencia de la niña crea una situación de injusticia respecto de aquellos que si cumplen con los pasos legales requeridos para tal efecto...” y que “Además la implementación y aval de este proceder no garantiza la estabilidad emocional futura de la niña, puesto que el conocimiento directo de la progenitora y familia adoptiva plantea un escenario lleno de incertidumbre y perturbación (tanto para la niña como para sus padres adoptivos) ante la posibilidad que la progenitora en el futuro se presente reclamando restitución u otra cuestión” (Ver conclusiones del informe).

Ocurre, que las dilaciones propias de todo proceso judicial y el tiempo razonable que demanda éste en salvaguarda del debido proceso y la defensa en juicio, ambos institutos de raigambre constitucional, no impide un anticipo jurisdiccional a favor de un menor, quien ha nacido en un ámbito conflictivo y que se encuentra contenido por la intervención de los guardadores de hecho originales, los cuales resultan, sin perjuicio de valorar la conducta que han tenido hasta una adecuada e inmediata investigación de los hechos, y de acuerdo a las pautas que presenta el caso traído a estudio, la mejor opción para hacer prevalecer el interés superior de G., la cual se encontraba nada menos que desde su nacimiento y por el plazo de 7 meses con ellos, hasta la ruptura del vínculo por parte de la jurisdicción. No puede dejarse de entender lo nocivo que ha resultado para la pequeña la desvinculación del matrimonio P.-M., que, ya inserta en su núcleo familiar, le ha brindado lo que lamentablemente se le negó desde su nacimiento, y que por simples presunciones, es arrancada e inserta en otro ambiente, que sin desmerecer su aptitud, resulta ajeno y extraño para ella. Con esta actitud no se atiende a su interés superior o mejor interés (art. 3 de la convención), sino por lo contrario, se desatiende su interés, tomándola como un objeto y no como un sujeto de derecho por la propia jurisdicción.

No se encuentran razones ni elementos que permitan apartarse de lo relatado por la Asesoría Pericial Deptal. a fs.173/179vta, en lo que respecta a su extenso informes y conclusiones.

En definitiva, el Sr. Juez de grado debe instrumentar la guarda provisoria de modo tal que puede ser compatibilizada con inmediatez en las actuales circunstancias del caso, es decir que traduzca rápidamente la inserción de G. definitivamente en el seno del matrimonio elegido por la madre.

Esto no significa desacreditar el registro, simplemente que cada caso debe ser valorado como único, debiendo éstos ser utilizados en forma más ágil en busca del beneficio por lo que éstos han sido creados.

Todo caso es mutable con cada secuencia que la realidad presenta por lo que con cada resultado se deberá proceder en consecuencia. Es por ello que debe destacarse lo valioso que ha sido la intervención del matrimonio A. – S., en

cuanto a sabiendas de la situación frágil a que fueron expuestos, han respaldado sin titubeos el amor y el cuidado de G. mientras se resolviera el conflicto planteado.

Respecto de hipotéticos beneficios que pudo haber recibido la madre, interpreto que deben ser valorados en un contexto determinado y que en todo caso no significan un aprovechamiento de la madre biológica que diera a entender que ha considerado a su hija como una mercancía. En efecto, al ser entrevistada la madre biológica por el Servicio Local, describe con crudeza su cuadro social y familiar. (Ver fs. 25/27). Se expresa: en la entrevista: “Informa que está trabajando hace aproximadamente tres meses en el club Huracán como personal de limpieza ocho horas por día. La señora refiere que accedió a este trabajo por intermedio de los señores P. – M., sobre todo fue el señor E. M. quien logró su ingreso a la institución”. Repárese que se trata de un trabajo de limpieza que de alguna manera sofocó las angustias económicas de la señora E., y no de una contraprestación que pueda guardar relación de equivalencia. El trabajo es la puesta a disposición del empleador de la fuerza productiva, es un esfuerzo personal del asalariado que debe tributar en cada jornada hábil, que le permite al afrontar con dignidad sus propias necesidades materiales, y en el caso asistir a su otro hijo, un pequeño de tres años. Obtener un empleo para otro, más bien se funda en la solidaridad y no constituye ninguna contraprestación. No es un capital que se entrega a otro. Aquí el único capital es la fuerza de trabajo de la persona. Es levantarse todos los días y afrontar obligaciones sin desmayos. Se olvida que esta ayuda a obtener empleo se ha dado en un contexto, y que antes habían comenzado a interactuar los adultos involucrados. Basta para ello repasar lo dicho por la madre biológica en la misma entrevista: “Al indagar acerca de su relación con los cuidadores de su hija, la niña G., la señora refiere que vive en este municipio hace aproximadamente tres años, cuando debe dejar su lugar de origen por problemas de violencia familiar; viviendo en casa de conocidos – no puede precisar direcciones ni apellidos – y trabajando en changas.” (Ver fs.25). Subrayo que se trataba por entonces, de una madre sola, con un pequeño hijo y embarazada, pronto a dar a luz. En el informe además se expresa: “Relata que al quedar embarazada de la niña en forma inmediata toma la decisión de darla en adopción, por lo que comienza a buscar familias que puedan hacerse cargo de su bebé”. (Ver fs.26).

“Es en este marco que la señora para la cual desempeña tareas domésticas le sugiere se contacte con el matrimonio P. – M., a quienes sabía “andaban buscando un chico” cuando cursaba alrededor del octavo mes de embarazo” (Ver fs. 25 vta).

Interesa puntualizar para descartar un interés subalterno en esta visión prima facie del problema, lo que también surge de la entrevista: “En relación a los señores P. – M., narra que a partir del primer contacto – en una plaza de Mataderos – comienza a sentirse acompañada por ellos, ya que por lo avanzado de su embarazo debe dejar de trabajar. Los señores le alquilan un

departamento en San Justo – el domicilio es el denunciado por la señora P. -, la acompañan con comestibles y ropa – nunca dinero – hasta que le consiguen trabajo en el Club Huracán”. (Ver fs. 25 vta). Voy a interpretar estas líneas de un modo muy diferente al formulado en la resolución apelada. Voy a ser claro, la madre se encontraba a punto de dar a luz y sin techo, sin trabajo, sin alimentos. En el informe se expresa que nunca recibió dinero de los primigenios guardadores. De allí que no me parece correcta la afirmación del Servicio Local, con mayor razón cuando no se han dispuesto recursos institucionales para la madre sola (Arg. arts.3, 4, 7, 12, 14, 15, 16, 19, 32, 34, 35 inc.a) de la Ley 13298 – Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por la Ley 13634) en cuanto expresa “Del relato de la señora E. A. se puede inferir una madre desafectiva, que acordó la dación ilegal de su bebé, obteniendo a cambio ayuda material – pago de alquiler, insumos de supermercado y empleo en el Club Huracán. En tanto los señores P. – M. han incurrido en relatos que no han sido coincidentes con los dichos de la señora, como por ejemplo el informar que la señora A. estaba visitando a su familia en Misiones, no informar que le habían pagado el alquiler de la vivienda por ella denunciada como domicilio y otros bienes que le fueron otorgados”. (Ver fs. 26 vta/27).

Se agrava todavía más la situación familiar, económica y social de la progenitora, al advertirse que ningún familiar estaba en condiciones de prestarle asistencia material y espiritual. La familia extendida no colabora con la madre biológica. La abuela materna expresa que no puede cuidar de su nieta. (Ver fs,28). Respecto del pago de alquileres, no hay prueba alguna que se haya constituido en una contraprestación relacionada con la transferencia de la propiedad de una suma de dinero equivalente al concepto de precio y descartarse, por ejemplo, que se haya tratado de un préstamo para obtener en locación un techo. Al respecto, corresponde destacar que en la audiencia convocada por este Tribunal, la madre biológica con asistencia jurídica del Defensor Oficial, no solo ha corroborado sus razones para dar en guarda extrajudicial a su hija, con fines de futura adopción, también ha referido “Resalta que la ayuda dada por el matrimonio fue el alquiler de un lugar hasta que ella consiguiera trabajo, por un plazo que se extendió tan solo por 15 o 20 días, devolviendo el dinero que le había sido prestado para tal fin”. Reparo que la vivienda actual de la madre biológica ha sido descrita en la referida audiencia como una pequeña habitación, al expresar “que vive con su hijo en una pequeña habitación”. (Ver fs. 168).

También se califica de irregular a la guarda en el informe del Servicio Local de fs. 23. En la misma intervención, el Servicio Local expresa “este organismo considera que toda apropiación de un niño como objeto y no como sujeto de derecho vulnera al niño y a la legislación vigente. Es por esta razón que le solicitamos contemple la posibilidad de que la niña ingrese a una familia del listado de familias adoptantes, bajo la figura de Guarda institucional”. (Ver fs. 24).

En la audiencia convocada por este Tribunal – reitero – la madre biológica ha ratificado su voluntad de entregar a su hija en guarda con miras a una futura adopción a los apelantes. Si afirma ahora con asesoramiento legal lo mismo que expresó a la intemperie, no encuentro razón para que se desconfíe de su espontánea voluntad. Al respecto ha señalado: “que su interés es que la beba, aún hoy teniendo trabajo, siga viviendo con el matrimonio al cual ella ha elegido para cuidar a su hija desde un primer momento, dejando su deseo de mantener el contacto con la niña durante todo su crecimiento”. (Ver fs. 168).

Reitero que en la resolución apelada no se ha fundado suficientemente la falta de idoneidad de los apelantes para el desempeño de la guarda. Es más, se pondera en la resolución apelada que si bien “el matrimonio guardador pudo haber actuado de buena fe o con ignorancia de las normas vigentes en la materia, han evadido los mecanismos instituidos por las autoridades provinciales para los casos de adopción por lo que convalidar dicha actuación crearía una situación de injusticia respecto de aquellos que si cumplen los pasos legales requeridos para tal efecto y que en la actualidad permanecen en lista de espera para recibir un niño”.

“A lo dicho cabe agregar que, de esta forma tampoco se garantiza la tranquilidad futura de convivencia del pequeño puesto que la irregularidad de la situación podría generar perjuicios para la niña” (Ver resolución apelada fs. 38). Entiendo que se prioriza la lista sobre una situación de hecho sin considerar su estado y evolución.

Al respecto, no debe dejarse tener en cuenta lo que expresa el art.34 de la Ley 13298 “Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”.

Debe tenerse en cuenta que estos organismos han sido creados para aplicar recursos en beneficio de las familias en riesgo.

X. La doctrina especializada no muestra fisuras al sostener la licitud de la guarda de hecho.

La resolución apelada es estrictamente formal. En el derecho de familia en riesgo no se puede ser muy formal porque la realidad es el molde de la ley y no a la inversa. Cuando la ley no apacigua ni comprende, no regula o no es suficiente para dar cobijo a la multiplicidad como torrente que es la sociedad (movilización de conductas en entornos diferentes), el punto de inflexión lo da la jurisprudencia.

Basta para convencernos del aserto, observar las vicisitudes que plantea la nueva legislación sobre Registro Único para aspirantes a guardas en miras a una futura adopción, cuya reglamentación y disposiciones legales posteriores hacen referencia concreta a dificultades en la instrumentación del registro y en la necesidad de regular nuevamente sobre algunas cuestiones, atento lo que se ha evidenciado como experiencia a partir de la sanción de la ley.

De modo que el Registro si bien debe ser acatado porque tiende a brindar transparencia y a ordenar la labor jurisdiccional para que ningún pretensor de adopción vea vulnerado sus derechos a la igualdad, derecho que muchas veces debe ser compatibilizado con las secuencias de la realidad.

Esta interpretación flexible fue la que propuse al votar en una causa anterior, mencionada en la resolución atacada pero no aplicada con el alcance dado en el precedente. En ese caso fui más allá de valorar al Registro como un libro cerrado e hice referencia al derecho de incidencia colectiva que legitima a cualquier ciudadano a peticionar medidas de tutela para los niños en riesgo, por integrar éstos una clase, categoría o grupo de personas con protección social.

Esta visión del problema por ser amplia ha de facilitar una solución que asegure el interés superior del niño, derecho que no debe ser ajustado a piezas inertes y formales. No se le puede asegurar la felicidad a un niño abandonado, solo se trata de morigerar los rigorismos que le planteó la vida desde su nacimiento. Su historia no se borra por decreto, tampoco corresponde intentarlo porque ello si sería violentar derechos personalísimos del infante. La negación de la familia biológica no consulta ningún derecho humano, al contrario aniquila todo esfuerzo dado desde antaño por procurar la inserción familiar y social de las personas. Entiendo que la guarda de hecho otorgada por la madre biológica solo puede tener reparos cuando es resultado de connivencia puesto que en ese supuesto su objeto será ilícito. Caso contrario contribuye notablemente a respetar vínculos biológicos y a no estigmatizar tanto a la madre que conocimiento de los actuales guardadores de su hijo, podrá tener seguridades que no se tratan de personas extrañas y con las cuales podrá cifrar las esperanzas que la desvinculación de hijo no será definitiva al poder contemplar los distintos ciclos evolutivos del infante. Alguien dirá que ello es quimera. Quimera también será cumplir con leyes que imponen elaborar primero una posible reinserción familiar, si todo se agota en la adopción de un niño para que empiece otra historia que al igual que los papeles que se estampan en una pared cubre uno anterior. La Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional (Art. 75 inc.22 CN) imponen el deber de poner a disposición de la familia en riesgo todos los recursos materiales e institucionales, con su resultado ver si el niño merece otras providencias. También he destacado en el fallo citado por el señor juez de grado, lo nocivo que resulta la institucionalización sine die de los menores. Un solo día de internación ya es traumático. La guarda de hecho, al menos ha

impedido que la niña estuviera institucionalizada hasta tanto se arbitrarán los medios para seleccionar a sus guardadores. Sostengo enfáticamente y también en voz alta que ningún niño merece ser puesto en ningún hogar, siquiera por un rato. Hay que aceitar los mecanismos legales y dar una pronta (inmediata) respuesta a todas aquellas personas que tienen deseos de adoptar, que se han inscriptos como manda la ley, sin desdeñar a aquellos que también se han inscripto en la realidad de la vida, conforme los lineamientos que ya he dado en “NN o AXEL, NN o MIGUEL S/ MEDIDA DE ABRIGO” exp:1694/1, Sentencia del 9 de Diciembre del 2009, voto de este suscripto”.

Tal como lo remarca la licenciada Stella Mary Ortega y Liliana Noemí Capano psicólogas forenses, peritos oficiales del Depto Judicial de la Matanza Asesoría pericial, “Los vínculos más tempranos (con los padres o sustitutos) que cada sujeto establece, tienen una influencia fundamental en la forma de percibir y experimentar emocionalmente los vínculos futuros. La satisfacción de las necesidades más primarias que requiere un niño pequeño esta íntimamente ligada al vínculo materno o sustituto. Las necesidades corporales y emocionales están estrechamente ligadas en los primeros años de vida (Greif, Dora: “Construcción de los vínculos humanos” CEP: Buenos Aires 2001). Según lo estudiado acerca del desarrollo psíquico del ser humano, los primeros vínculos son cruciales para su conformación. En el caso analizado, la relación ininterrumpida de 7 meses con la pareja P.- M. han sido altamente significativas en la psiquis de G., favoreciendo un adecuado desarrollo de apego seguro y un modelo de relación afectiva. Los efectos mediatos de la interrupción abrupta de una relación parental armónica podrían acarrear en G. efectos negativos en su futuro” (ver informe de la Asesoría Pericial a fs.173/179vta).

La solución que propicio – insisto en ella – es la inmediata guarda de un niño en riesgo a potenciales adoptantes.

XI. La relativización de la lista de adopción

La doctrina especializada ha relativizado al Registro de Aspirantes a guardas con fines de adopción cuando las circunstancias de la realidad se ensamblaban con el superior interés del niño, es decir cuando el mantenimiento de su situación de hecho justificaba la convalidación judicial de la guarda. Abel FLEITAS ORTIZ DE ROSAS anota con aprobación un fallo donde se decidió priorizar el interés del menor sobre el Registro Único. (Con referencia a la sentencia dictada por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, del 12/05/1998 – R., Y.-), Expresó el destacado autor: “Coincidimos con Graciela Medina, quien en un fundado estudio ha sostenido que la “guarda de hecho” es una institución legítima, que debe ser tenida en cuenta al momento de otorgarse por vía judicial la guarda preadoptiva y, en su caso, la adopción; y que cabe reconocer prioridad a quienes han ejercido la guarda de hecho por voluntad de los progenitores y reúnen los requisitos para ser adoptante, sobre los inscriptos en los registros o listas judiciales”. (FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel: “Condiciones sustanciales y prioridades en el otorgamiento de la guarda

preadoptiva”, La Ley 2000-D, 351, con cita de MEDINA, Graciela: “La guarda de hecho y la adopción”, Jurisprudencia Argentina, 1998-III-959).

XII. El interés superior del niño.

La convención de los Derechos del Niño en su art.31 establece que “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán solo para que la adopción del niño sea autorizada por las autoridades competentes, la que determina con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación a sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera las personas interesadas hayan dado con consentimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.

Tal como amerita el principio fundamental que gobierna en esta materia, resulta imperioso establecer cual es ciertamente “el interés superior del niño”, es decir su verdadera esencia como para evitar su errónea utilización en miras de un proceso que se encuentra muy distante con la finalidad que se ha tenido al reconocerlo.

Tal es así que, dicho principio rector configura una regla de oro de la que no puede apartarse ninguna normativa que involucre los derechos de un menor, que reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño posee hoy en día rango constitucional. Dice el art.3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño...”.

El interés superior del niño es el precepto fundamental que debe guiar la solución de todo caso en que se pone en juego los derechos del niño, con el único objetivo que es el restablecimiento de aquellos que han sido vulnerados, con el menor costo posible y haciendo que finalmente la protección se materialice. No debe olvidarse que un proceso como el presente, con sus características netamente asistenciales, solo debe reconocer ese único camino (arts. 18, 75 inc. 22 y ccdtes del la Constitución Nacional, 15 y ccdtes de la Constitución Provincial, 3, 5, 6.2, 8, 9, 10.1, 21 inc.a) y ccdtes de la Convención; 8.1, 19, 25 y ccdtes de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica).

Ahora bien, el interés superior del niño resulta un concepto fluctuante que se interpone ante las diferentes circunstancias fácticas que intentan vulnerarlo. Su valoración, aunque bajo el mismo rumbo, debe resultar cambiante y con una estructura que se adapte y varíe de acuerdo al caso concreto. Es por ello que, los sentenciantes deben expresar aquello que ha sido tenido en cuenta a la

hora de invocar el interés superior del niño ya que al resultar un concepto extremadamente amplio, éste puede merecer de cada interprete una arista particular que lo hace válido para un determinado caso mientras que no para otro.

El “interés superior del niño” no constituye un concepto definido, a mi modo de ver tiene un contenido programático que requiere profundizar la situación del infante, despejándose con ello cualquier abuso que pueda hacerse del principio, puesto generalmente como un simple enunciado para justificar una solución que no se ha fundado suficientemente. Ya dije que el superior interés del niño es una predicción acerca de su bienestar. En doctrina se ha citado a Cillero BRUÑOL, Autor influyente sobre el tema, rescatando que “desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas... y es posible afirmar que el “interés superior del niño” es la plena satisfacción de sus derechos”. (BALIERO de BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos y HERRERA, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño”, La Ley 2001-F, 1101, con cita, entre otros autores, de CILLERO BRUÑON, Miguel: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en “Justicia y Derechos del Niño”. Número 1, UNICEF, año 1999, p. 53 y siguientes).

Los derechos del niño tiene como principio fundamental la integración de la familia, la cual le brindará afecto y sustento para su mejor formación integral. El interés del niño debe prevalecer. Lo natural sería que éste se edifique en el seno de su familia biológica, pero cuando ello no es posible, debe asegurarse mediante aquellos que pueden y están dispuestos, sin “peros” ni condiciones, a brindar amor y afecto, seguramente incuantificables”. (“NN o AXEL, NN o MIGUEL S/ MEDIDA DE ABRIGO” exp:1694/1, Sentencia del 9 de Diciembre del 2009, voto de este suscripto”).

El interés superior del niño no se comprende cuando sin fundamentos objetivos no se considera idóneos a los guardadores de hecho, a quienes se relega incluso cuando han estado a cargo de una niña durante siete meses, a partir de su nacimiento, y a escasos días iniciaron los trámites legales de la guarda judicial, con el antecedente que con antelación al nacimiento de la infante, ya se encontraban inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a guarda con fines de adopción. En esas circunstancias no valorar la guarda preadoptiva y decidir sobre la conducta de los mayores con excesivo rigorismo a punto tal que se llega a calificar la guarda de irregular e instada por intereses materiales, erróneamente a mi entender, y con ello al castigar a los adultos no se está favoreciendo al niño.

La Dra. Ludueña en un voto ha formulado consideraciones respecto de aquellas decisiones que por sancionar a los adultos terminan perjudicando al niño dado en guarda extrajudicial. La distinguida colega ha expresado: “No confundamos el verdadero interés de J., con la conducta reprochable o no de

los mayores. Castiguemos a los mayores - si correspondiere y por el cauce adecuado -, pero no sancionemos a la niña privándola de una familia por la actitud incorrecta de aquellos, si así se creyera". Cámara Civil y Comercial, Sala I, de Morón, 23/09/1999, E., J. y Otros, voto de la Dra. Ludueña, Jurisprudencia Argentina 2000-IV-31, con nota de CHECHILE, Ana M., "Guarda de hecho y adopción", Jurisprudencia Argentina 2000-IV-35, destacando la autora el principio de no innovar en materia de guarda, al anotar con aprobación el fallo mencionado).

En efecto, salvo supuestos excepcionales – que no advierto en el caso donde se ha resuelto desde un punto estrictamente formal y se han considerado ciertas circunstancias propias del entorno y sus proyecciones como relevantes para no confiar en la voluntad materna, a mi criterio reitero sin mayor incidencia – rige el principio de no innovar en materia de guarda. Resulta favorable al interés superior del niño mantener una guarda de hecho en circunstancias tan domésticas como las del caso, al presumirse que se ha generado entre los primigenios guardadores y la niña un equilibrio efectivo y emocional, sin que pudiera afirmarse al respecto que siete meses no es un tiempo apropiado para ello. Al respecto, la Dra. CHECHILE en el artículo de mención, expresa: "Recientemente se afirmó que "se ha de aplicar a casos de guarda preexistente el beneficio de no innovar en materia de guarda con la consiguiente valoración de la situación de guarda existente, teniéndose en cuenta el interés superior de la menor, la idoneidad de sus guardadores y el ambiente en que se desarrolla la personalidad". (obra citada, con mención del fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2ª, 23/09/1999, Revista de Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia Nº 16, 2000, E. Abeledo-Perrot, pág. 429. En similar criterio, se expidió la Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala 1ª, 9/10/1997, LLBA 1998-774). No se olvide que hasta la mutación de la guarda de hecho, el hogar de los apelantes era el único mundo que la niña conocía, sin que ello hiciera vislumbrar que su historia biológica iba a ser olvidada. Advierto – y ello es sustancial para definir al superior interés del niño en el contexto del caso – no se ha argumentado en la resolución apelada ninguna cuestión que estrictamente califique a la idoneidad de los guardadores. Las referencias sobre el obrar "irregular" – se ha visto en este voto que no es así – no definen nítidamente al principio superior del niño, no advirtiéndose cual es el perjuicio que con el obrar imputado le causaron los guardadores, quienes desde el punto de vista familiar han interactuado con la madre biológica y desde el punto de vista social, socioambiental y humano, ninguna contrariedad se pudo advertir y destacar. Bastando para ello la lectura de los distintos informes socioambientales y psicológicos obrantes en la causa (ver fs.156/158 y fs.173/179vta) y el cumplimiento por parte de los apelantes de toda la normativa impuesta en materia de inscripción en el Registro de Guarda con fines de adopción. Es cierto que la pericia psicológica ha sido dispuesta por este Tribunal, supliendo de esta forma inactividad de la instancia de origen (ver fs.170).

La guarda extrajudicial fue mantenida inclusive luego de la intervención administrativa, si bien en forma transitoria (ver fs.4 y fs.5). Al peticionar los apelantes la guarda con fines de adopción estaban solicitando precisamente un cambio en guarda judicial, debiendo el magistrado evaluar si se cumplían con los requisitos establecidos por el artículo 317 del Código Civil para después decidir si la guarda solicitada consultaba al interés superior de la niña. (Arts. 3º y 21 Convención de los Derechos del Niño).

Al no evaluarse – a mi modo de ver – correctamente la idoneidad de los pretensos guardadores con miras a una futura adopción, resulta prematura la decisión que modifica la guarda de hecho.

Quien puede afirmar que la niña no reconocía a sus primigenios guardadores? Que no estaba ya asimilada a un hábitat familiar? Se le ha cambiado el abrigo de un hogar. Esto no quiere decir que sus actuales guardadores no le den el mejor cobijo que sus esmeros y calidades personales puedan brindar: afecto familiar. Lo que sucede es que se ha hecho un cambio de guarda traumático porque no está acreditado que en el hogar de los apelantes pudiera estar comprometido el interés superior de la niña. La autora de referencia ha expresado al respecto: “No debe nunca olvidarse que estamos hablando de personas que sienten, que sufren y que reconocen a sus seres queridos , y no se puede de un día para el otro desprendernos de aquellos que el niño ha internalizado como “su familia”, puesto que implicaría tanto como desgarrar el corazón de los pequeños sembrándolos de dudas e incertidumbres, al no saber a ciencia cierta cuanto tiempo estarán con las personas que van incorporando a su mundo afectivo. Ellos ya han padecido el abandono o la falta de sus padres biológicos, no hay derecho a someterlos a abandonos forzados en pos de “algo mejor” que vendrá “algún día” y que por supuesto no se sabe con certeza, ni si será mejor ni si vendrá algún día”.

“Esto no quiere decir que aplaudamos las situaciones de hecho. Obvio es que el mejor camino es el inverso: cumplir con los requisitos exigidos por la ley y luego si ellos se encuentran satisfechos conferir la guarda con fines de adopción para más tarde otorgar la adopción. Pero, que este sendero sea el deseable, no puede cegar al punto de creer que es el único; hay varios, y cuando se presentan, no queda más remedio que analizar cuál de ellos es el más apropiado para ese niño en particular”. (CHECHILE, Ana M., “Guarda de hecho y adopción”, Jurisprudencia Argentina 2000-IV-35, destacando la autora el principio de no innovar en materia de guarda, al anotar con aprobación el fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial, Sala I, de Morón, 23/09/1999, E., J. y Otros, voto de la Dra. Ludueña).

El juez debe preferir a los guardadores originarios a quienes son ajenos al menor, cuando reúnen los requisitos exigidos por la ley. No corresponde el cambio de guardadores idóneos por otros idóneos, cuando hay una guarda preexiste de hecho, con opinión de la madre biológica, sin que se acredite que el mantenimiento del status quo perjudica de modo concreto y no abstracto, al

interés superior de la niña. La doctrina señala que la guarda desmembrada de la patria potestad puede ser delegada o de hecho. (CHECHILE, op. Cit., pág. 36). En este caso los apelantes tomaron la responsabilidad de hacerse cargo de la niña, guarda fáctica por no estar delegada judicialmente. Se constituye sin intervención de autoridad administrativa o judicial, sin evaluación previa de la idoneidad de los guardadores y del interés superior del niño. Si bien quien ejerce la guarda de hecho realiza una de las formas protectoras de la minoridad en un ámbito precario por falta de intervención judicial, no pueden negarse las consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea de guardador. (D'ANTONIO, Daniel H., "Derecho de menores", 1994, Ed. Astrea, p. 416, citado por CHECHILE, op. Cit. P. 36), Esta evolución de la guarda de hecho debe ser evaluada por el juez y en este caso se advierte que los apelantes días después de la entrega de la niña por parte de su madre, iniciaron el trámite de guarda judicial.

Si alguna prevención tuvieran los tribunales respecto de situaciones de hecho consolidadas, el interés superior del niño tiene jerarquía suficiente para no perturbar su inserción de hecho en un ambiente familiar, con mayor razón cuando la madre biológica lo ha entregado en guarda de hecho y no se vislumbran conductas equivocadas. La Dra. CHECHILE, menciona al respecto doctrina anoticiada por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, cuya autoridad sobre la temática tiene el respeto que inspiran aquellos que abren fértiles surcos en el derecho, quien señaló (transcribe la Dra. CHECHILE), "Es verdad que el juez no debe ceder a la política de los hechos consumados, pero a veces los hechos hablan con tanta crudeza que no hay modo de cerrar los ojos cuando la solución contraria daña gravemente a un niño" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina", Jurisprudencia Argentina 1998-III-972).

"El niño nunca gana con las pérdidas de guarda (Cámara Nacional Civil, Sala F, 10/09/1998, La Ley 1999-B, 134; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala I, 9/19/1997, LLBA, 1998-774, citados por FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel, op. Cit.). En nada lo benefician al niño las mutaciones de la guarda o su institucionalización en hogares de tránsito. La predicción del bienestar del niño debe efectuarse desde su seguridad y desde la plena vigencia de sus derechos humanos, entre ellos la posible vinculación con su madre biológica, aspiración que no se ha claudicado en el caso, aún prestando la madre conformidad con la guarda con fines de adopción. El triángulo adoptivo ha sido considerado por la CS, y su factibilidad dependerá en todo caso de la evolución posterior y de la conveniencia para el superior interés del niño. Esta modalidad y conveniencia es propia de los ciclos evolutivos y no la teorización previa sobre su factibilidad. (mencionado en "B., M. C. s/ Protección de Persona", Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006).

No veo tampoco obstáculo para valorar una guarda de hecho en situaciones diferentes a aquella que plantea la Ley 24.779 en su artículo 3º con carácter de disposición transitoria, respecto del tiempo de la guarda extrajudicial anterior a la vigencia de la ley mencionada, que deberá ser computada por el magistrado conforme al art. 316 del Código Civil. En ese tramo el legislador ha convalidado la guarda extrajudicial. Coincido con Adriana M. WAGMAISTER y Lea M. LEVY en cuanto a que “Luego, de acuerdo a la ley, las guardas de hecho posteriores a su entrada en vigencia deberían resultar ineficaces a los fines de iniciar el juicio de adopción. No obstante, y por todo lo expuesto, creemos que esta solución es incorrecta y que dicha guarda podría ser convalidada judicialmente en aras del mantenimiento de la relación establecida entre los sujetos involucrados. Debe ser así, aún cuando quienes pretendan adoptar no se hayan inscriptos en el Registro o, estando inscriptos no les correspondiera el lugar preferente”. (Autoras citadas y ponencia ya mencionada).

XII. 1. El interés superior del niño es una predicción sobre su bienestar y no una mera referencia dogmática.

No basta con hacer mención al interés superior del niño para decidir en un sentido o en otro, generalidad que por superficial no explicada nada. Las decisiones judiciales deben ser explícitas en la consideración del superior interés del niño, dando concreto fundamento en un contexto donde las causas estén bien explicadas. Advierto, por ejemplo, que en el presente caso, no obstante la idoneidad de los guardadores primigenios, y sin alusión alguna por parte del tribunal a la capacidad de éstos para ejercer la guarda de la niña, se dispone con argumentos orientados a no justificar la guarda de hecho, sin explicar porque el mantenimiento del status quo era pernicioso para los intereses superiores de la pequeña criatura. En definitiva se excluye a la niña de un hogar, por reparos de otra índole. No se premia a la niña cuando se ha castigado a los mayores involucrados en decidir sobre su persona. No se analizó la conducta de la progenitora, excepto desde un ángulo difuso, algunas cuestiones que a criterio del Tribunal quitan espontaneidad a su decisión.

XIII. El juez no siempre elige al guardador.

El juez es garante de la buena guarda del menor, sin que ello signifique que en todos los casos sea el elector de los guardadores. El juez aprende del caso cuál será la mejor solución. La doctrina trájina estos campos de acción. “El imperativo legal de la judicialidad de la guarda no significa que deba ser el juez el que elija – siempre y en todas las circunstancias – a los guardadores, estándole vedado a los padres hacerlo en determinadas y excepcionales circunstancias, debemos brindar una situación razonable y adecuada a este trozo de la realidad que se da con alguna frecuencia y que debe contemplar los vínculos afectivos y por sobre todo el interés superior del menor”. (LUDUEÑA, Liliana G., “La guarda de hecho en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones”, Jurisprudencia Argentina, 10/05/2000, p. 21. Ver la mención del trabajo citado en BALIERO de BURUNDARENA, Ángeles,

CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa: “La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del superior interés del niño”, La Ley 2001-E., 1101). En la etapa de guarda preadoptiva debe citarse a la madre biológica, especialmente cuando como ha advertido este Tribunal en la respectiva audiencia convocada a esos efectos, se observa que es proclive a colaborar con la justicia, bastando con ello señalar que ha mostrado encontrarse a disposición del Tribunal. No me parece útil postergar su convocatoria a otra instancia evolutiva del proceso de adopción, como se afirma en la sentencia apelada. Frente a la disyuntiva de decidir en materia de guarda preadoptiva, el magistrado debe concentrar su labor en determinar si se encuentran cumplidos los requisitos del artículo 317 del Código Civil, aún cuando se trata de una guarda extrajudicial como precedente de la jurisdicción.

Fundada en la existencia de un presunto accionar irregular, el Sr. Juez de grado resolvió hacer lugar a la medida cautelar impetrada por la Sra. Asesora de Incapaces y desplazar a la niña del cuidado del matrimonio que la madre biológica había elegido, dándola en guarda provisoria a un matrimonio que se encontraba en la lista de espera, cabe destacar al igual que el matrimonio desplazado.

La madre tiene derecho, en determinadas circunstancias, a elegir a los futuros guardadores.

Dijimos que la ley 24.779 reformuló aspectos del régimen de la adopción, y en este aspecto cobra relevancia la prohibición de entregar a un niño en guarda por escritura pública o acto administrativo (Art. 318 del Código Civil). Sin embargo, no puede por ello inferirse que está prohibida la llamada guarda abierta, es decir la elección de la madre de los guardadores de su hijo, con miras a una futura adopción. La doctrina especializada ha dado apoyo a esta modalidad de la guarda extrajudicial, sin que por su propia materialización, se impugne la pretensión de los guardadores de hecho cuando se presentan a solicitar la guarda judicial, inclusive con previa inscripción en el Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción. BALIERO de BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa citan a prestigiosos autores y transcriben: “Pero creemos que los guardadores de hecho pueden presentarse a dicho juez acreditando la guarda que ejercen y el magistrado podrá convalidarla tanto en lo relativo al tiempo ya cumplido como, por lo menos, permitir que él término se fije – de seis a un año – se compute a partir de ese momento. Parece elemental que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de guarda de hecho, difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no resulta el interés superior del menor, lo cual, ciertamente, ha de ser excepcional”. (ZANNONI, Eduardo A.: “Tratado de Derecho Civil”, t. 2, Ed. Astrea, 3ª ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires 1999, p. 642. BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, 5ª Ed. Actualizada, 2ª reimpression, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 526 y 527); (CHECHILE, Ana M., “Guarda de hecho y

adopción”, Jurisprudencia Argentina 2000-IV-35, destacando la autora el principio de no innovar en materia de guarda, al anotar con aprobación el fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial, Sala I, de Morón, 23/09/1999, E., J. y Otros, voto de la Dra. Ludueña).

Atento a la particularidad de caso planteado, el margen de maniobra resulta reducido para el sentenciante, en virtud de una dicotomía entre una presunta irregularidad por la situación de hecho generada por los apelantes y otra por el vínculo afectivo que pudo haberse generado en el plazo de tiempo que éstos estuvieron en contacto con la niña.

Dos situaciones muy particulares y contrarias encuentran un punto de colisión. Por un lado la protección de un vínculo ya generado que conformará el interés superior de G., el cual sin duda alguna debe desplazar cualquier comportamiento anómalo de los mayores, y por el otro la protección de un orden jurídico en custodia de muchos que no puede ser basado en la utilización del propio menor como elemento - objeto destinado a su tutela.

Aquí no se trata de hacer o no valer un sistema por encima del interés superior del niño. Este caso merece una solución inmediata en salvaguarda de los derechos de G., que ya desde su temprana edad – desde su nacimiento – ha sido objeto de desprendimientos emocionales que sin duda han marcado su vida, puesto que sin perjuicio del tiempo de vida que esta presenta, no puede desconocerse los canales de conexión que ésta ha generado con el medio – sonidos y olores -, elementos que resultarán de suma importancia a la hora de valorar el resultado de este conflicto.

Dos derechos, ambos con la entidad suficiente, deben ser valorados por el juzgador sin prevalecer uno en lugar de otro ya que el caso concreto permite acordar la independencia entre ellos y finalmente su reconocimiento sin desmedro del otro, atendiendo a razones de equidad y sin mengua de la seguridad jurídica.

Es aquí donde el “interés superior del niño” y su amplio concepto ya expresado precedentemente, toman relevancia, ya que el mismo es el que debe guiar la solución del caso, claro está sin mengua de la seguridad jurídica.

Es preciso entender que cada caso resulta generado por sus propios intérpretes, actores protagonistas de una realidad que dista y supera muchas veces a las precisiones de la ley en un ámbito particular inmerso en un contexto excepcional, que no puede ser desconocida por el sentenciante, el cual no debe hacerse eco ciegamente de las formalidades que desvirtúan la ley y su propia esencia, como de opiniones generalizadas y de falta de fundamentos que desvirtúan lo complejo que resultan las relaciones humanas.

Lo particular de la cuestión permite eso, que el sentenciante valore lo mejor para el niño que se encuentra dentro de un conflicto y una situación anómala concreta en contraposición con la que podría definirse como normal – nacer, crecer al lado de su madre y desarrollarse con el amor que esta debería darle. Esto no ha ocurrido por lo que debe valorarse quien va a suplir esa falencia.

Los sentenciantes deben ser sumamente cautos a la hora de resolver una eventual modificación de una situación de hecho cuando están involucrados menores, los cuales merecen una estabilidad y equilibrio afectivo, que no puede ser modificado simplemente sin valorar eventuales consecuencias que seguramente resultarán incalculadas.

La presente decisión apunta al menor daño causado a G. y a la búsqueda de un ordenamiento en las cuestiones de esta índole, en las cuales no debe priorizarse una presunción de una conducta irregular de los adultos por encima del interés superior de la menor, el cual termina siendo vulnerado sin fundamento alguno.

El caso no se trata de valorar cual de los dos matrimonios es mejor sino que ambos resultan aptos (no existe constancia alguna en autos que diga lo contrario) por lo que ante esta situación, el interés superior de G. resulta poseedor de la arista o cara por la cual debe mirarse, el menor mal para la pequeña, circunstancia que queda perfectamente respaldada por lo expresado por los profesionales actuantes y doctrina mencionada.

Al definirse el interés superior del niño, se ha expresado de manera aproximada que es "...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, analizando en concreto, ya que no se concibe un interés superior del menor puramente abstracto" (SCBA, "G.M. d. c. contra R., F.H. Tenencia de hijos", voto del Dr. Pettigiani).

Tal como dice nuestro Tribunal Superior, el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera frente a un interés del adulto se prioriza el del niño (arg. Jurisp. Ac. 84418 – SCBA, Sentencia del 19 de Junio del 2002).

La influencia que la convención sobre los derechos del Niño ejerce sobre la legislación nacional, obliga colocar en el escalón más alto el interés superior del niño, el cual desplaza en una medida razonable los derechos de los mayores.

Una correcta información y vigilancia de las circunstancias fácticas que se han desarrollado, pudieron permitir un planteamiento de medidas a tomar sin vulnerar el interés de la menor.

Al mismo tiempo, no debe olvidarse que en conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del Juez.

El tiempo de vínculo y su efecto sobre los protagonistas no puede surgir de fórmulas concretas, frías que toman al sujeto como un mero “objeto” de estudio y estadística. Cada caso concreto debe ser valorado en su plenitud, individualizándolo del resto, toda vez que la complejidad que el ser humano posee, como ser único y en la relación a otros seres vivos, lo hace especial, no comparable ni asimilable al resto.

Por su parte, la Corte Suprema de la Nación ha dicho que “los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar (doctr. Fallos 323:919)”, voto del Dr. Boggiano in re “T., R. c. R.m. s/ Reclamación de estado de hijo extramatrimonial”).

Ahora bien, desde un correcto análisis que debe tener como luz guía el interés superior del niño, surge la necesidad de balancear el mismo entre este precepto, la voluntad de la madre biológica y la función del Estado, el cual debe mantener su protagonismo en salvaguarda del bien común y el cumplimiento de las normas.

XIV. La realidad biológica y la realidad afectiva como garantías del derecho de identidad.

La guarda preadoptiva constituye el primer eslabón para asegurar al niño que se pretende adoptar, el conocimiento de su realidad biológica, derecho que está comprendido en forma implícita en el llamado interés superior del niño. No se puede priorizar el interés superior del niño sin la explicación de su realidad biológica, la que en algún momento debe conocer por sí mismo.

Esa realidad biológica es un imperativo que concede la naturaleza y que ninguna ley puede opacar. Mucho menos la conducta de las personas involucradas en la adopción, las cuales han de asumir el riesgo que implica la existencia de una familia biológica, con parientes que no se derogan mediante la adopción. Fundamentalmente la madre biológica, quien en el caso no ha claudicado respecto a la vinculación con su hija.

La realidad biológica hace al fortalecimiento del derecho de identidad cuya tutela legal es estática y dinámica. El proceso de integración comienza con la concepción del niño, de allí que la ley impone el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica-familiar. Este conocimiento no es un mero relato

acerca su origen o una breve descripción de sus orígenes, de trata de no ocultarle ningún dato de su realidad, de ofrecerle su historia porque le pertenece. El derecho a la identidad del niño tiene raigambre constitucional. (Arts. 7 y 8 Convención de los derechos del niño; art. 75 inc. 22 Constitución Nacional). Es un derecho operativo. La faz estática del derecho a la identidad es precisamente el derecho a la identificación. El derecho a integrar una familia y el derecho a conocer cual es su familia de origen, quien es su madre y como vivía cuando lo dio en guarda, que proyectos siguió teniendo la madre biológica para no dispersarse de su hija y con que intenciones delegó de hecho la guarda, entre otras preguntas que algún día se hará la infante. Cuanto menos incertidumbres se escriban en la historia de un niño, mayor garantía se le dará a su saludable evolución. El trípode de adultos que conforman la madre biológica y los guardadores de hecho aparecen como mejores garantes de este compromiso que la ley impone y que en las circunstancias de cada caso se habrán de enhebrar con mayor prolijidad que las conductas humanas, a veces arrojadas al ruedo de la vida por las mismas urgencias de los protagonistas.

La identidad del niño no está solamente referida a su origen, comprendiendo la totalidad del desarrollo incipiente del menor, como afirma el Dr. PETTIGIANI, “e incluso su prospectiva, puesto que es el conjunto de éstos elementos el que va a permitir establecer aquella identidad”, de modo que la realidad biológica y la realidad afectiva tienen jerarquía. En cada caso se ha de ponderar cual es la mejor solución que asegure el principio del superior interés del niño, lejos de fórmulas abstractas. (PETTIGIANI, Eduardo J., “La identidad del niño ¿Está solo referida a su origen? (Adopción vs Realidad biológica)”, Jurisprudencia Argentina 1998-III-1004). No se puede discutir que la niña comenzó a evolucionar en su identidad desde el afecto de sus primigenios guardadores.

Leyes que nutren este concepto, entre otras la ley 24.540 de identificación del recién nacido, acciones de filiación previstas por la ley 23.264 y el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica (Arts. 328 y cc Código Civil – Texto ley 24.778). También los futuros adoptantes asumen un firme compromiso de dar a conocer al adoptado su realidad biológica. Indudablemente ese compromiso dependerá mucho del compromiso efectivo de los padres adoptivos, quienes podrán o no ser muy claros en estimular el conocimiento y de brindarlo, ya sea en forma extensa o limitada a meras referencias. Los adoptantes deberán ser genuinos comunicadores de la verdad y deberán acompañar al adoptado en el proceso de integración de su personalidad. Tarea que no es sencilla y que exige de los adoptantes dar cumplimiento a un gran acto de amor, característica sustancial de la adopción (La adopción es un acto de amor). Entiendo que en este aspecto al estar relacionados los primigenios guardadores con la madre biológica y haber comprendido la situación de ésta, ya había comenzado el proceso de conocimiento de la identidad biológica de la menor, quien podría ver no el rostro de su madre y sentarse a conversar con ella sin el estigma del abandono, tal vez comprendiendo las razones que pudo tener aquella en un contexto determinado. Podrá conocer a sus hermanos, podrá leer estos expedientes que no han clausurado las fojas de los actos

iniciales, donde están los siete meses de guarda de hecho y el hogar de los primigenios guardadores, que está su madre biológica explicándole a este tribunal los motivos que la llevaron a dar a su hija en guarda de hecho, su desinterés material (al fin y al cabo la madre sigue viviendo en las fronteras de la pobreza y el desamparo) y su expreso deseo de no desvincularse de la niña). También podrá conocer que otra familia procuró brindarle afectos. ¿Les parece poco todo ello?

No se olvide que el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica puede ser ejercido en cualquier edad e inclusive si es menor a dieciocho años, lo podrá ejercer con autorización de sus representantes legales e inclusive del juez. Sostengo que ese derecho debiera ser ejercido en forma personal por cualquier menor adoptado, con intervención de los equipos técnicos, siempre que por su edad pueda comprender lo que reclama. Ya dije que es un derecho constitucional de carácter operativo.

La doctrina ha puesto energía en destacar que ese derecho del menor – aún impúber – también implica reconocer su poder de iniciativa, es decir la facultad de hacer valer su derecho por sí, mediante de petición expresa del Ministerio Público de Menores al juez del expediente. (En este aspecto compartimos la doctrina aplicable, MORENO DE UGARTE, Graciela M., “Tutela del derecho a la identidad a la adopción plena, Jurisprudencia Argentina 19998-III-1008, con la salvedad que el tipo de adopción aún siendo simple justifica la misma búsqueda de la identidad y que el juez podrá conceder el carácter de la adopción, considerando precisamente ese derecho a la identidad y la necesidad permanente de facilitarle al menor su historia e identidad biológica y posibilidades de vinculación con su familia originaria). (Ver sobre estos aspectos el trajinar de la doctrina: LUPOLI, María C. Y TAVIP, Gabriel E., “El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica”, Jurisprudencia Argentina, 1998-III-1020).

Entiendo que esta tarea se hace más sencilla cuando ha sido precisamente la madre biológica que ha dado en guarda de hecho a su hijo en miras a una futura adopción, sin prescindir del interés en elegir a los guardadores. La intervención de los padres biológicos torna a la adopción como más confiable, especialmente si éstos han intervenido desde los umbrales, donde la realidad manda y los hechos gobiernan, donde la piel morigera al estigma del abandono y los consensos no son un negocio jurídico sino el convencimiento que en esa realidad, la madre toma una decisión crucial, desde sus fragilidades, para el bienestar de su hijo.

Debe tenerse en cuenta que en el caso se ha decidido sin oír a la madre biológica (Doctrina Art. 317 Código Civil). Tampoco se la ha convocado para que sepa que se ha mutado la guarda originaria. Ello vulnera el derecho de defensa en juicio de la progenitora e incumple lo dispuesto por el artículo 317 del Código Civil, déficit que no resulta saneado por más que el tribunal de grado haya señalado en la resolución apelada que lo resuelto es sin perjuicio

de lo que se decida cuando en una etapa ulterior se cite a la madre biológica, con alusión al estado de abandono y su declaración.

Esta citación hubiera despejado dudas e inclusive tomando nota que la doctrina es divergente en cuanto al significado de la intervención, al distinguirse que sus efectos se relacionan con recabar sobre el alcance del consentimiento, algunos señalan que es genérico y otros que facultan a la madre biológica a manifestarse a favor de personas concretas. Esto último, de ser factible, a mi criterio es el sustento correcto para este tipo de citaciones, cuando la progenitora ha hecho entrega voluntaria del hijo a determinados guardadores de hecho. No es este el supuesto de la guarda judicial, con opinión de la madre. Distinguir entre citación y consentimiento resulta ocioso ante las aristas del caso concreto. Si la madre en los hechos expresó su voluntad, el juez no puede obviar la citación, tanto para que ratifique su decisión extrajudicial como para que se evalué luego de oírla, la convalidación de la guarda de hecho.

XV. Conclusión.

Entiendo que en la resolución apelada se ha desestimado totalmente la procedencia de la guarda de hecho en el caso concreto e impugnado la decisión materna y la conducta de los guardadores primigenios, con valoración del proceder al que se ha calificado de irregular. Sin embargo, la resolución apelada no está suficientemente fundada en el superior interés del niño, por falta de precisión concreta sobre su aplicación y la explicación suficiente de una defensa de ese principio superior. No basta con la alegación de decidir en función del superior interés del niño sino se explica la afectación de ese principio al relacionárselo estrictamente al mantenimiento del status quo, considerándose que la guarda de hecho databa de siete meses al tiempo de la exclusión de la niña del hogar que integraba con sus guardadores. Al decir integrar, voy más allá de una simple tenencia, no ignoro como se modifica un ambiente familiar cuando llega un niño y como se transforma cuando lo retiran del hogar. Por eso considero que la medida cautelar es traumática no solo por sus derivaciones respecto de la madre biológica, a quien el tribunal no escuchó, de los primigenios guardadores, de los actuales guardadores que han de experimentar el mismo desarraigo que padecieron los apelantes y de la niña, ese valor cimero que no tiene manijas pero que se la ha puesto en una senda itinerante, haciéndole valer una experiencia que ni su madre ni los seres humanos que la cobijaron, intentaron. No hubo antes un viaje, solo el desarraigo inevitable por circunstancias bien explicitadas por si mismas, implícitas si se quiere en el proceso y no investigadas puesto que sacudiendo las fojas de los expedientes no se advierte ningún acto procesal reparatorio de la progenitora. Si advierto juicios de valor, algunos de ellos incomprensibles porque aluden irregularidad, cuando como se ha visto yendo a la biblioteca, que los autores especialistas en el derecho de familia, insignes y emblemáticos por tu temprana conciencia de la problemática, no ofrecen dudas sobre la licitud de la guarda de hecho cuando ha actuado la madre junto a los guardadores que ha elegido en un ámbito que con las constancias del caso no

puede ser calificado de estar reñido con la ley. Si la investigación posterior o el decurso de los hechos muestra otro rostro, el debido control de legalidad que ejerce el poder judicial derivará en las acciones pertinentes. No nos olvidemos que estamos en el umbral y el carácter de medida cautelar que reviste la guarda (añado que tal carácter también tiene la guarda extrajudicial) conduce a resolver sobre los pilares de la máxima verosimilitud y el peligro en la demora; si se quiere en la alta probabilidad del derecho si la medida de guarda reviste el carácter de tutela anticipada. En cualquier caso no se indagó suficientemente sobre las condiciones en que se desarrolló la guarda de hecho y las circunstancias, decidiéndose sin oír a la madre biológica, a quien tampoco se le dispensó en la jurisdicción administrativa y judicial los recursos institucionales del caso, principiando por el derecho de defensa jurídica, ni valorándose tampoco la situación de la niña y de sus guardadores, es decir el carácter que ya tenía la relación familiar, según la apreciación del caso concreto.

Los argumentos de la resolución apelada están limitados a juzgar la conducta de los mayores, prescindiendo que la niña es una beneficiaria de pleno derecho de una familia. La conducta de los mayores, excepto cuando son delictivas, no debe perjudicar a un niño que tiene cobijo en el primer ciclo evolutivo de su vida, sin que se demuestre acabadamente que el mantenimiento de su actual situación es perjudicial para su superior interés.

Quiero ser claro, la voluntad de la madre (eventualmente de ambos progenitores) tiene que estar fundada en su falta de interés material, circunstancias que tranquilice a las conciencias respecto a la inexistencia de tráfico de niños o compraventa de niños o desplazamiento de hijo por aprovechamiento del estado de necesidad de la madre u otras miserias que nuestro mundo aún no ha desterrado. Simplemente hablamos de consideración y respeto a la voluntad de la madre, de ponerse en su lugar y ayudarla a recomponer su situación de desarraigo, de conflicto con la maternidad, y de ser posible ver si evoluciona junto a su hijo. Cuando la posibilidad es quimera y si bien no se ha de justificar a la madre, si a comprenderla para que su hijo pueda desarrollarse plenamente en un ámbito familiar adecuado, siguiendo la madre biológica sus pasos (si ello es su elección consentida por los guardadores de su hijo, exploración que le cabe al tribunal actuante, sin perjuicio de lo oído de boca de la madre en la audiencia que convocara este tribunal). Es decir, el juez no está obligado a seguir los pasos de la madre biológica puesto que el cuadro que muestra a los protagonistas podrá estar mancillado. La respuesta cuando es contraria al mantenimiento de la guarda de hecho, ya evolucionada, debe estar suficientemente fundada.

Quiero seguir siendo claro, la inscripción en el Registro constituye un requisito de cumplimiento insoslayable, atañe a la legalidad de los procesos de adopción y a cristalizar el derecho constitucional de igualdad ante la ley y a la democratización de la justicia. Sin embargo, su apego estricto, sin consideración de otras circunstancias de carácter fáctico, podría derivar en soluciones incompatibles, precisamente, con el superior del interés del menor.

De allí que la doctrina especializada con escasos disensos y la jurisprudencia que se ha integrado, relativizan la inscripción como libro cerrado.

La guarda de hecho, con miras a una futura adopción, en lo que concierne a la voluntad de la madre de elegir a los guardadores, no está prohibida por la legislación vigente y la circunstancia que la ley no sea explícita al respecto, es decir la falta de regulación concreta, no obsta a que el intérprete tomando nota de circunstancias fácticas excepcionales, armonice el supuesto de guarda de hecho (guarda extrajudicial) con la exigencia legal de guarda judicial. La interpretación restrictiva de la ley no conduce siempre a una correcta solución respecto de la vigencia del principio superior del niño.

De modo que no cabe ningún desplazamiento de los pretensos guardadores por el simple hecho de no estar inscriptos en el Registro u obedecer esa inscripción a un orden de turno más postergado.

No se olvide que el interés del menor se define como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, de modo que no se trata de un mero enunciado o de un concepto puramente abstracto. (SCBA, 16/12/2009, L., M., Jurisprudencia Argentina 2010-II-26). Pareciera que los tribunales al resolver con estricto apego a la ley no han de variar sus soluciones al no distinguirse en cada caso sus circunstancias puntuales, aquellas que empuja la realidad y solventa la emergencia. La estructura legal que sustenta al régimen de abrigo tiene loables propósitos y tiende a regularizar situaciones fácticas irregulares con el auxilio interdisciplinario y la afectación de recursos en miras a resguardar precisamente el interés superior del niño. Sucede que ese niño puede estar desde su nacimiento al cuidado de una familia y en este caso quien puede afirmar con certeza que retirarlo de ese ámbito constituye por si solo un medio de defensa de su superior interés.

La ley recoge la enseñanza de la realidad. Nuestro país afirmo su seguridad jurídica muchas veces por obra de creaciones pretorianas (El juez no se erige en legislador porque suple anomias o incursiona en interpretaciones amplias de un texto acotado, cuando aplica los principios constitucionales y los tratados. En estos casos también aplica la ley que por ser cimera ordena a la legislación general).

La CS ha señalado la conveniencia de no innovar en materia de guarda de hecho consolidada. (SAMBRIZZI, Eduardo A., "La Corte Suprema de Justicia de La Nación reitera su doctrina sobre la conveniencia de no modificar, en principio, situaciones de hecho consolidadas en materia de guarda preadoptiva", Jurisprudencia Argentina 2008-II-25).

En consecuencia, propongo a mis distinguidos colegas revocar la resolución apelada en cuanto dispone la exclusión de la niña del hogar de los apelantes y ordenar su reintegro, posibilitándose con ello el status quo anterior a la medida

cautelar apelada. A sus efectos y manteniendo la modalidad impuesta en la instancia de origen, el tribunal de grado deberá dar cumplimiento a la presente resolución, con intervención de la Señora Asesora de Menores e Incapaces interviniente y en labor conjunta con el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes y equipo interdisciplinario del Juzgado de Familia, confiándose al señor juez de grado las garantías que aseguren el cumplimiento de esta resolución, sin otros gravámenes que aquellos que por la naturaleza de la cuestión no se puedan impedir. Se insta a las partes involucradas – primigenios y actuales guardadores – a aunar esfuerzos a los efectos de que la revinculación de la niña sea lo menos traumática posible, preservándose con ello su interés superior. La necesidad de preservar la dignidad de los actuales guardadores en esta delicada misión de retornar al status quo anterior, exige la mayor comprensión y delicadeza, a los efectos de que la medida sea lo menos traumática posible para quienes han asumido con altruismo y vocación ejemplar, la difícil situación de una niña ya judicializada.

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO POR LA NEGATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. EDUARDO ANGEL ROBERTO ALONSO dijo:

Abocado al estudio de presente caso, debo señalar que si bien comparto gran parte del detallado estudio del tema que ha formulado mi distinguido Colega que me precede en esta votación, no ha de acontecer lo propio en lo que la conclusión a la que arriba el mismo en cuanto a la decisión revocatoria adoptada en la especie con respecto a la resolución recurrida.

Me explico. El Juzgador de grado en el “sub-exámene” luego formular una sucinta relación de las circunstancias de la causa, y dar cuenta los principios y pautas legales, jurisprudenciales y doctrinarias sobre las que discurre el tópico en tratamiento, - lo que “brevitatis causa” doy por reproducido en resguardo a la brevedad- sienta posición expresando que no comulga „pues con la postura que sostiene que el derecho a dar un niño con fines adoptivos sea el ejercicio de un derecho personalísimo de la madre biológica y que dicha elección deba ser respetada a rajatabla...”. Mi postura –continúa expresando el “a-quo” - es que en su caso dicha elección debe ser considerada y evaluada a luz del interés superior del niño, pues en todo proceso donde se encuentre involucrado un infante este debe ser el sujeto principal a proteger y respetar....”.“En este punto ...tal como señala el informe del Servicio Local la dación de la niña en forma anómala como se realizó, vulnera los derechos de la niña e infringe la legislación, al ser tratada la misma como objeto y no como sujeto tal como lo señala la Sra. Asesora a fs. 31. Esa vulneración de los derechos de la niña, es la que genera..., que tal como peticona el Ministerio Pupilar el matrimonio M. – P. a pesar de estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos no puedan ser tenidos en cuenta para continuar con la guarda o custodia de la niña, de consuno con el artículo 3° de la Convención de los

Derechos del Niño, a pesar de sus probables nobles intenciones respecto de la menor encartada. Es que la actitud del matrimonio mencionado genera una afrenta para los derechos de la niña de raigambre constitucional y a la vez vulnera la legislación y burla el sistema previsto para el otorgamiento de las guardas con fines adoptivos con la utilización de mecanismos, por lo menos anormales, que intentan sustentarse únicamente en las vías de hecho, lo que no puede tolerarse. Entiendo por guarda de hecho aquella que se da cuando una persona, sin atribución de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma a una menor a su cuidado. Esta guarda fáctica es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente, se constituye sin autoridad judicial y por ende sin evaluación del interés del menor. Concretamente se vulnera el derecho de la niña a que el Juez estudiara los legajos de los postulantes y eligiera a los más idóneos afectivamente para contenerla...".El Juzgador de grado...mas adelante señala que "...la legalidad de la medida de abrigo decretada en feria por mi colega –la Dra. María P. Martinez- fue adecuada a las circunstancias de tal momento, puesto restaba evaluar por el Servicio Local a la progenitora de la niña – Sra. E. A.- quién completó el panorama de la entrega de la niña al matrimonio guardador. Mas en este estadio del "sub-lite" parece adecuado, adelanto, hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Ministerio Pupilar. A esos efectos señalo que todo caso es mutable con cada secuencia que la realidad presenta por lo que con cada resultado se deberá proceder en consecuencia. Es por ello que siempre es momento adecuado para adoptar medidas tuitivas que defiendan, amparen y protejan, no debiendo agotarse las mismas tan solo en una institucionalización. A esta altura del razonamiento cabe agregar que, a pesar de que el matrimonio guardador pudo haber actuado de buena fe o con ignorancia de las normas vigentes en la materia, han evadido mecanismos instituidos por las autoridades provinciales para los casos de adopción por lo que convalidar dicha actuación crearía una situación de injusticia respecto de aquellos que sin cumplen los pasos legales requeridos para tal efecto y que en la actualidad permanecen en la lista de espera para recibir un niño...".

Así las cosas, si bien es cierto que –como se hace constar en los agravios- al calificar el Judicante de grado la actitud del matrimonio ahora apelante como "...una afrenta para los derechos de la niña..." que burla el sistema previsto para el otorgamiento de las guardas con fines adoptivos con la utilización de mecanismos, por lo menos anormales, que intentan sustentarse únicamente en las vías de hecho, lo que no puede tolerarse...", tal calificación aparece –en mi concepto innecesariamente dura; ya que efectivamente el matrimonio de marras se encontraba inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (como el propio Juez lo admite en su resolutorio en crisis) antes de que la niña G. llegara a sus vidas. De otro lado también lo es que – como también lo expresa el precitado Magistrado "...el matrimonio guardador pudo haber actuado de buena fe o con ignorancia de las normas vigentes en la materia,...".

Sin perjuicio de lo dicho, considero que dejando de lado por un instante el t3pico de la buena fe, as3 como el alt3simo contenido emocional que envuelve la situaci3n tanto del matrimonio apelante, as3 como el de quienes integran la pareja a quienes se les confiri3 la guarda provisoria recurrida, y no me cabe duda –aunque resulta hartoo dif3cil tabularlo- en de la criatura que constituye el centro crucial de lo que se esta discutiendo en el caso, no puede pasarse por alto que mientras por un lado y como edicta nuestro C3digo Civil “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepci3n no esta expresamente autorizada por la ley”; en el caso en estudio se repotencia de sobremanera el apego a la normativa regulatoria de situaciones como las presentes, en las que no solo se est3 frente el orden p3blico inmanente a las cuestiones de familia, sino que discurrendo el t3pico respecto a una menor de edad resulta a3n mas indispensable cumplimentar las normas que rigen la suerte de vida de tales sujetos de derechos tan vulnerables. Mal puede, entonces –y vuelvo aqu3 sobre mis pasos para posicionarme ahora en la buena y noble intenci3n de los guardadores de hecho- pretender hacerse valer “contra leggem” una convenci3n celebrada con la madre biol3gica de la criatura; ello –casi huelga decirlo- en contradicci3n con lo estatuido por el art. 21 del mismo cuerpo legal precitado en cuanto prescribe que „Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia est3n interesado el orden p3blico y las buenas costumbres“. Es mi idea que la autonom3a de la voluntad –y si se me permite la licencia aun de „la buena voluntad“, no puede transponer l3mites precisos que establecen las regulaciones legales sobre el t3pico en escorzo.

Y es que considero no puede eludirse –aun bajo en manto de los afectos mas puros- el nuevo paradigma estatuido legalmente para la promoci3n y protecci3n especial de los derechos del ni3o, que se cristaliza en un 3ltimo estadio en la Resoluci3n del Ministerio de Desarrollo Humano N3 171/2007 el cual en el Anexo II aborda las Medidas de Protecci3n Especial de Derechos- Abrigo- Guarda Institucional I Reordenamiento del modelo de protecci3n especial derechos en entidades de gesti3n estatal y/o privada“ .

Se dispone en tal normativa que: “En estos t3rminos la guarda institucional de un ni3o se legitima con la intervenci3n del Juez de Familia o de Paz competente....De otro lado en el cap3tulo II” Consideraciones a tener en cuenta para el ingreso y/o permanente de un ni3o en un espacio residencial ajeno al de su familia, por una medida de abrigo o guarda institucional “se establece que: “En toda medida que implique el ingreso de un ni3o a una entidad de gesti3n estatal o privada, sea en car3cter de abrigo o guarda institucional deber3 existir expresa y fehaciente autorizaci3n otorgada por los Servicios Zonales de Promoci3n y Protecci3n de Derecho del Ni3o correspondientes a su territorio...”.Teniendo en vista ello y que “Ninguna instituci3n de gesti3n estatal y/o privada podr3 en el 3mbito de la Provincia de Buenos Aires recibir en car3cter de abrigo y/o guarda institucional un ni3o, sin la expresa autorizaci3n de la autoridad administrativa correspondiente Servicio Zonal de Promoci3n y Protecci3n de Derecho del Ni3o, pues ello determinar3 una situaci3n de irregularidad tal que dicha acci3n ser3 considerada ajena al Sistema de

Promoción y Protección de Derechos del Niño, con las consecuencias legales que ello implica. Dicha autorización no se sujeta por orden de autoridad judicial, ni de ámbitos administrativos de otras jurisdicciones...” (los subrayados me pertenecen).

Ello así, no me cabe duda alguna que si ninguna autoridad judicial, ni administrativa puede disponer tales medidas, menos aún lo pueden pergeñar y llevar a cabo particulares entre sí (en el caso la madre de sangre y el matrimonio que recibe la criatura en su seno), en salvaguarda de la autonomía de la voluntad que –como se surge palmariamente de lo „ut-supra“ expuesto en mi voto se ve limitada concretamente por la normativa que hace al instituto.

En tal sentido, podrá o no estarse de acuerdo con el sistema implementado, respecto del cual de señalar tengo algunas reservas, -fundadas tal vez en mi larga trayectoria como Juez Civil y Comercial (y de Familia)-, pero seguro es que no es éste el ámbito para plasmarlas. Empero considero que –pese los inconvenientes que ello pueda acarrear fundamentalmente al matrimonio que dio origen a estos obrados- no vislumbro otra alternativa que confirmar la resolución cuestionada en tanto y cuanto la misma (con la provisoriedad que portan en su seno las medidas cautelares), se ajusta a derecho.

Lo que ocurre, en mi conceptualización del difícil tema puesto a consideración de este Tribunal es que , -pese a las sustanciosas conceptualizaciones del distinguido Colega que me precite en este acuerdo –las que doy por enteramente reproducidas en resguardo a la brevedad- entiendo que acceder al pedimento de los agraviados en esta causa, puede implicar –en definitiva- llevar a trastocar, justamente, el antes aludido y novedoso „Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño“ , que –como resulta sabido ha implicado una modificación absolutamente sustancial en lo relativo al tema minoril.

En efecto, la ley 13.298 con su texto actualizado por la ley 13.634, en su título I, Principios Generales, Capítulo Único Objeto y Finalidad, dispone en el art. 1. “la presente Ley tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás Leyes que en su consecuencia se dicten“. A su vez en el art.14 del mentado cuerpo legal se estatuye que el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño es un conjunto de organismos, entidades y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas, acciones en el ámbito provincial y municipal, destinados establecer los medios a través de los cuáles se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino. El Sistema funciona a través de acciones intersectoriales desarrolladas por entes del sector público, de carácter central o

desconcentrado, y por entes del sector privado. Para el logro de sus objetivos el sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños debe contar con los siguientes medios: a) Políticas y programas de promoción y protección de derechos; a) (sic) Organismos administrativos y judiciales; b) Recursos económicos; c) Procedimiento; d) Medidas de protección de derechos.

Así las cosas, el art. 16 de la ley apuntada determina que es el Poder Ejecutivo el que designará la Autoridad de Aplicación del Sistema; lo que se implementa por el art. 1° del Decreto 300/05 Reglamentario de la Ley 13.298, designándose en tal función al Ministerio de Desarrollo Humano.

Es justamente la Resolución del aludido Ministerio N° 171/2007, la que en el Anexo II Apartado I “Reordenamiento del modelo de protección especial de derecho en entidades de gestión estatal y/o privada la que explicita que “...Con la incorporación constitucional de la Convención sobre los derechos del niño, el Estado Nacional se obliga a transformar su derecho interna en esa línea doctrinaria. Así la ley provincial 13. 298 y su decreto reglamentario 300/05, ponen a la Provincia de Buenos Aires en sintonía con la democratización del sistema. A ello se suma la ley nacional 26061 y su reglamentación, que a modo de guía desarrolla lineamientos básicos para que las provincias adhieran Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño. La actual sanción de la ley 13. 634 complementa el andamiaje legal, y permite hacer operativo el sistema. El Ministerio de Desarrollo Humano en su calidad de autoridad de aplicación del Sistema – art. 1 decreto 300/05- a través de sus áreas de incumbencia específica se ha dado a la tarea sistemática de construir en todos los ámbitos los nuevos esquemas de trabajo e intervención, abogando fundamentalmente por el cambio de determinadas prácticas que resultan ajenas al nuevo sistema. En este punto entonces, resulta preciso el reordenamiento del modelo de internación de niños en entidades de gestión estatal y/o privada. Pues aún cuando el nuevo Sistema impulse el fortalecimiento de las familias, la permanencia del niño en su hogar y toda una serie de estrategias tendientes a ello, esto no trocará mágicamente la realidad, deberemos asumir que ciertos niños habrían de permanecer transitoriamente en un ámbito distinto al de sus familias de origen. Pero habrá de ocurrir solo bajo ciertas circunstancias, por determinado período y siempre con una estrategia establecida y supervisada. En principio entonces, se establecen determinada pautas de cumplimiento obligatorio para todos los efectores del Sistema...”, regulándose en puntos a) y b) “El abrigo” y “La Guarda Institucional” textos a los que “brevitatis causa” me remito.

Sentadas tales premisas, estando –como ha quedado explicitado- inmersa la problemática del menor de autos dentro de un sistema integral de protección de los derechos del niño, considero que es justamente dentro de tal marco regulatorio y no por fuera de él en que se ha de buscar obtener la mejor protección para la criatura en cuestión. Tal ha sido en mi concepto el proceder del Juzgador de la Primera Instancia al resolver la cautelar –ahora recurrida-

por lo que se Por lo tanto y en orden a lo establecido por los arts 3 y ccts., 4 y 35 inc. h y ccts. ede la Convención de los Derechos del Niño de la ley 13298 y decreto reglamentario 300/05, arts. 195 y sstes. del C.P.C.C. propongo a mis distinguidos Colegas desestimar los agravios en estudio y confirmar la resolución en crisis.

Por las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales expuestas, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI dijo:

Por análogos fundamentos dados por el Sr. Juez Preopinante Dr. Posca, adhiere al mismo votando también POR LA NEGATIVA.

Con lo que se dio por finalizado el presente Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS, VISTOS y CONSIDERANDO: Conforme la votación que instruye el Acuerdo que antecede, éste Tribunal RESUELVE POR MAYORÍA: 1) REVOCAR la resolución apelada en cuanto dispone la exclusión de la niña del hogar de los apelantes y ORDENAR su reintegro, posibilitándose con ello el status quo anterior a la medida cautelar apelada. A sus efectos y manteniendo la modalidad impuesta en la instancia de origen, el tribunal de grado deberá dar cumplimiento a la presente resolución, con intervención de la Señora Asesora de Menores e Incapaces interviniente y en labor conjunta con el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes y equipo interdisciplinario del Juzgado de Familia, confiándose al señor juez de grado las garantías que aseguren el cumplimiento de esta resolución, sin otros gravámenes que aquellos que por la naturaleza de la cuestión no se puedan impedir. Se insta a las partes involucradas – primigenios y actuales guardadores – a aunar esfuerzos a los efectos de que la revinculación de la niña sea lo menos traumática posible, preservándose con ello su interés superior. La necesidad de preservar la dignidad de los actuales guardadores en esta delicada misión de retornar al status quo anterior, exige la mayor comprensión y delicadeza, a los efectos de que la medida sea lo menos traumática posible para quienes han asumido con altruismo y vocación ejemplar, la difícil situación de una niña ya judicializada. (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 17.1, 18, 20, 21, 24, 25, 28 y 31 y cc de la Convención de los Derechos del Niño; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). 2º) SIN COSTAS, atento las particularidades del caso. (art. 68 segundo párrafo del CPCC). REGÍSTRESE. DEVUÉLVASE conjuntamente con las actuaciones reservadas en Secretaría a los fines que el Sr. Juez de grado las incorpore cuando estime corresponder.

[Establecer como Página de Inicio](#) | [Sugerencias](#) | [Envíe esta página por e-mail](#) | [Inclúyanos en sus favoritos](#) | [Términos del servicio](#) | [Políticas de privacidad](#) | [Copyright](#)