

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

-I-

Los magistrados integrantes de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra lo resuelto a fs. 163 (puntos b y c), confirmaron lo decidido por la Juez de grado que, en lo que nos interesa, dispuso el cese de la guarda otorgada oportunamente a la sra. M.R.S., en orden al inicio del trámite de adopción del niño M.G.G. por parte de aspirantes anotados en el registro creado al efecto (v. fs. 268/272).

Para así decidir, tuvieron en cuenta que aquella guarda provisional, fue decretada en función de un rápido egreso de M.G., a la sazón internado en la esfera del CONNAF, y con estricto carácter provisional, conforme lo prescripto por los artículos 39 y 41 de la ley 26.061 y 232 del Código Procesal. Señalaron que así fue discernido el cargo (v.fs.115), por lo que no se puede pretender ahora que esa guarda se oriente a la adopción, en tanto y en cuanto debió haberse dado cumplimiento previo al trámite previsto por la ley 25.854, según lo establece expresamente el art. 36 del decreto reglamentario nro. 383/05.

Concluyeron que, sin desconocer la tarea realizada por la familia B.-S., ni expedirse sobre sus condiciones para la admisión en el Registro (facultad ésta reservada a la autoridad de aplicación), las constancias del expediente comprueban objetivamente que al momento de pronunciarse el Tribunal, no se ha realizado la inscripción que consideran de rigor, extremo que obsta a la admisibilidad de su pretensión.

Contra dicho pronunciamiento, los sres. B.-S. interpusieron el recurso extraordinario de fs. 284/294. Lo pro-

pio hizo la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara interina, por la representación del niño, a fs. 273/281, cuya denegatoria de fs. 296/297, motiva la presente queja.

-II-

Alega la sra. Defensora que la sentencia impugnada recoge la normativa del artículo 317, inciso "a", segunda parte del Código Civil, pero omite considerar el informe presentado por el CONNAF a fs. 246/257, del que surge que el niño se encuentra integrado a la familia guardadora en el rol de hijo, con una historia compartida y un fuerte vínculo afectivo.

Reprocha que se han desconocido los derechos del niño, de dos años de edad, quien identifica a sus guardadores como padres, elemento éste que no puede ignorarse en el marco de su interés superior (art. 3ro. de la Convención sobre los Derechos del Niño), como tampoco se puede pasar por alto la lesión irreparable a su salud, que la separación de sus únicos referentes podría generarle, atento al derecho a la integridad psicofísica, también reconocido por el artículo 5to. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Manifiesta que, sin perjuicio de las medidas de excepción y provisionales que se dictaron por aplicación de la ley 26.061, los sres. B.-S. vienen ejerciendo una guarda de hecho respecto de M.G., casi desde su nacimiento, brindándole sus cuidados, al par de mantener un vínculo de cooperación con su familia materna, que ha confiado en ellos, otorgándoles el padrinazgo.

Observa que los juzgadores hicieron referencia a la provisoriedad de las acciones que contempla la ley 26.061, pero no advirtieron -con grave perjuicio para el niño-, que la prolongación de la guarda otorgada a fs. 110, generó lazos

Procuración General de la Nación

entre éste y la familia B.-S..

Aduce que en el mentado informe de fs. 246/257, el CONNAF hizo saber su desacuerdo con el temperamento asumido en primera instancia, dato que ha sido minimizado por los jueces de Cámara, quienes -no obstante haber hecho mérito del mejor interés de M.G.-, han restado trascendencia al vínculo significativo ya creado, lo cual torna arbitrario el pronunciamiento por desconocimiento o interpretación irrazonable de la prueba.

Afirma, en referencia a la inscripción registral previa, que no puede tomarse como requisito indispensable lo que en definitiva terminará por perjudicar al niño, siendo que la ley 24.779 no lo contempla entre los presupuestos para acceder a la adopción.

Acusa a la sentencia de excesivo formalismo, desde que remite con rigidez a contenidos reglamentarios, dejando de lado la relación nacida entre el niño y el matrimonio B.-S. (que los propios juzgadores reconocen), y propiciando una solución que veda el acceso a la verdad jurídica objetiva.

-III-

Acerca de la definitividad de la sentencia impugnada, estimo que no es menester abundar en mayores consideraciones, puesto que la índole misma de la medida atacada, de incidencia crucial en la vida actual y futura del niño, determina la configuración de un agravio no susceptible de ulterior reparación, que habilita la apertura del remedio extraordinario (doctrina de Fallos: 312:869, cons. 5to., y 310:2214, voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Jorge Antonio Bacqué cons.7mo. y voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi cons.6to. invocados en el primer fallo citado).

Por otro lado, corresponde señalar que el recurso

interpuesto resulta admisible, toda vez que las cuestiones propuestas conducen a interpretar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el artículo 3ro. de la Convención Sobre los Derechos del Niño; y la sentencia apelada es contraria al derecho que la recurrente invoca en apoyo de su pretensión (art. 14, inc. 3ro. de la ley 48) [v. doctrina de Fallos: 316:507; 322:2226; 325:165; 328:1740, entre muchos otros].

Finalmente, el principio que dicha norma prevé, la protección del interés superior del niño (que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso -doctrina de Fallos: 324:975, voto de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez; 328:2870, voto de los Dres. Carlos S. Fayt, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay-), ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que sirven de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48) [v. doctrina de Fallos 310:2306; 328:2870, voto citado].

-IV-

Establecido ello, cabe precisar en primer lugar, que la declaración de abandono que se efectuara en primera instancia no es objeto de discusión. Antes bien, -a diferencia de otros casos considerados por V.E.-, en este estado, no se plantea aquí una contraposición de intereses entre el grupo de origen y la familia postulante.

El debate nos coloca frente a otra cuestión (no menor), esto es, si la falta de inscripción en el Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (en adelante, RUA), por parte de los adultos convivientes -que ahora aspiran a la adopción-, obsta de modo insalvable a esa pre-

Procuración General de la Nación

tensión. Se reedita así en esta causa, una ardua y antigua polémica, que aún permanece abierta y que, con algunos aspectos análogos, ha sido considerada por V.E. en el fallo recaído in re "G. H.J. y D. de G., M. E. s/guarda preadoptiva" Nro. 1551, L. XLII, con fecha 19 de febrero del corriente año, que remite al dictamen de esta Procuración).

No puedo dejar de poner de resalto la singular relevancia de la materia, puesto que, de no aquilatarse en su justa medida, podría abrir una puerta para que -por la vía de los hechos consumados-, venga a desconocerse en la práctica, el andamiaje construido sobre todo, para poner algún tipo de coto a la circulación informal de niños, convertidos en verdaderos objetos de un mercadeo ajeno a la condición humana, o de oportunismos que ignoran las esperas, muchas veces penosas, de los demás. También lo tiene, de cara al ejercicio responsable de esa faceta primaria del deber protectorial del Estado, que es la prevención, encarada con el mayor rigor profesional, donde se valoren interdisciplinariamente los requerimientos del niño y las posibilidades reales de quienes aspiran a convertirse en su familia. Veamos:

-V-

Cabe recordar aquí que el RUA constituye una herramienta diseñada por la ley 25.854 -cuya constitucionalidad no se debate en este caso-, en función del mejor interés de una niñez desamparada, que como tal y por su accesoriedad, debe ser subordinada por el intérprete, a las exigencias de grado superior consagradas en los arts. 3ro. y 4to. de la Convención de los Derechos del Niño.

En esta línea, el art. 21 de dicho pacto, asume explícitamente la naturaleza propiamente tutelar de la institución adoptiva, atribuyéndole un contenido jurídico iden-

tificado con aquel interés; y compromete a los Estados partes para que esa sea la consideración primordial en la actuación concreta de sus organismos. Como ya tuve oportunidad de señalar largamente en un reciente dictamen (ver S.C. M. 2311; L XLII; del 21/11/2007), el concepto interés superior del niño constituye hoy día el prius determinante de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos fundamentales de la infancia (Fallos: 318:1269 cons. 10; 322:2701; 324:122).

En el referido contexto, corresponde señalar -tal como se hizo en el precedente G. 1551, L. XLII, antes citado-, la necesidad que las circunstancias imponen, de una solución normativa como la contemplada por la ley 25.854. El apartamiento de sus pautas debe abordarse, por lo tanto, con suma prudencia, dándole paso sólo en casos con características excepcionales, donde concurren motivos serios que lo justifiquen. De no ser así, al amparo de la convalidación posterior, caería también en saco roto este mecanismo del esquema prevencional, perpetuándose más fácilmente aún, el circuito que la ley quiso desterrar, ésto es, el de la entrega informal de niños; semillero de adopciones fallidas, tan perniciosas para la infancia.

Esta problemática nos conduce, entonces, al estudio del esquema implementado por la mencionada ley nro. 25.854, el cual -más allá de la relevancia que adquieren su existencia y la validez de las gestiones a cargo de registros nacionales o locales de adoptantes, en resguardo de las personas menores de edad-, no puede ser interpretado ni aplicado independientemente de las circunstancias fácticas y concretas de cada caso. Si así fuera, nada se habría avanzado con su puesta en marcha, sino que, de la mano de aquel precepto, se caería en un automatismo burocrático contrario a la esencia misma de

Procuración General de la Nación

la función jurisdiccional (ver doct.Fallos: 313:1223; 325:845; 292:211).

Como puede verse sin mayor esfuerzo, en este campo se juegan aspectos básicos de la vida de personas, de familias enteras y de nuestra sociedad toda, en tanto se pone en crisis un modelo de comportamiento asumido por la comunidad, a través de la norma jurídica, en un área en extremo sensible, cuya complejidad se incrementa aún más, no bien se piensa en las implicancias de otro quid, que es el de la autonomía de la voluntad.

La trascendencia del tema exige, reitero, detectar con esmero los distintos componentes de cada situación particular para sopesarlos en su conjunto, en coherencia con el fin protectorio que, como sabemos, es el norte indiscutible de la actuación estatal en materia de niñez. Precisamente, el ars propio de los jueces es la prudencia, que discierne lo justo con referencia al caso concreto (*bene judicat quid bene distinguit*; ver Fallos: 323:91; 328:2870).

Me parece, pues, a modo de síntesis, que -conforme a una recta exégesis constitucional del instituto-, la intervención del servicio de justicia en esta área, debe propender a rescatar el funcionamiento equilibrado del sistema, en pos de que, en esta parcela ciertamente crucial, operen las garantías fundamentales, sin eufemismos y con creciente vigor. En esa línea, estimo que -en lo que hace a la faz netamente registral-, los jueces han de indagar en cada situación, construyendo el relato en base a sus antecedentes particulares, con especial referencia al origen de la relación custodios-niño.

-VI-

Si recorremos ahora la historia de esta guarda,

veremos que los postulantes, han tenido contacto con M.G. y con sus parientes desde un principio, en un marco comunitario, en el que los vecinos parecen haber acompañado desde cerca a estos últimos, para sobrellevar las dificultades que presentaban en la crianza. Así es que se les defirió la guarda, en los términos de la ley 26.061 (art. 41 inc.a), lo cual implica un juicio preliminar acerca de la naturaleza cuasi familiar del vínculo. En ese contexto, nada autoriza a presumir un manejo espúreo en cuanto a la obtención de la custodia, en fraude a la ley.

Por lo tanto, dado que el niño ha permanecido ininterrumpidamente con ellos desde marzo de 2006 (ver fs. 115), y habida cuenta de los lazos creados, en principio positivos, una separación sustentada únicamente en el incumplimiento del requisito registral, no es un arbitrio razonable, que este Ministerio pueda avalar.

- VII -

Las reflexiones formuladas en los puntos IV y V, imponen -en razón de la naturaleza de la función que compete al Ministerio Público, en el marco del art. 120 de la Constitución Nacional y de la ley 24.946 (arg.art.25)-, formular algunas precisiones respecto de la calificación jurídica definitiva de la guarda meramente cautelar otorgada oportunamente.

En aquellos párrafos, nos hemos preguntado acerca del acierto de su cesación inmediata, cimentada en la falta de inscripción en el RUA; y, a la luz de la normativa de jerarquía suprallegal, hemos dado una respuesta negativa.

Subsiste, sin embargo, otra cuestión tan delicada como aquélla. Es que la determinación del lugar que tendrá en el mundo una persona que recién inicia su camino vital, cuya

Procuración General de la Nación

humanización depende casi por entero de esos padres elegidos por los poderes del Estado, representa un encargo social de un peso poco común. Como se colige fácilmente, el otorgamiento de la guarda preadoptiva, es un momento privilegiado de gran trascendencia sociojurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de ese imperativo irrenunciable que es la tutela de la infancia.

Recordamos más arriba que la labor de los jueces está signada por el mejor interés del niño. Al desgranar esa noción en este particular terreno, es preciso reconocer que -por respetables que puedan ser las expectativas de los adultos-, en el ámbito de la adopción, los Tribunales no están habilitados para fundar la elección de la futura familia, en ninguna otra consideración que no sea la necesidad del adoptando y la correlativa capacidad de los postulantes para responder a ese reclamo, para "hacerse cargo" cabalmente de esa vida en formación, con todo lo que ello supone.

Si reobramos ahora sobre el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, encontraremos allí una directriz que, aunque dirigida al proceso de adopción propiamente dicho, resulta necesariamente aplicable a la etapa introductoria del trámite. Allí se reserva la potestad de administrar el instituto a las autoridades competentes, las que deben determinar la viabilidad de la adopción, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables, y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que permita formar convicción sobre su procedencia.

Respecto de esta última pauta, la doctrina ha sostenido que el objetivo de la Convención, es asegurar que se reciba todo el material probatorio necesario para la construcción del juicio lógico de los jueces, que -en definitiva- se identifica con el juicio sobre la idoneidad de los postu-

lantes. Desde esta perspectiva, aún el principio dispositivo cedería, para dar paso a una actividad oficiosa, limitada -desde luego- por el principio de legalidad.

Parece necesario concluir, entonces, que una cosa es habilitar excepcionalmente a unos aspirantes, aún en defecto de la inscripción registral previa. Otra, bien distinta, es eximirlos de las evaluaciones técnicas específicas que deben llevar a cabo profesionales especializados en la temática, con el grupo familiar completo. Estimo que de permitirse esa licencia, se daría curso a un indebido privilegio, no ya en desmedro de la igualdad de trato respecto de quienes se han sometido al trámite legal, sino del bienestar mismo de los niños, expuestos innecesariamente por las instituciones a potenciales peligros, en un nivel indiscutiblemente crítico de su existencia (v.doct.fallo G. 1551, L. XLII, antes citado).

Esta senda de esclarecimiento previo no puede recorrerla el Tribunal en solitario, sin caer en arbitrariedad: El control de mérito, como se nota rápidamente y lo prevé el mismo texto normativo (art. 7mo.), es un ejercicio de naturaleza interdisciplinaria, que reserva a los jueces el examen global de esa producción técnica, así como la decisión final.

Ubicados en ese marco conceptual, advierto que en el expediente sólo se cuenta con informes parciales efectuados por un sector del CONNAF distinto al área especializada. Casi todos ellos, están orientados al seguimiento de una guarda común, y basados mayormente en datos que proporcionaron los propios interesados. Si bien estos elementos ilustran, en principio, acerca de un desarrollo positivo de la relación, a mi entender, no se les puede atribuir el valor de una evaluación integral, dentro del específico marco de la adopción. Accesoriamente, los antecedentes reunidos suscitan ciertos interrogantes en los que no se ha profundizado: Uno,

Procuración General de la Nación

en torno a las condiciones de los hijos biológicos de la pareja (ver esp. fs. 138 y fs. 252 segunda parte) . Otro, referido a la consistencia de la voluntad expresada a fs. 196, en cuanto a la capacidad real para sostener en el tiempo la certeza de ese proceso de "afiliación" del que se da cuenta a fs. 148, en su doble dimensión de respeto por la historia de M.G., y de aplomo, para que no se resquebraje el desempeño de los roles, ni la estabilidad que todo ser humano requiere para su desarrollo armónico (ver esp. fs. 145 primera parte).

Interpreto que los jueces deben realizar sobre bases sólidas su trabajo de apreciación de qué es lo más conveniente para el niño, con visión prospectiva; labor en extremo delicada, que no podrán cumplir responsablemente sin conocer, en lo que a ellos concierne, la realidad de todas las personas implicadas. Por eso mismo, estimo que el recaudo legal atinente al abordaje exhaustivo del chiquito y la familia postulante, por parte de especialistas en la materia, resulta un modo insoslayable -imbuído por las exigencias propias del orden público-, para garantizar mínimamente la regularidad del proceso adoptivo, en pos del cuidado de su protagonista, que es el adoptando.

Aconsejo, pues, que se mantenga la guarda simple conferida a fs. 110 y vta. a favor de la sra. M. R. S., condicionada al resultado de los estudios interdisciplinarios pertinentes (art.7 de la ley 25.854), que deberán completarse con la premura que exigen las circunstancias.

-VIII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, admitir el recurso extraordinario interpuesto, y revocar el decisorio, con los alcances enunciados.

Buenos Aires, 4 de marzo de 2008.

ES

COPIA

FIEL

MARTA BEIRO DE GONCALVEZ.

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2008.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M.G.G. en la causa G., M.G. s/ protección de persona —causa N° 73.154/05—", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la jueza de Primera Instancia resolvió, en la sentencia del 28 de septiembre de 2006, declarar a M.G.G., nacido el 10 de marzo de 2005, en situación de desamparo moral y material en los términos del art. 317, inc. a, segunda parte, del Código Civil, por parte de su progenitora Y.G., y, en virtud de ello, en estado de adoptabilidad. Dispuso, también, que, una vez firme el pronunciamiento, se requiriesen carpetas de adoptantes al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (en adelante, Registro Único), y se notificara al matrimonio B.-S. el cese de la guarda del menor que le había dado a S. el 28 de febrero del citado año. Esta guarda, concedida con arreglo al art. 41, inc. b, de la ley 26.061 y con carácter de medida cautelar, había tenido como propósito, según la sentencia, "garantizar el vínculo fluido con la familia de origen del niño con el fin de preservar sus lazos familiares, su identidad y lugar de procedencia". La resolución del 28 de febrero, a su turno, daba cuenta de que: a. los profesionales del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia habían considerado la posibilidad de que M.G.G. fuese restituido a su lugar de origen mediante su inclusión en el hogar del matrimonio B.-S., a quienes habían evaluado; b. la abuela materna del menor trabajaba para estos últimos, cuidando a los cuatro hijos que tenían, mientras que el abuelo materno trabajaba con B. y c. la familia B.-S. mantenía una relación diaria con la familia materna de M.G.G. que excedía el plano laboral, por ser un vínculo de

cooperación mutua entre todos sus integrantes. El mentado cese de la guarda, a su vez, se fundó en que, dado el total desinterés mostrado por la familia biológica respecto del niño, se habían agotado las posibilidades de generar la re-vinculación y reinserción de éste en el seno de aquélla, lo cual había constituido el objetivo perseguido mediante la guarda.

Disconforme con la sentencia reseñada, el matrimonio B.-S. dedujo recurso de apelación en procura de que fuese revocado el cese de la guarda y que ésta les fuese otorgada con vistas a la adopción de M.G.G. Después del dictamen de la señora Defensora de Menores e Incapaces, favorable al reclamo de los recurrentes, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior. Afirmó, en tal sentido, y no sin antes "destacar el esmero con que [B. y S.] han cuidado al menor [...] mientras se pretendía su reinserción", que la guardadora no podía pretender que la guarda que había sido dada como medida de excepción y de estricto carácter provisional, se transformara en una guarda con fines de adopción por cuanto, para ello, debía "necesariamente encontrarse inscripta en el Registro Único [...] (arts. 1 y 16 de la ley 25.854)", circunstancia que no se presentaba en el caso. Advirtió, al respecto, que la ley 25.854, creadora del Registro Único, estableció un sistema en el cual la autoridad de aplicación se encargaría de pronunciarse, admitiendo o denegando, la inscripción de los postulantes (arts. 1 y 8), y previó, como "requisito esencial" para obtener la guarda con fines de adopción, que los peticionarios fuesen admitidos en el registro (art. 16). Acotó que el decreto 383/2005 dispuso que los jueces nacionales en lo civil, con competencia en asuntos de familia, desde la entrada en vigencia de ese cuerpo legal, "sólo podrán otorgar guardas

con fines adoptivos a postulantes incluidos en la nómina de aspirantes admitidos del Registro [...]" (art. 36). En suma, si bien sostuvo que la "pauta rectora en la dilucidación de toda problemática que involucra a los menores" era el interés superior de éstos, y admitió "la trascendencia que tiene el vínculo significativo que —según resulta del informe de fs. 246/257— se ha desarrollado con esta guarda provisional", así como "la loable tarea que ha llevado a cabo el matrimonio [B.-S.] en la asistencia, protección y manutención" de M.G.G., juzgó que "de lo que aquí se trata es del cumplimiento de la ley que —también en clara protección de los menores en una situación de tal trascendencia como la de su adopción— reguló el registro único de aspirantes para guardadores con esos estrictos fines". La Sala, por último, dejó en claro que no se expedía sobre las condiciones que el matrimonio B.-S. pudiera reunir para su admisibilidad en el Registro Único, puesto que ello era una facultad reservada a la autoridad de aplicación. Cuadra señalar que del informe de fs. 246/257 citado por el *a quo*, surgen, entre otros datos, que, según lo relatado por la pareja B.-S., el menor ya había estado a su cuidado en diversas oportunidades anteriores a la concesión de la guarda, y que, con posterioridad a esto último, B. y S. resultaron los padrinos de bautismo del niño a la luz del instrumento acompañado.

Contra la decisión de la Cámara, los guardadores y la mencionada Defensora —en representación de M.G.G.— dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron denegados, lo cual motivó, por parte de esta última, la presentación de la queja *sub examine*.

2º) Que la queja, dirigida a cuestionar el cese de la guarda y a obtener que ésta le sea dada a B.-S. con fines adoptivos, resulta procedente toda vez que, como lo indica la

señora Procuradora Fiscal en el dictamen que antecede (punto III), el recurso extraordinario satisface los requisitos de admisibilidad que habilitan la apertura de esta instancia.

Por lo demás, ha tomado intervención el Defensor Oficial ante la Corte, el cual propicia el favorable acogimiento de la apelación federal.

3°) Que el Tribunal ya ha tenido oportunidad de señalar la relevancia del Registro Único. Así, en G.1551.XLII "G., H. J. y D. de G., M. E. s/ guarda preadoptiva", se hizo eco de algunos pasajes del Informe de las Comisiones de Justicia, de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, de la Cámara de Diputados de la Nación, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (luego ley 25.854), con el propósito de destacar los objetivos que, a juicio de este informe, perseguía la iniciativa: "[...] evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condición de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de la entidades no gubernamentales". También observó que la creación del Registro Único "será una central de datos para facilitar el trabajo del juez de la causa", y que, para el acceso al registro, los interesados debían reunir ciertas condiciones cuyo objeto era determinar su idoneidad para hacerse cargo de niños.

Con todo, no es menos cierto que, sin mengua de lo antedicho, tampoco omitió evaluar que el tantas veces mencionado requisito de inscripción "no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues se trata, como igualmente se expresa en el Informe aludido, de 'construir un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez'"

(sentencia del 19 de febrero de 2008).

4°) Que la doctrina últimamente enunciada no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados; tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste, lo cual "orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias [...] incluyendo a esta Corte Suprema" ("*S., C. s/ adopción*", Fallos: 328:2870, 2881 y 2892), mayormente cuando "proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos" (ídem, págs. 2881 y 2893).

Así lo expresa, de manera terminante, la Convención sobre los Derechos del Niño, que cuenta con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22): "[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1), orientación que ya contaba con los antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-1959, principio 2). Tal como lo ha puntualizado el intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención, el Comité de los Derechos del Niño, es asunto de que los Estados Partes tomen todas las medidas necesarias "para

garantizar la *debida integración* del principio general del interés superior del niño en todas las disposiciones legales así como en las decisiones judiciales y administrativas y en los proyectos, programas y servicios relacionados con los niños" (*Observaciones finales al informe inicial de Suriname, 2-6-2000, CRC/C/15/Add.130, párr. 28, itálica agregada, entre otros*).

Más aún; la citada Convención no sólo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (arts. 9.1 y 3, 18, 20.1, 37.c y 40.2.b.iii), sino que lo hace con una muy particular significación y alcances en la presente materia: "[l]os Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial" (art. 21). En palabras del mencionado Comité: "[c]uando se prevea la adopción, 'el interés superior del niño será la consideración primordial' (art. 21), no sólo 'una consideración primordial' (art. 3)" (*Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. 1, párr. 36.b*).

5°) Que, en esta línea de ideas, resulta evidente que el *a quo* ha terminado poniendo al margen de la solución del *sub discussio* a la Convención sobre los Derechos del Niño pues, no obstante haber enunciado su principio rector, el interés superior del menor, no realizó ninguna aplicación ni consideración concreta de éste para el caso de M.G.G. En efecto, aun cuando, según se desprende de la reseña formulada al comienzo, reconoció la extensa serie de circunstancias, tan vitales como prolongadas y valiosas, que unieron al menor con el matrimonio B.-S., así como los merecimientos a que éste resultó acreedor en ese vínculo, descartó toda posibilidad de que el interés superior de M.G.G. pudiera verse alcanzado

mediante la concesión al matrimonio B.-S. de la guarda del niño con vistas a su adopción, no por razones atinentes a dicho interés, sino por el solo motivo de la falta de inscripción de la pareja en el Registro Único.

Ello implicó, a la par, soslayar que, al enunciar el interés superior del menor, el art. 3 de la citada ley 26.061 advierte que debe respetarse el "centro de vida" de aquél, esto es, el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (inc. f), aspecto que en buena medida se corresponde con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (*Directrices de Riad*, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, 14-12-1990), de cuya directriz 14 se hizo eco la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto reza que "cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro" (*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002. Serie A No. 17, párr. 73).

La decisión apelada, en suma, ha olvidado que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño "estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las

medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (Comité cit., *Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, párr. 12, p. 365). Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar ("*S., C. s/ adopción*", cit., p. 2892).

6°) Que si bien las consideraciones que se acaban de formular conducen a que la decisión apelada deba ser revocada, no por ello cabe concluir, en el presente estado de la causa, que corresponde hacer lugar a la petición de que al matrimonio B.-S. le sea concedida la guarda con fines de adopción. El hecho de que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño imponga, en el presente caso, que la falta de inscripción en juego no constituya por sí sólo un motivo suficiente para impedir dicha guarda si ello entraña desatender al interés superior del niño, no implica pasar por alto que, en definitiva, no se han producido hasta el presente evaluaciones comparables con las requeridas por la ley 25.854 para determinar la aptitud adoptiva de B.-S. Bien expresa la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, que el otorgamiento de una guarda como la indicada es un momento privilegiado de gran trascendencia sociojurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere, según lo

dispone el art. 21.a de la citada Convención en términos atinentes a la adopción pero aplicables a la faz de la mencionada guarda, contar con "toda la información pertinente y fidedigna" al respecto.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Vuelva el expediente para que, por quien corresponda, se produzcan, a la brevedad, las evaluaciones necesarias para determinar la aptitud adoptiva del matrimonio B.-S. y, fecho, se resuelva sobre la guarda con fines preadoptivos de M.G.G. atendiendo al interés superior de éste. Mientras tanto, y en el carácter con que fue concedida, se mantiene la guarda dispuesta por la jueza de Primera Instancia. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-// -TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La presente causa se inició con una protección de persona solicitada por el Defensor de menores de primera instancia debido a la información que le remitiera el Hospital D.F. Santojanni el 5 de septiembre de 2005 (conf. fojas 3/8), dando cuenta del ingreso de un menor NN de sexo masculino de seis meses de edad, en situación de riesgo con curso de bronquiolitis y requerimientos de oxígeno (conf. fojas 29/31).

La médica interviniente describió que el niño nacido el 10 de marzo de 2005, ingresó al nosocomio con una persona que refirió haberse quedado a su cuidado, que más tarde llegó una joven que dijo ser la madre e insistió en retirarlo de la institución con una conducta de obstrucción al accionar médico y violenta para con él (fojas 10/11). Asimismo señaló, que una vez superada la afección, quedó a cuidado de médicos y enfermeros, dado que la progenitora se había presentado un solo día en el hospital sin regresar.

Por tal situación, ingresó al programa de Amas Externas del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (fojas 14), lo que siguió con una amplia evaluación de los abuelos maternos, abuela y tías paternas a fin de determinar si se encontraban en condiciones de ser guardadores del niño (fojas 47).

Los informes y evaluaciones producidos arrojaron un resultado negativo, motivo por el cual se consideró la posibilidad de incluirlo en el hogar constituido por S.-B., a fin de facilitar su regreso al grupo de origen ya que ambas familias mantenían una relación diaria y de vecindad debido a que los cuatro hijos menores de la pareja eran cuidados por la abuela de M.G.G. además de existir situaciones de cooperación

mutua entre todos sus integrantes (fojas 99/103).

2°) La juez de primera instancia destacó que el objetivo de la guarda efectivizada el 28 de febrero de 2006, cuando el menor contaba con 11 meses de edad, había sido garantizar un vínculo fluido con sus parientes consanguíneos, de ahí que fuese ordenada en los términos del artículo 41, inciso b) de la ley 26.061, con carácter de medida cautelar (fojas 154/163). Esto es, en forma excepcional, subsidiaria, por el más breve lapso.

Señaló luego, que una vez efectuada la entrega, la familia biológica se había desinteresado totalmente de la situación de M.G.G., lo que resultaba constatado por el hecho de que tanto su madre como su abuela se habían mudado sin dejar datos de sus nuevos domicilios.

Así las cosas, entendió que el niño se encontraba desamparado moral y materialmente por parte de la progenitora en los términos del artículo 317, inciso a) segunda parte del Código Civil (t.o. ley 24.779) y que en consecuencia correspondía declarar su estado de adoptabilidad.

El matrimonio a su cargo apeló esta decisión, oportunidad en la que solicitó que la guarda se transformase en preadoptiva (fojas 196), lo que contó con el apoyo de la Defensora de cámara (dictamen de fojas 262/267).

3°) La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dejó firme la decisión de la instancia anterior en cuanto al estricto carácter provisional y de excepción de la guarda dada al matrimonio B.-S. (artículos 39 y 41 de la ley 26.061 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo afirmó, que dado que en esos términos había sido discernido el cargo por la señora S., no podía pretender cambiar su objeto por el de la adopción ya que para ello debía necesariamente encontrarse inscripta en el "Registro Único de

Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos" (arts. 1 y 16 de la ley 25.854).

Expresó, que ese requisito esencial había sido corroborado por el decreto reglamentario N° 383/2005, que establece que los jueces "sólo podrán otorgar guardas con fines adoptivos a los postulantes incluidos en la nómina de aspirantes admitidos del Registro Único de Aspirantes con fines adoptivos" (artículo 36).

En función de lo expuesto y previo invocar el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el a quo resolvió corroborar el estado de adoptabilidad de M.G.G. y aclaró que dicha decisión no importaba desconocer la loable tarea del matrimonio B.-S. ni soslayar la trascendencia que tenía el vínculo desarrollado con ella. Empero, debía cumplirse una ley que para proteger a los menores reguló el registro único de aspirantes para guardadores.

4°) Contra dicha decisión, la Defensora de Menores de Cámara en representación de M.G.G. y los guardadores dedujeron sendos recursos extraordinarios (fojas 273/280 y 284/294) que fueron denegados, lo que motivó que la funcionaria del Ministerio Público presentara la queja bajo examen.

5°) La recurrente denunció que el órgano juzgador invocó en forma genérica la ley 25.854 y su decreto reglamentario 383/2005 sin examinar cuál era el interés superior del menor.

Destacó, que el fallo hizo referencia a la provisoriedad de las medidas que contempla la ley 26.061, con prescindencia de que el transcurso del tiempo y la ineficacia del sistema judicial, habían determinado la generación de fuertes vínculos y lazos familiares entre el matrimonio S.-B. y el niño.

Asimismo reprochó que no se respetó el centro de vida de M.G.G. violándose en el artículo 3 de la ley 26.061 que lo sindicaba como el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

6°) Los agravios traídos por la parte recurrente en representación del menor han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de la norma de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1), tal como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia de este Tribunal y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

7°) Los jueces que intervinieron en este pleito entendieron que la constatación del desamparo moral y material de M.G.G. por parte de la madre hacía necesaria su entrega en una guarda preadoptiva. Cabe revisar entonces, si tal decisión se apoyó en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente S.1801.XXXVIII "S. C. s/ adopción", fallado el 2 de agosto de 2005 (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño

que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene —al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias—, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Asimismo, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

Tales reglas hermenéuticas son la que deben regir la solución del caso, sin que resulte óbice que en la causa citada la controversia se haya suscitado entre la progenitora biológica y los guardadores mientras que en la presente la familia de sangre resulta ajena al conflicto, pues en definitiva, lo que se trata de interpretar tanto en una como en otra, es el "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que, al modificar radicalmente su inserción en un determinado grupo familiar, pueden alterar su modo de vida y causarle daño.

8°) Como ya se puntualizó, la sentencia dictada en autos declaró a M.G.G. en "estado de preadoptabilidad", por entender que había sido desamparado moral y materialmente por sus progenitores. Esta decisión fue justificada en las previsiones contenidas en el artículo 317, inciso a) del Código Civil, que alude a ese desamparo como presupuesto para el otorgamiento de la guarda sin citar previamente a los padres biológicos.

Ahora bien, cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al artículo 317 antes mencionado, ella no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que pue-

dan entrar en juego y que, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada en el considerando anterior, debe otorgar neta precedencia al primero.

En definitiva, los jueces deberán examinar, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, cuál es la decisión mas favorable para el desarrollo vital del niño, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes. Por otra parte, dado que dicho examen viene impuesto constitucionalmente, la interpretación de las cláusulas legales, tales como las contenidas en el Código Civil, debe dejar suficiente espacio para que ello pueda ser efectivamente puesto en práctica.

9°) Sin embargo, la juez de primera instancia no efectuó tal razonamiento ya que de la comprobación del abandono de M.G.G. por parte de la progenitora derivó su estado de preadoptabilidad sin hacer una evaluación en punto a las consecuencias que ello traía aparejado para la vida del niño, tal como ella estaba transcurriendo en realidad.

Dicha medida, que fue confirmada por la alzada significaba su entrega a un matrimonio distinto del formado por el de los S.-B., pues según lo aclaró el *a quo*, no podía acoger las pretensiones adoptivas de los guardadores en tanto no contaban con la inscripción establecida por la ley 25.854.

Ningún argumento se dio para justificar por qué la entrega a la nueva y todavía desconocida familia que adoptaría a M.G.G. sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad, limitándose la Cámara al falaz razonamiento de que, como el funcionamiento del Registro persigue el fin genérico de beneficiar a los niños en condiciones de adopción, necesariamente alcanzaba a la situación específica de M.G.G. Sin embargo, como se dejó expresado en el ya citado caso "S. C. s/ adopción", del 2 de

agosto de 2005 (Fallos: 328:2870), lo que es razonable admitir como beneficioso para el niño en general, puede no serlo para ciertos niños en particular.

10) De todo lo dicho, puede advertirse que el *a quo* no cumplió con la directrices sentadas por este Tribunal, pues ratificó una declaración con trascendentes consecuencias para la vida del niño sin brindar razón alguna fundada en el mejoramiento de su situación.

Dado que el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la ley 26.061) es potencialmente apto para inferir un trauma a M.G.G., debió haber justificado su resolución en que la permanencia con el matrimonio S.-B. generaría un trauma *mayor*, pero ninguna demostración se llevó a cabo en este sentido.

11) Por todo lo expuesto, 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 (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 3, inciso f, de la ley 26.061).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por **María Ernestina Storni, Defensora Pública de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G.**
Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Civil N° 106**

