

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 23 de abril de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Genoud, Soria, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lázzari**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 114.079, "G. , R. A. y C. , A.V. . Adopción".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 159 por la señora Curadora Oficial de Alienados (fs. 179/181).

Se interpuso, por la referida funcionaria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 183/189).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

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

1. En los autos caratulados "F. , S. M. s/ Insania" (acollarados a la presente), en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial n° 10 del Departamento Judicial de Mercedes, con fecha 6 de junio de 1996 se declaró la insania de la causante por padecer un "retraso mental discreto" y se nombró como curadora definitiva a la señora Curadora Zonal de Alienados (v. fs. 87 de los citados autos).

2. El 27 de octubre de 2003 S. M. F. tuvo una hija, S.F. . La niña fue trasladada al Hospital Noel Sbarra ya que su madre se encontraba internada en la Colonia Nacional "Dr. Manuel Montes de Oca" y no se podía hacer cargo de la misma (v. fs. 245, de la insania).

En abril del año 2004, en las presentes actuaciones -actualmente caratuladas "G. , R. A. y C. , A. V. s/ adopción", en trámite por ante ese mismo Juzgado Civil y Comercial N° 10-, se autorizó al matrimonio G. - C. a retirar en guarda a la menor S. F. del nosocomio donde se encontraba (v. fs. 6 y 12).

3. La Curadora Oficial de Alienados (en representación de la madre biológica de la niña) tuvo una activa intervención tanto en el juicio de insania de su

asistida como en el presente proceso de guarda y adopción.

Manifestó desde el inicio de las presentes actuaciones su oposición a que se otorgara a la menor en adopción "plena" (posición que mantuvo durante todo el transcurso del proceso dejando en claro que no se oponía a la adopción, sino que requería que ésta sea otorgada con carácter "simple").

Solicitó, además, que previa evaluación psicológica de la señora S. M. F. se facilitara el vínculo de la niña con la familia biológica a fin de preservar su derecho a la identidad y el mantenimiento de las relaciones familiares (fs. 4, 45 y vta. 141/142).

(Surge de la causa "F. , S. M. s/ insania" - acollarada a las presentes- que la progenitora de S.F. , aún antes de que naciera su hija, había expresado su deseo de salvaguardar el vínculo entre ellas con encuentros periódicos -v. fs. 248- reclamo que fue reiterado a lo largo del tiempo -v. fs. 356, del mismo expediente-).

4. El 26 de abril de 2006 el juez concedió la guarda preadoptiva de S. F. al matrimonio G. - C. (fs. 82 y vta.).

La Curadora Oficial interpuso recurso de apelación (v. fs. 99) del que luego desistió por entender que, si bien la sentencia de fs. 82 no había señalado su oposición a una eventual adopción plena (v. fs. 45 vta.),

lo cierto era que lo consignado en la parte resolutive del decisorio apelado no causaba agravio a su representada (fs. 104).

5. Con posterioridad, la jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda de adopción plena deducida, declarando a la niña S. F. legalmente adoptada por el matrimonio guardador compuesto por R. A. G. y A. V. C. (fs. 150/155).

En dicho pronunciamiento la jueza concluyó que la niña se encontraba en situación de desprotección y abandono a raíz de la discapacidad mental de su madre biológica, aunque destacó que dicha realidad no había sido provocada por una conducta consciente de la progenitora (fs. 150/155).

Por otra parte, desestimó el pedido de visitas oportunamente requerido por la señora Curadora Oficial, indicando que no existía en el caso relación familiar que mantener (v. fs. 154 vta./155).

6. Esa decisión fue apelada por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159, el recurso fue concedido libremente a fs. 159 vta. y a fs. 163/165 se presentó la expresión de agravios.

Sin embargo, la alzada declaró que el recurso de apelación había sido mal concedido tras considerar que "la señora Curadora Oficial Zonal de

Alienados no es parte en el juicio; por lo tanto carece de legitimación para apelar la sentencia" (fs. 180).

7. Contra dicha resolución la referida funcionaria, en representación de la madre biológica de la menor, dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció infracción a los arts. 18 y 31 de la Constitución nacional, 9, 2 y 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, lo prescripto en la ley nacional 26.061 y en la provincial 13.298 y 317 inc. "a", 321 inc. "b" y 325 del Código Civil.

8. La impugnación está limitada a determinar si el recurso de apelación de fs. 159 fue -o no- mal denegado.

a. En el presente juicio de adopción, posterior al trámite de guarda preadoptiva, el órgano jurisdiccional dio intervención a la representante legal de la madre biológica (v. fs. 135 y 157), lo que motivó las presentaciones de fs. 136/137; 138; 139/140; 141/142 y 150. Esta participación también fue requerida por los pretendos adoptantes, conforme surge de las presentaciones de fs. 156 y 158.

En ese contexto observo que la curadora nunca se opuso a la adopción sino que solo requirió que la misma fuera otorgada con carácter "simple" y que, respetando el derecho de la niña a la identidad y a las

relaciones familiares, se arbitraran los medios para que la menor pudiera tener vínculo con la familia biológica (v. fs. 45).

b. La decisión de fs. 82 no causó agravio a la aquí recurrente, pues en dicho pronunciamiento se otorgó la guarda preadoptiva, y la madre biológica -tal como señalé- no formuló oposición en relación a ello, sino solo respecto del carácter con que la misma debía ser otorgada.

Es por eso que la primera oportunidad que tuvo la recurrente de cuestionar el carácter con que fue concedida la adopción fue -precisamente- al interponer un recurso de apelación contra la sentencia obrante a fs. 150/155.

c. Si bien es cierto que el art. 321 del Código Civil establece que "En el juicio de adopción ... b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores..." y solo se encuentra prevista la citación de los progenitores en el proceso de guarda (conf. art. 317 inc. a), en las presentes actuaciones, ante la situación aquí planteada, debe considerarse a la recurrente legitimada para apelar la sentencia de adopción.

De lo contrario, el espíritu de la ley y las garantías constitucionales, sobre todo la de defensa en juicio, se verían notoriamente lesionadas (art. 18, Constitución nacional).

d. A ello aduno la permanente actividad procesal desplegada por la representante legal de la incapaz, en consonancia con lo dispuesto por la ley 26.657 de Salud Mental y las pautas que la norma establece con el objeto de restringir al máximo las limitaciones a la capacidad de las personas con problemas mentales, que son de orden público (arts. 3, 14 y ccs.). Y por otra parte, que en las presentes actuaciones, a pesar de la existencia de intereses contrapuestos entre la menor y su madre biológica, ambas han sido representadas promiscuamente por la misma Asesora de Incapaces (v. fs. 4, 13, 39, 49, 81, 110, 134, 144; arts. 59, 494 del Código Civil; 23 y ss., ley 12.061).

e. En conclusión, si bien en la especie la adopción de la niña no se discute y lo que queda por determinar es sólo la modalidad de la misma, la cuestión no es menor.

Del carácter de la adopción dependerá la vigencia o frustración de los derechos de una persona carente de plena salud mental, ello así no puede negarse a la progenitora de la menor -representada por la señora Curadora- la condición de parte legitimada para requerir la revisión de la decisión adoptada con relación a su hija (conf. arts. 4, 14 y cctes., ley 26.657 cit.).

9. Por consiguiente, el interés superior del

menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) y la incapacidad que aqueja a la madre biológica de la niña justifican en este caso una postura amplia al analizar la legitimación de la recurrente para apelar la sentencia de fs. 150/155.

10. Si lo que dejo expuesto es compartido, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, revocarse la resolución de fs. 179/181 que declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159 y, en consecuencia, remitir las actuaciones a la Cámara de origen para que nuevamente integrada proceda al tratamiento de los agravios planteados (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden dadas las características de la cuestión traída (art. 68, 2da. parte, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. En mi opinión, el recurso no puede prosperar.

De un lado, tal como señala el señor Subprocurador General en los párrafos primero a noveno del punto III de su dictamen de fs. 202/205, la recurrente no rebate idóneamente la solución adoptada por la Cámara, limitándose a invocar la supuesta contradicción del fallo sin hacerse debido cargo de la distinción legal en la que aquél se sustenta con base en lo dispuesto por el art. 321 del Código Civil, cuya validez constitucional no ha sido cuestionada.

De otra parte, por las razones expuestas en los párrafos decimotercero a vigésimo tercero del pto. III del citado dictamen, merecen desestimarse las quejas vinculadas a la violación del superior interés del niño y a su derecho de identidad.

2. Por los fundamentos brindados, que estimo suficientes a los fines de rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (art. 279 su doc. del C.P.C.C), voto por la **negativa**.

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

I. Me permito discrepar con la solución propuesta por el colega que abre este acuerdo, pues entiendo que la impugnante no demuestra las infracciones legales que denuncia, por lo que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído no puede merecer favorable

acogida (art. 289, C.P.C.C.).

1. En efecto, sostuvo la alzada con cita de los incs. "b" y "c" del art. 321 del Código Civil que el juicio de adopción se desenvuelve entre los adoptantes y el Ministerio Público de Menores, como únicos legitimados para el debate, sin perjuicio de que el juez pueda en dicho trámite oír al adoptado y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor (fs. 179 vta.); agregando que la exclusión de los padres biológicos como parte en este juicio adquiere razón de ser en su intervención y consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (art. 317 inc. "a", Cód. Civil; fs. 179 vta.). Luego, siendo que la recurrente, Curadora Oficial de Alienados, obra en representación de la madre biológica de la menor en proceso de adopción, no puede ser considerada parte en el proceso, careciendo por ende de legitimación para apelar la sentencia definitiva (fs. 180).

2. En su impugnación, si bien la recurrente no objeta la constitucionalidad de la norma actuada por la alzada, sostiene que en el proceso de adopción se le ha dado una intervención sustancial, corriéndosele vista de un dictamen de la Asesora de Incapaces (fs. 135, 141/2), permitiéndosele incorporar otros informes socio-ambientales (fs. 136/40) y notificándosele por pedido de los adoptantes

la sentencia definitiva de primera instancia (fs. 157/9), afirmando que no se la convocó simplemente para ser oída (fs. 186). Por otro lado, reprocha que las normas aplicadas para rechazar su legitimación procesal hayan sido actuadas prescindiendo del resto del ordenamiento jurídico vigente, omitiéndose considerar la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional, y las leyes 26.061 y 13.298 que estatuyen -alega- la obligatoriedad de adoptar las medidas para que los niños permanezcan en su familia biológica, evitando que sean desarraigados de sus padres sin justo motivo (fs. 187). Finalmente, invocando doctrina legal de esta Suprema Corte que reputa aplicable al caso, insiste en que la interpretación del art. 321 del Código Civil debe hacerse sin acudir a un ritualismo injustificado, en consonancia con los principios de subjetividad del niño y de su superior interés, teniéndose en cuenta el caso particular, con amplio criterio y considerándose la normativa de fondo en juego con las normas procesales y supra legales (fs. 187 vta.).

3. Sin embargo, la hermenéutica efectuada por el tribunal **a quo** resulta ajustada al derecho vigente en la generalidad de los casos (arts. 317 y 321, Cód. Civil).

De esta forma, habiendo mediado efectiva citación de los progenitores en el proceso de guarda con

fines de adopción y/o habiendo ellos brindado en tal etapa su pleno e informado consentimiento con dicho trámite, su intervención en el subsiguiente proceso de adopción ya no deviene imperativa, sino que dependerá del arbitrio del juez, quien los citará sólo si así lo estima conveniente en beneficio del menor (art. 321 inc. c, Cód. Civil). De modo que la citación y participación de los progenitores o sus representantes legales es requerida para que brinden su consentimiento con el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y en dicho proceso (mi voto en Ac. 63.120, sent. del 31-III-1998).

Y ello así salvo en aquellos supuestos en los que tal consentimiento ya no sea necesario, por hallarse internado el niño en un establecimiento asistencial y los padres haberse desentendido totalmente de él por el término de un año, o por haber colocado al menor ante una situación -constatada judicialmente- de desamparo moral o material evidente, manifiesto y continuo, o por haber sido los padres privados de la patria potestad, o por haber manifestado previa y judicialmente su expresa voluntad de entregar a su hijo en adopción (conf. art. 317, Cód. Civil).

Como he apuntado en el precedente mencionado, esta evolución normativa obedece al cambio visceral operado en los institutos de la adopción y la

patria potestad, en los cuales el superior interés del menor, cada vez más hegemónico, ha desplazado significativamente al de los progenitores.

Entiéndase por "interés del menor" al conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, que excluya toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. Ac. 63.120, cit.; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. Lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (conf. Ac. 66.519, sent. del 26-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002).

En la adopción dejó de tener vigencia el pensamiento de que ella "se inventó para consuelo de las personas a quienes la naturaleza negó la posibilidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado" (Escriche, Joaquín; "Diccionario Razonado

de Legislación y Jurisprudencia", París, 1890, p. 92, voz "Adopción"), para albergar un fundamento centrado casi exclusivamente en la protección del menor desamparado y su consecuente interés. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, han quedado relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso de adopción despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22; mi voto en Ac. 63.120, cit.).

Así, a partir de una clara diferenciación de los distintos motivos y fines que presentan los trámites judiciales anteriores al juicio de adopción y éste, la posible intervención de los progenitores del niño en unos u otro ha de recibir un ostensible disímil tratamiento.

Por un lado, es en el proceso de privación de la patria potestad de los progenitores, en el tramitado con miras a obtener una declaración de estado de adoptabilidad del menor cuyos derechos se encuentren vulnerados, o en el de guarda con fines adoptivos, donde los padres biológicos deben intervenir y cumplir un rol preponderante, garantizándoseles al máximo su derecho de

defensa en juicio (conf. Belluscio, Augusto "Ley de Adopción 24.779", Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 20/1), a los fines de que su participación en los mismos en calidad de partes los habilite no sólo a consentir plena e informadamente un posible destino familiar alternativo al biológico para su hijo, sino para debatir con amplitud las consecuencias jurídicas que deban seguirse de sus propios actos u omisiones, oponerse a la adopción, cuestionar su posible alcance, proponer guardadores de su hijo.

Pero una vez transitada dicha etapa, garantizada plenamente la defensa de sus derechos, constatado el desamparo y confiado el niño a otro grupo familiar, habiendo encontrado cabal contención dentro del seno de ese grupo, el esfuerzo de la sociedad, que opera a través del servicio de justicia, constituido en custodio inflexible de la licitud del traslado desde su familia de origen, pasa a estar enteramente dirigido a auscultar su ansiada integración en el nuevo ámbito así formado, con miras a la consecuente consolidación del vínculo afectivo - destinado a primar, incluso por sobre la fuerza de la sangre- que se va sedimentando aceleradamente con el paso del tiempo entre él y sus nuevos guardadores, que pasan así a obrar como delicados artífices de su desarrollo, entorno en el cual el niño edificará y dará marco a la forja de su personalidad conformando así su incipiente identidad

dinámica en la cual resulta -salvo que sea para reparar supuestos de ilicitud y restaurar consecuentemente el pleno imperio de la ley- harto temerario todo intento de generar extemporáneas intromisiones de un pasado que resulta imprescindible superar justamente en aras del superior interés del principal legítimo destinatario del favor social (arg. arts. 3, 9, 12 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño).

De modo que todo respeto por el derecho de defensa en juicio de los progenitores alcanza adecuado resguardo con su necesaria citación efectiva y eventual participación en calidad de parte durante las etapas procesales anteriores al juicio de adopción (conf. art. 317, Cód. Civil; en sentido análogo, Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", Universidad, Buenos Aires, T. I, pág. 439 y ss.).

A la vez que todo respeto por el derecho a la identidad del menor, que carece de significación decisiva para determinar la necesidad de citación de los progenitores al juicio de adopción, alcanza su satisfacción con la precisa individualización de la madre y/o padre en autos, la actuación del juez y las directivas contenidas en la ley, que se ha ocupado particularmente de este tema (arts. 321 inc. h y 328, Cód. Civil; mi voto en Ac. 63.120, cit.; v. asimismo compromiso asumido a fs. 133 por los

guardadores).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño abastece esta hermenéutica, confirmándonos su acierto. Pues conforme nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto los procesos de privación de la patria potestad (art. 306 y ss., Cód. Civil), como los tramitados en el marco de abrigos seguidos de prolongadas e irreversibles guardas institucionales o similares situaciones de abandono moral o material de los niños que culminan con las consecuentes declaraciones judiciales de su adoptabilidad (ley 13.298 y modificatorias), e incluso los subsiguientes procesos de guarda con fines de adopción (art. 317, Cód. Civil), cuentan con la necesaria intervención de los progenitores a los fines de que estos puedan dar a conocer sus opiniones, formulando planteos, ofreciendo y produciendo pruebas, eventualmente prestando pleno e informado consentimiento con los trámites, recurriendo las resoluciones que en su marco sean adoptadas y llevando adelante todos los actos procesales que estimen convenientes para la defensa de sus derechos, en los términos de lo previsto por el art. 9 de la citada convención con jerarquía constitucional (parágs. 1 y 2).

Luego, sea mediando la voluntad o consentimiento de sus padres, o cuando la autoridad

judicial competente haya determinado de manera firme, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que la separación del niño de sus padres resulta necesaria en su superior interés, o cuando se haya definido la identidad de los posibles adoptantes del niño y se les haya otorgado finalmente su guarda con tales fines, entonces la consolidación de un nuevo vínculo afectivo entre éste y aquellos ya no requiere una participación necesaria de los padres biológicos (arts. 20 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño), pudiendo ésta, por el contrario, hasta resultar inconveniente para su plena conformación.

En consecuencia, el costo emocional y la inestabilidad y consecuente zozobra que implica para todas las partes involucradas retrogradar la situación a los inicios, volviendo a escuchar a los padres de sangre en el proceso de adopción resultan demasiado elevados en función de los trastornos que el trámite de la nueva citación y eventual comparendo suponen para la estabilidad afectiva del menor, sin duda el más delicado valor a resguardar (arg. arts. 3, 9, 12 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño; 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22, 23 y ccdtes., Constitución nacional; 1º, 11, 15, 36.2 y ccdtes., Constitución provincial).

4. En autos, las circunstancias particulares

no alcanzan a auspiciar una interpretación distinta de las normas procesales y materiales aplicables.

Apenas nacida la niña, la progenitora y su Curadora Oficial tomaron la decisión de darla en adopción, a partir de los informes definitivos que indicaban la incapacidad materna para asumir su crianza (fs. 245 y ss., expediente de insania), sin que ningún otro familiar o la curadora hubieran ofrecido y/o asumido su cuidado o tutela (arts. 377, 390, 392, 480 y ccdtes., Cód. Civil), disponiéndose consecuentemente su alojamiento junto a sus actuales guardadores cuando la niña no había cumplido aún seis meses de vida (fs. 2, 4, 6, 11/2, abril de 2004).

Desde ese momento, bien que inicialmente por disposición judicial, la progenitora dejó de tener contacto con la niña, a quien no ha vuelto a ver hasta el presente, en el que la menor está por cumplir sus 10 años de edad (el próximo 27 de octubre de 2013), ni ha efectuado petición judicial alguna al respecto (más allá de las reiteradas solicitudes verbales que efectuara en ocasión de las visitas que le realizara su curadora, fs. 248, 338/40, 356, del expediente de insania). Desde ese momento, la niña ha estado viviendo con sus guardadores por casi 10 años.

Durante este decenio, la niña ha sido cobijada en el seno de la familia C. -G. en la ciudad de Moquehue (fs. 119/125), cohabitando asimismo con la madre

de la guardadora ("su abuela D. "), interactuando cotidianamente con sus primos y tíos, y a partir de 2008 con S. , "mi hermanita" -como S. la llama-, hija por naturaleza de los guardadores, con quien comparte sus días, juega y a quien cuida y adora profundamente (fs. 129/131).

Luego, justamente a la luz de las constancias de la causa, surge que la niña se encuentra adecuadamente integrada en la familia de sus guardadores, con vínculos bien consolidados, los que incluyen asimismo a su familia extensa, con frecuencia en el trato y afecto con primos, tíos, abuelos y muy especialmente con su nueva hermana (fs. 41, 43, 119/125, 129/131).

5. Por demás, cierto es que la progenitora - a través de su Curadora Oficial- manifestó en el procedimiento de guarda con fines adoptivos su consentimiento a que la niña fuera dada en adopción, bien que condicionado a que se salvaguardara su deseo de mantener un vínculo afectivo con la niña a través de encuentros periódicos, oponiéndose a que se otorgara a su hija en adopción plena (fs. 4, 45, 99, 136/7, 139/40, 141/2), mas el tipo de adopción a ser discernido en cada caso no depende tanto de la voluntad de los progenitores (o sus representantes legales) que prestan o subordinan su consentimiento a una u otra modalidad, aún cuando éstos padezcan -como en el caso- condiciones personales

(acentuada discapacidad) que lógicamente les haya tornado inimputable toda ineptitud para desempeñar las funciones maternas o paternas (conf. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378; arts. 54, 141 y ccdtes., Cód. Civil; Ley de Salud Mental 26.657), sino que depende de lo que concretamente sea lo más conveniente al superior interés del niño involucrado, considerándose desde su perspectiva, pudiendo el magistrado incluso apartarse de los requerimientos de los intervinientes para disponer el tipo adoptivo que mejor proteja los derechos e intereses del menor (arts. 20 y 21, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 321 inc. i, 325, 330 y ccdtes., Cód. Civil; igualmente el art. 4, ley 13.298).

En efecto, el proceso de adopción participa de los caracteres del inquisitivo civil, con un juez que no se encuentra sujeto al contenido de la petición u oposición deducidas, ni por el particular aporte de las pruebas que los sujetos pudiesen haber ofrecido, sino que debe velar por la tutela del bienestar del menor involucrado, pudiendo disponer el tipo de adopción que mejor represente sus intereses (en sentido análogo, Kielmanovich, Jorge, "Derecho Procesal de Familia", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pág. 135; entre otros), intereses que durante el juicio de adopción son tutelados por el Ministerio

Público -Asesor de Incapaces- en carácter de su representante promiscuo (arts. 59, Cód. Civil; 23 inc. 4 y ccdtes., ley 12.061).

6. Finalmente, en lo concerniente a la doctrina legal citada como presuntamente infringida por el decisorio impugnado, cabe observar que la misma resulta inatingente. Y sabido es que resulta insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa (conf. C. 93.439, sent. del 22-V-2013; C. 108.573, sent. del 2-XI-2011).

II. En suma, por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, doy mi voto por la **negativa**, con costas (art. 289, C.P.C.C.).

La señora Jueza doctora **Kogan**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la **negativa**.

El señor Juez doctor **Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votó también por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el

doctor Negri.

2. Las particulares circunstancias de esta causa impiden una férrea y cerrada división entre la etapa procesal que comprende a los padres biológicos y el niño, y la ulterior vinculada con el proceso en su relación con los adoptantes. Ello así, pues existe un elemento relevante que surge de las actuaciones que inclina mi convicción en el sentido aludido.

3. En autos, la Curadora Oficial peticona para su representada, M.F. , preservar las relaciones familiares a través de un régimen de comunicación con su hija (fs. 45 y vta.). Veamos la manera en que se ha **sustanciado y resuelto -si es que se ha resuelto-** esta alegación.

a) A fs. 48, la primera decisión del juez de familia consistió en proveer "que de lo expuesto por la Sra. Curadora Oficial a fs. 45 y de lo manifestado en el escrito de providencia córrese previa vista a la Señora Asesora de Incapaces" (fs. 48).

b) A fs. 49 se da intervención a la señora Asesora, quien solicita tener presente el expediente sobre insania seguido a la progenitora de la menor, en donde consta la discapacidad de esta última.

c) A fs. 80 vta., se corre vista a la Asesora conjuntamente con los autos caratulados "F. , S. s/

Insania".

d) A fs. 82 se concede la guarda preadoptiva al matrimonio C. -G. .

e) A fs. 99 la Curadora Oficial interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 82.

f) A fs. 104, la Curadora Oficial desiste del recurso. Textualmente señala que ha llegado al convencimiento de que "si bien la sentencia de fs. 81 no ha tenido presente lo manifestado por mi parte a fs. 45 vta. (la comunicación con la madre de sangre), lo cierto es que lo consignado en la parte resolutive no causa agravio a mi representada, y tendrá la oportunidad, en su caso, de replantear aquello, enjuicio posterior".

g) A fs. 139 vta. luce un informe de la Asistente Social que reitera el pedido de la madre de que su hija la visite en la institución.

h) A fs. 141, la Curadora Oficial vuelve a solicitar el derecho a comunicación con su hija al estar pendiente el pedido de fs. 45.

i) A fs. 150 se dicta sentencia en primera instancia, pronunciándose en forma negativa al pedimento de fs. 45/45 vta. (ver punto IV de la sentencia, fs. 155).

j) A fs. 179/180, en la sentencia de Cámara se delimita la cuestión en torno a que la madre biológica no está legitimada para actuar a esta altura del trámite.

4. En estas condiciones, se observa que el juez de primera instancia, en uso de sus facultades de director del proceso respecto del derecho de comunicación de la madre biológica con su hija, imprimió determinada marcha al proceso, postergando su decisión para una etapa posterior a fin de recabar mayores elementos de convicción a los efectos de formar su criterio. Luego, en la sentencia de primera instancia, se rechaza el pedido de visitas. Para ello sostiene que "el derecho de visitas se sustenta en la necesidad de mantener la solidaridad familiar, a los fines de impedir la disgregación de ese núcleo" (fs. 155). Y agrega que "en el caso que nos ocupa **esa relación nunca existió, ello de acuerdo se infiere de todo lo actuado en este expediente y en los autos sobre insania...**" (el subrayado me pertenece).

Frente a este desenlace, la Curadora Oficial interpone el recurso de apelación (fs. 159), el que fue concedido (fs. 159 vta.). La alzada, valiéndose de las derivaciones de la concesión de la guarda preadoptiva y la firmeza del decisorio, revoca la resolución de primera instancia que había admitido el recurso, cerrando el debate sobre el trámite impugnativo (fs. 179 vta./180). Así, se deja sorpresivamente fuera de revisión la decisión sobre esta otra parcela -la que deniega el derecho de visitas- conculcando las condiciones que deben cumplirse para

asegurar una adecuada defensa.

Ante la cuestión constitucional de defensa en juicio comprometida, que repercute en el derecho a su vida familiar (arts. 7 inc. b de la ley 26.657, 23 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y 9 de la Convención de los Derechos del Niño), se ha impedido a la madre biológica el derecho a participar con todas las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Const. nac., 15 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, reglas 7 y 8) y, de este modo, se ha cercenado el derecho de sustancia material del que es titular.

Ya advierte Aldo Attardi, en el año 1958, al marcar la correlación entre el derecho material y el procesal, que es indispensable partir del primero, porque por más vueltas que demos en reducir esta cuestión, el proceso no es sino el medio para la producción de determinados efectos jurídicos (económicos, sociales y axiológicos) a favor del titular de un derecho. Las normas materiales y no solamente las procesales, son las que deben ser llevadas a la consideración del juez de manera que se abre, por tanto, un sin número de posibilidades de que el

titular del derecho obtenga una sentencia, pues el proceso existe para que quien tenga derecho pueda conseguir su declaración y realización ("L' interesse ad agire", Padova, 1079, p. 72-3; ver mi voto en Ac. 84.102, sent. del 10-V-2006, C 104.149, sent. del 15-VII-2009).

5. Al estar involucrados en este proceso una persona con problemas de salud mental y una niña, ambos merecedores de protección, me permito hacer esta observación adicional.

La relación de la niña con su mamá biológica y la forma de insertarse con la familia adoptiva en la alternativa de comunicación no se corresponde al de un modelo único de familia, según el cual, desde el inicio, ella debe presentar ciertas características o condiciones esenciales o naturales que no pueden ser suplidas o corregidas con la ayuda o intervención de los órganos estatales para alcanzar algún tipo de relación familiar si de las propias circunstancias se exhibe la necesidad de apoyatura (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera, Marisa, quienes se explayan sobre el concepto de familia en construcción y las acciones positivas que corresponden al Estado en "Familia de origen vs. Familia adoptiva: de las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", L.L. 2011-F-225 y la cita en n. 6; C. 104.589, sent. del 16-XII-2009; C. 97.295, sent. del 21-III-2012; arts. 75 inc. 22 y

23 de la Const. nac. y 3 de la Convención de los Derechos del Niño).

El nudo gordiano de esta cuestión está en evaluar cuál es la mejor alternativa para la niña, para la formación de su personalidad. En todo caso lo que aquí está en juego -con la vigencia de los principios constitucionales e internacionales comprometidos- es resolver sobre la aptitud de una madre de relacionarse con su hija a pesar de su incapacidad y el impacto que ello tiene en alcanzar la mejor solución para la niña que ya está inserta en una familia adoptiva. Pero para ello es indispensable que el debido proceso legal abarque las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N 9, párr. 28).

Por las razones expuestas, voto por la **afirmativa.**

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

incoado, revocándose la resolución de fs. 179/181 que declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Curadora Oficial de Alienados a fs. 159 y, en consecuencia, se ordena remitir las presentes actuaciones a la Cámara de origen para que, nuevamente integrada, proceda al tratamiento de los agravios planteados (art. 289, C.P.C.C.).

Costas por su orden, dadas las características de la cuestión debatida (art. 68 2da. parte, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI EDUARDO NESTOR

DE LAZZARI

CARLOS E. CAMPS

Secretario