



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C 115.696 “A. G.M. Abrigo.
Recurso de queja”.

Suprema Corte de Justicia:

I. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza revocó el fallo de primera instancia y ordenó la exclusión de la niña del hogar de sus actuales guardadores (matrimonio A.-S.) y su reintegro a los primigenios (P. M.)(fs. 182/213 vta).

Contra tal forma de decidir se alzaron la señora Asesora de Menores y los señores guardadores D.A.y S.S.a través de sendos Recursos de Inaplicabilidad de ley (fs. 227/252 vta. y 254/263), los que fueron concedidos a fs. 266. con efecto devolutivo. Contra este aspecto de tal resolución la Sra. Asesora de Menores interpuso Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley (fs. 283/7 vta.) y el matrimonio A.-S.interpuso Recurso de Queja ante esa Corte (fs. 71/5 legajo de Queja). A su respecto ese Alto Tribunal decide -atento la naturaleza de los hechos controvertidos- requerir los autos principales y conferir vista a esta Procuración General con cita del artículo 283 CPCC. En ese marco paso a expedirme sobre los cuestionamientos de fondo.

II. Ambos recurrentes alegan, en síntesis, errónea aplicación de los artículos 3,4,9.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 5.1, 17.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos - incorporadas al texto constitucional a través del artículo 75 inc. 22-; de los artículos 18, 19, 31 y 75 inc 22 de la Constitución Nacional; 11, 12.2, 15 y 36 inc.2 de la Constitución Provincial, y de los artículos 1,18,20,21, 59, 264, 265 y stes., 306, 307, 311, 317, 318 y ccs; 897, 953 y 1044 del Código Civil. Invocan asimismo violación de la Ley Nacional 26061 y Provincial 13298 modificada por ley 13634, Decreto Reglamentario 300/05 y Resolución del Ministerio de Desarrollo Humano nro. 171/2007.

Concretamente alegan que más allá de la decisión de la Cámara de “reivindicar” el otorgamiento de la guarda de hecho - sobre la base de considerar la prevalencia de la autonomía de la voluntad, el ejercicio de la “patria potestad” y la aplicación analógica del instituto de la tutela-, no debe soslayarse el carácter esencial que asume **la garantía del debido proceso y el control de legalidad judicial** a fin de asegurar el resguardo del interés del niño – que no debe sufrir perjuicio alguno por tal decisión- así como el carácter lícito y regular que de la entrega.

En esta línea, se preguntan “¿qué sentido tendría prohibir la entrega directa de menores mediante escritura pública o acto administrativo, sino se interpreta que implícitamente prohíbe la entrega de menores, aun sin escritura pública ni acto administrativo(arts.316 3er párr.,318 y ccs. CC)?

Invocan en sustento de su pretensión la doctrina sentada por VE en causas C 104589 y Ac. 11357 en las que se sostuvo que “en nuestro ordenamiento legal no resulta posible la existencia de otros otorgamientos de guardas preadoptivas que no sean las judiciales (316, 318 CC) y, en el ámbito bonaerense, tal otorgamiento debe observar, como principio, el cumplimiento de los pasos previstos en el Acuerdo 2707/96, norma general, vigente y aplicable “...instituidas con la valiosa finalidad de garantizar la regularidad y conveniencia de un acto esencial para la vida de la menor” (sic). En idéntico sentido reproducen citas de autorizada doctrina (fs.236/7 y 258).

En segundo lugar denuncian absurdo en la valoración de los hechos y de las pruebas.

Sobre este punto adelantan que “resulta un absurdo pretender analizar los hechos fácticos desde el contexto parcial, **apartándose de algunas de las conclusiones elevadas por uno de los auxiliares de la justicia** (ver conclusiones de informe socio ambiental de fs. 158/9) y fundamentar la decisión en la conclusiones del informe psicológico efectuado al matrimonio P.-M. (178/9vta)” (fs 262) que, por otra parte se refiere al vínculo de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

éstos con la niña sin haber tomado vivencia del mismo porque nunca tomo contacto con la niña a solas o en forma conjunta con sus guardadores primigenios ni con los actuales guardadores” (fs. 262 Vta.)

Puntualmente expresan “no se pretende en el caso desconocer, por mantener una postura rígida, que la madre biológica no pueda elegir a los futuros padres adoptivos, lo que no se puede es (...) desviar la mirada respecto de la existencia de un interés económico de la madre biológica”. Ello en tanto el propio matrimonio P.-M. manifestó que “luego del nacimiento de G. nos ocupamos de buscar un lugar para alojar a la mamá biológica y a su hijo, le equipamos este lugar para que pueda tener una vida digna junto a su hijo..”, y la Sra. A. -en consonancia- expresó que “a partir del primer contacto –en un plaza en Mataderos- comienza a sentirse acompañada por ellos, ya que por lo avanzado el embarazo debe dejar de trabajar. Los señores le alquilan un departamento en San Justo –el domicilio es el denunciado por la Sra. P.- la acompañan con comestible y ropa -nunca dinero- (fs. 25/7). Que está trabajando hace 3 meses aproximadamente en el Club Huracán como personal de limpieza. Y que accedió a éste trabajo por intermedio de los Sres. P.-M.”.(fs. 168)

Tales circunstancias conducen a sostener que “la elección de la Sra. A. de los pretensos adoptantes no puede ser considerada como basada en sentimientos de confianza, conocimiento prolongado y/o afecto por las personas sobre las cuales recae su preferencia, dado que el conocimiento entre ellos se remonta a escasos 30 días antes del nacimiento de mi representada”. **No puede soslayarse, entonces, que en el *sub examine* la decisión de entregar a la niña obedeció al interés de obtener a cambio asistencia económica, trabajo, vivienda, etc.**(fs 260)

Es función judicial priorizar el superior interés del niño garantizando sus derechos – por sobre la esgrimida autonomía voluntad de la Sra. A.- dentro de una situación despejada de antijuridicidad, de la que adolece el *sub examine* en el que la elección de la madre se encuentra más vinculada

a su estado de necesidad que a la preexistencia de afectos.

“La voluntad de la madre biológica de dar a su niña en adopción no debe ser interesada, irreflexiva ni condicionada, debe estar provista de “verdaderos sentimientos de protección de su hija, con un conocimiento cierto, de confianza y afecto previo, mantenido en el tiempo, con las personas a las cuales la madre, mediante su abdicación de los deberes y derechos emergentes de la patria potestad, ha decidido entregar a su hija”, extremos que no se hallan acreditados en autos.

En sentido contrario se advierte “la irregularidad de la entrega efectuada por su progenitora que evidencia la existencia de una contraprestación como fue proveerle alimentos, conseguirle vivienda, trabajo, acompañarla al médico (seguramente comprar la medicación necesaria, etc.) lo que sin duda se encuentra alejado de la transparencia que requiere la entrega de una guarda pre adoptiva y del control de legalidad que precisamente se encuentra reservado a la autoridad judicial por la legislación vigente” (fs. 258).

Señalan -con cita en la doctrina de esa Corte- que la constatación y la valoración objetiva resulta fundamental con miras a determinar *in concreto* el superior interés del niño. Es decir, no sólo a los efectos de determinar si la decisión de la madre de abdicar a sus derechos y deberes emergentes de la patria potestad resulta reflexiva e incondicionada, sino también con el objeto de evaluar si esa decisión redundaría en beneficio del menor.

Sin embargo en autos se advierte que:

1. La alzada ha considerado que la decisión de la entrega de la niña por parte de su madre fue “sincera” sobre la base de la exclusiva valoración de las manifestaciones de las partes, es decir, teniendo bajo consideración la sola circunstancia de así haberlo manifestado la Sra A.

2. Destacan los quejosos algunas contradicciones que surgen de tales dichos. En tal sentido señalan que (a) “la Sra A.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

vive hace 3 años en La Matanza, sin embargo no puede brindar información sobre los domicilios ni datos o nombres de los supuestos amigos que menciona, nada manifiesta respecto de quienes podrán ser los padres de sus hijos, ni fue indagada al respecto(en contradicción por los prescripto por el art. 255)”; (b) que la Sra. A. manifestó que el matrimonio M.-P. le alquiló un departamento, luego la Sra. P. dice “que le alquiló un local” y luego la Sra. A. manifestó vivir en una habitación;(c) que si bien la madre biológica manifestó que recibió alimentos y ropa más “nunca dinero” (fs. 26), en la audiencia llevada adelante ante la alzada en fecha 31/5/2011 (fs. 168) manifestó haber recibido dinero, aunque seguidamente agregó “con fines de alquiler” (fs. 240);(d) que el matrimonio P.-M.expresa que la Sra. A. quería entregar a la niña porque “no deseaba responsabilizarse de sus cuidados y protección”, sin embargo en el marco de la misma audiencia señalada *supra* la Sra. A. manifestó haber decidido dar en adopción a su bebé con el deseo de mantener contacto con la niña, durante todo su crecimiento”. Al respecto ponen de manifiesto que, contrariamente a lo manifestado –y habiendo transcurrido casi un año- la Sra. A.no volvió a ver a su hija ni durante la guarda ejercida por el matrimonio M-P ni durante la ejercida por los recurrentes.(fs. 240, 241 y 244);(e) en oportunidad de ser citada la Sra. P. por el Servicio Local (fs. 3 y 4) ésta afirmó que “la Sra. A. había viajado a Misiones” a sabiendas, en realidad, de que ésta se encontraba trabajando en el Club Huracán (fs 246 vta.); (f) y, por último, la Sra. P. denuncia un domicilio como perteneciente a la Sra A., sin embargo al ser citada en ese domicilio por parte del Servicio Local, allí manifestaron no conocerla (246 vta y 247).

3. Conforme las manifestaciones de la Sra. A. “desde el tercer mes de embarazo **tomo conocimiento por terceros** de que el matrimonio M-P andaba buscando un chico”, y de acuerdo con las constancias de la causa, el conocimiento entre la madre y el matrimonio M-P se produce pura y exclusivamente como consecuencia de la proximidad del nacimiento de la niña, **el contacto se realiza al octavo mes de embarazo** y en una plaza de Mataderos –y no en algún domicilio- **y a tan solo 30 días antes de nacer G.**” (sic). “No puede decirse entonces como se dice en la sentencia que hubo un conocimiento previo con

el matrimonio(..)ni que se haya mantenido el tiempo necesario como para poder decir que realmente existía una relación de confianza y afectos entre las partes, cuando queda claro que se contactaron pura y exclusivamente en razón del embarazo” (fs. 241 y 244 y vta.)

4.La sentencia toma en cuenta la inscripción del matrimonio en el registro único y valora la intención de “legalizar” la entrega directa de la guarda de la niña a “veintes días del nacimiento de la misma”. Sin embargo, alegan, que la inscripción no ha sido sincera pues surge palmario que ésta ha sido efectuada con el objetivo de poder legalizar en sede judicial la irregular situación. Asimismo cuestionan el decisorio en tanto los jueces valoraron positivamente la conducta de haber querido legalizar la guarda cuando la niña contaba con apenas 20 días de vida, cuando en realidad hubiera correspondido que producida la entrega de la niña por parte de su madre al matrimonio a los dos días de nacida éstos hubieran comunicado inmediatamente tal situación.(fs.245vta.)

5.El trabajo en el Club Huracán no le fue dado apenas naciera la niña, sino luego de varios meses, cuando surgen los inconvenientes legales. De modo tal que resulta indudable, a su juicio, que las manifestaciones posteriores de la Sra. A. pudieron hallarse condicionadas por temor a “perder” el empleo.

En síntesis, sostienen, que las circunstancias que rodearon la entrega de G. no han sido claras. Las contradicciones e irregularidades no fueron advertidas o fueron erróneamente evaluadas por los sentenciantes en oportunidad de adoptar decisiones inconciliables con las constancias de la causa – vgr. al afirmar que “el control de legalidad se ve cumplido permitiendo verificar judicialmente que se **ha actuado con espontaneidad,con decisión desinteresada**”(sic). Este tipo de conductas, agregan, desestabilizan el Sistema Protectorio del Niño y contribuyen a crear desesperanza y descreimiento en la justicia.

Destacan, asimismo, que se aplica



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

erróneamente la doctrina de esa Corte que autoriza posibilidad de alterar el orden de los inscriptos en el **Registro Único de Aspirantes Guardas con Fines adoptivos** (creado por ley 25854) como fundamento para validar una guarda de hecho. (fs. 260/1)

En otro orden de consideraciones, agregan que “(...) basarse en el **tiempo transcurrido** o en los cuidados dispensados o en el afecto, es desconocer que en todos los casos se abre una compás de espera entre la situación provisoria y la adoptabilidad definitiva (abrigo, familias transitorias, hogares, guardas provisionales) en las que es lógico que se creen indefectiblemente vínculos y crezcan lazos de afectos (...) Pero ello no implica la existencia de un perjuicio (...), el perjuicio se produciría si se somete a G.M. a un nuevo desprendimiento de este otro vínculo creado con el matrimonio S-A (...) a escasos días de cumplir un año, lo que indica la adquisición de una madurez diferente en esta etapa que va desde los 6 a los 12 meses, a la construcción de un vínculo que fue evidenciado en la audiencia llevada a cabo en presencia de este Ministerio Público en fecha 26 de abril de 2011”(sic fs. 262) Refieren además la historia de abandonos que ha sufrido esta niña en su casi primer año de edad: en primer lugar fue abandonada por su padre biológico, luego por su madre biológica, posteriormente ha sufrido el desarraigo producido a raíz de la adopción de la medida de abrigo. **Se agravan por entender que el cumplimiento de la decisión impugnada supone un riesgo cierto de que la niña pueda verse afectada en su salud psíquica y en su desarrollo futuro, con consecuencias imprevisibles y eventualmente irreparables para ella** (fs.251).

Para concluir señalan -que “la voluntad de la elección de los guardadores de su hija por parte de la madre biológica, no es un derecho absoluto, tampoco un derecho personalísimo, pues tiene las limitaciones de las normas de orden público y del sistema institucional implementado por el Estado en aras de la protección de los derechos e interés superior del niño, en consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño..”(fs.237). Es

decir -en concordancia con lo expresado en el voto en disidencia- la problemática de los menores en general y de la niña G. a en particular se encuentra inserta dentro del marco regulatorio implementado –Sistema de Promoción y Protección de Derechos de los Niños- y no por fuera de él, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa” (fs. 231 vta.y 262 vta.)

En suma, se ha privilegiado la voluntad de la elección de la guarda por parte de la madre de la niña G., en detrimento de los derechos del niño, en contradicción con lo que imponen las normas al respecto. Pues, expresan “muchas madres deseosas de un hijo, en acciones anti-éticas y al margen de la ley, emprenden su búsqueda por caminos que tarde o temprano le habrán de crear sentimientos de culpa y generan ocultamientos y mentiras, **perjudiciales** para la niña”. Pues “la adopción es un actor amor, la forma en que un hijo llega al hogar marcará para siempre la futura relación materno-paterno filial y si es transparente será mas fácil, más sana y probablemente más feliz (...)”.(sic)

III. Considero que el recurso debe prosperar.

a) Sabido es que las cuestiones de hecho y apreciación de la prueba son privativas de los jueces de la instancia ordinaria, irrevisables, en principio en casación salvo supuesto de absurdo. Para que la Corte pueda revisar las cuestiones fácticas no basta con denunciar absurdo sino que es necesario demostrar de manera contundente que las conclusiones que se cuestionan son el producto del error grave, grosero y manifiesto que derivan en afirmaciones contradictorias o inconciliables con las constancias objetivas de la causa.(Ac 78396, sent. del 2-4-2003, Ac.56.910, sent. del 20-8-1996, Ac. 58.187, sent. del 4-3-1997; Ac. 78.281, sent. del 11-7-2001, muchos otros). En idéntico sentido ha sostenido VE que “determinar si concurren los presupuestos de la adopción constituye una cuestión de hecho (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003)” (SCBA, C 104730, sent. del 13-7-2011).

Adelanto mi opinión según la cuál en autos se ha logrado demostrar la existencia de tal vicio invalidante en tanto, a mi modo de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

ver, las conclusiones que se cuestionan se apartan de las constancias objetivas de la causa.

A continuación, para la mejor comprensión de la solución que propongo, detallaré sintéticamente los argumentos invocados por la Cámara para así decidir:

1. 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.

En este aspecto destacan que “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”(fs 208 vta).

2. Que la guarda de hecho otorgada por la madre biológica sólo puede tener reparos cuando es resultado de connivencia puesto que en ese supuesto su objeto será ilícito.

En sentido concordante sostienen que “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”(fs.188). Agregan que “Por supuesto que no hay que avalar sin mayores investigaciones (...) toda entrega de un niño por parte de los padres”(sic); que “la madre tiene derecho, **en determinadas circunstancias**,a elegir los futuros adoptantes (en tanto de la prohibición del art. 318 no puede inferirse que este igualmente prohibida la llamada guarda abierta)”(sic);que “la voluntad de la madre (eventualmente de ambos progenitores)**tiene que estar fundada en su falta de interés material, circunstancias que tranquilice las conciencias respecto de la**

inexistencia de tráfico de niño o compraventa de niños o desplazamiento de hijo por aprovechamiento del estado de necesidad de la madre u otras miserias que nuestro mundo aun no ha desterrado” (fs. 208 vta.)

Afirman los magistrados que “Nos alejamos de posiciones extremas y compartimos soluciones intermedias. **Excepto situación de connivencia**, participo de la idea de que la elección de la madre biológica respecto de los futuros adoptantes de su hijo, constituye un derecho a favor del infante, por aplicación del principio del interés superior. Es decir subordinamos, para hacerlo conciliar con el interés superior, 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”.(fs.184)

En esta línea expresan “...reivindicamos la intervención judicial(nota que tipifica el artículo 317 CC) pero valoramos la guarda de hecho como un antecedente a tener en cuenta si ha sido otorgada **sin vicios y especulaciones...**”(sic). En idéntico sentido “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 rastros del caso indican que la **voluntad ha sido expresada con convicción y desinterés...**”(fs.185 vta.)

Hacen hincapié en la necesidad de verificar que el consentimiento de la madre sea informado (conf. art 21 inc a CDN)-al respecto señalan que “ante apenas un atisbo de duda sobre al conducta de la madre, es decir,si ha mediado transacción, la permuta u otra especulación...es suficiente para indagar(...)”-. En este sentido el debido asesoramiento legal se impone de oficio, tal como lo ha dispuesto esta Sala al ordenar la intervención del Defensor Oficial”(fs.189)

3. La doctrina especializada ha relativizado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

la función del Registro cuando las circunstancias de la realidad se ensamblan con el superior interés del niño, es decir cuando el mantenimiento de su situación de hecho justifica la convalidación de la guarda.

En efecto “El control de legalidad subiste precisamente para verificar judicialmente que se ha actuado con espontaneidad y **con decisión desinteresada desde el punto de vista material** y en la creencia de que estas personas han de criar y educar de acuerdo a las posibilidades y orientaciones de 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”(fs.186 vta).

4. Que el interés superior del niño resulta un concepto fluctuante. En tal sentido, expresan que “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 afectivo y emocional, sin que pudiera afirmarse que 7 meses no es un tiempo apropiado para ello...”(fs. 202).

5. Que el juez debe preferir a los guardadores originarios respecto de quienes son ajenos al menor, cuando reúne los requisitos exigidos por ley. “No corresponde el cambio de guardadores idóneos por otros idóneos cuando hay una guarda preexistente de hecho, con opinión de la madre biológica, sin que se acredite que el mantenimiento del *statu quo* perjudica de modo concreto y no abstracto al superior interés de la niña” (sic).

6. “No debe olvidarse que en conflictos familia y en general cuestiones de interés social, **se amplía la gama de poderes del juez**” (fs.206)

7. Agregan que el hecho de encontrarse relacionados los primigenios guardadores con la madre biológica y haber comprendido la situación de ésta **contribuye a garantizar el derecho a conocer sus orígenes biológicos**, como parte integrante del derecho a su identidad. En ese

sentido destacan que “la intervención de los padres biológicos torna a la adopción como más confiable...específicamente **si han intervenido desde los umbrales donde los consensos no son un negocio jurídico sino el convencimiento que en esa realidad la madre toma la decisión crucial, desde sus fragilidades, para el bienestar del hijo** (sic) (fs. 207 vta.)

8. Asimismo señalan -en concordancia con jerarquizada doctrina- que “**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, en conciencia de sus derechos.** Este abordaje de campo, elemental si se quiere, ha de disipar prejuicios o presunciones que dan cabida a la guarda de hecho”.(fs.190 vta.) En consecuencia, la alzada ordenó medidas tendientes a tomar contacto directo con la niña, con las partes (fs. 83) así como la realización de informes socio-ambientales (fs.109 y 150) .

9. En última instancia, se trata de que “dos situaciones muy particulares y **contrarias** encuentren 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 valer un sistema por encima del interés de este niño.** Este caso merece una solución intermedia en salvaguarda de los derechos de G.(...) Dos derechos, ambos con entidad suficiente que deben ser valorados por el juez sin prevalecer uno en lugar del otro (...) es aquí donde el interés superior del niño y su amplio concepto ya expresado toman relevancia ya que el mismo es el que debe guiar la solución del caso, claro esta sin mengua de la seguridad jurídica” (fs. 205).

b). Conforme lo adelantara, en mi opinión, la prueba producida y valorada evidencia un desvío lógico en el razonamiento aplicado. Veamos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

1) Del pormenorizado desarrollo dogmático efectuado por la alzada se desprende la exigencia de un presupuesto clave: la necesidad de que la decisión de una madre –en este caso de la Sra. A- de entregar a su hijo sea libre, incondicionada, auténtica e informada. En palabras de la alzada debe tratarse de una “decisión **desinteresada desde el punto de vista material**” (sic), “fundada en **su falta de interés material**, circunstancias que tranquilice las conciencias respecto del...**aprovechamiento del estado de necesidad de la madre**” (sic).

Es aquí, precisamente, donde, a mi modo de ver, se produce el primer quiebre lógico de la sentencia, en tanto, la Cámara considera probada la “asistencia económica brindada por el matrimonio P-M a la Sra A quien se encontraba en un estado de pobreza extrema al momento de dar a luz”.

Al respecto el magistrado preopinante expresa “Voy a ser claro, la madre se encontraba a punto de dar a luz y sin techo, sin trabajo, sin alimentos (...) se agrava la situación familiar, económica y social de la progenitora al advertirse que ningún familiar estaba en condiciones de prestarle asistencia material y espiritual...(sic) (fs. 198 vta), y, por otra parte, expresa que el matrimonio P-M “se han ocupado de buscar un lugar para alojar a la Sra. A y se lo equiparon para que pueda llevar una vida digna junto con a su hijo”(fs 195).

Sin embargo, en oportunidad de examinar la adecuación de los hechos probados con las contundentes afirmaciones dogmáticas enunciadas, los jueces concluyen -dejando entrever un desvío lógico- que “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 *statuo quo*”. En definitiva, afirman “ la sinceridad de la guarda”(fs.196-99vta)

Para arribar a tal conclusión esgrimen que “**la ayuda**

que pudo brindar el matrimonio a la madre biológica..no constituye ninguna ventaja económica sino tan solo una asistencia elemental para remediar el cuadro de pobreza extrema de la Sra. A, quien carecía de vivienda y empleo; seguramente no disponía de obra social al tiempo que afrontaba la crianza de otro niño de 3 años de edad (fs. 196 vta) y que de conformidad con los propios dicho de la Sra A., “los señores **le alquilan un departamento en San Justo, la acompañan con comestible y ropa -nunca dinero- y hasta le consiguieron un trabajo en el Club Huracán**” (fs. 196 vta.).

A mayor abundamiento, señalan que “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...” (sic fs 198) y que “**Respecto de los hipotéticos beneficios que pudo recibir 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 una mercancía propia.” (fs. 197 vta. y 198).

Por último, en relación con el pago de alquileres, concluyen, “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” (sic) (fs.198 vta)

No advierto razones jurídicamente relevantes que permitan distinguir, como lo expresa la alzada en su razonamiento, entre ventaja económica o “**asistencia elemental para remediar el cuadro de pobreza extrema de la Sra. A**”, siendo, que a mi modo de ver, resultan situaciones idénticas desde el punto de vista de sus efectos jurídicos: **la entrega de una contraprestación económica** –vivienda, obra social, alimentos, ropa y trabajo- a cambio de la entrega en guarda de una niña, circunstancia que -huelga mencionar-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

se encuentra indiscutiblemente prohibida por la ley, como lo destaca el propio magistrado en su ilustrado voto. A mayor abundamiento cabe recordar que el artículo 2 del **Protocolo relativo a a la Venta de Niños, a la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño** (aprobado por ley 25.753) establece que se entenderá por venta de niños “ todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas otra a cambio de remuneración o de **cualquier otra retribución...**”-.

Asimismo me pregunto a qué circunstancias responde el calificativo de “hipotéticos” utilizado por el tribunal respecto de los beneficios referidos –vrg. vivienda, obra social, trabajo, alimentos y ropa, etc.-, que el mismo cuerpo ha tenido por efectivamente probados.

Más allá de los imprecisiones señaladas, considero que la alzada incurre en un desvío lógico en tanto considera configurado en la especie el presupuesto esencial para la aplicación de la tesis –a la que adhiera- centrada en la autonomía de la voluntad – es decir la existencia de una manifestación de **voluntad libre, espontánea y auténtica**- sobre la base de tener por probados, por un lado, el estado de pobreza extrema de la Sra. A al momento de decidir la entrega de su hija y, por el otro, los beneficios económicos que ha percibido por parte del matrimonio P-M a con quienes tomo contacto por primera vez a través de terceros durante el octavo mes de embarazo.

¿Qué otra razón esgrime el tribunal para justificar la elección del matrimonio P-M por parte de la Sra.A a quienes, insisto, ni siquiera conocía?

Sobre este punto ha destacado la doctrina “¿Se puede decir, que la entrega del hijo ha sido libremente determinada, cuando dicho acto se encuentra viciado por situaciones fácticas, que alcanzan ribetes de presión moral, al ser la empleadora quien elige el matrimonio ?¿O cuando por las gravísimas situaciones que les toca vivir, a cambio reciben vestimenta, alimentos para sus otros

hijos, o que se les abone el hotel donde residen hasta el momento del parto, o la clínica donde nacerá el bebé, o una suma de dinero o muchos otros ejemplos?” (sic) Más allá de sostener que la autonomía de la voluntad no rige en forma irrestricta en las relaciones de familia, cuando la consecuencia de los actos no es una mera acción privada si perjudica a terceros, **podemos afirmar que en estos casos no existe “autonomía”, ni “voluntad”, pues las mujeres que se encuentran en condiciones de extrema vulnerabilidad, sin opciones para conservar a sus hijos y a quienes se les “presentan” a los pretensos adoptantes, no están eligiendo.** Insistimos más allá del debate de si la mujer tiene o no derecho a elegir a quien ceder los cuidados de su hijo, en el estado de pobreza, vulnerabilidad y exclusión, **no puede sostenerse seriamente, que hay libertad, discernimiento y voluntad.** (...) Para detectar estos casos se debe efectuar una aguda lectura de los hechos acontecidos y **sólo debe ser admitida cuando se tenga la plena convicción de que la progenitora posee un real y anterior conocimiento del matrimonio.**” (Ventura Ana y Siderio Alejandro, *Desafíos en la definición en situaciones de riesgo que atraviesan los niños. Tiempos de evaluación y esperas. Cuidados transitorios. Elección de adoptantes*, El Dial, Suplemento Especial, 26-6-2011).

2. Del conocimiento previo.

Sabido es que la guarda de hecho en nuestro ordenamiento jurídico carece de regulación legal. Este vacío ha generado que la doctrina se dividiera entre quienes consideran que las guardas de hecho -no judiciales- se encuentren prohibidas (con múltiples y diversos argumentos, en especial vinculados con los arts. 316,318y ccs. CC) y quienes, en cambio, defienden la tesis de la autonomía de la voluntad –con fundamento en el artículo 19 CN, entre muchos otros-. A esta última adhieren los magistrados en la sentencia atacada. Sin embargo, es preciso destacar que aún quienes consideran que “la autonomía de la voluntad, con amplias limitaciones, no es ajena a la adopción” (Herrera Marisa, *El derecho a la Identidad en la Adopción*, Bs. As. de. Universidad, 2008, T I, p. 369) destacan que en el momento en que el juez decide convalidar o rechazar el pedido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

de guarda para adopción requerido por los guardadores de hecho deberá considerar como factor preponderante “la **relación previa** entre la familia de origen y la guardadora..”(sic) (Herrera M., op.cit.,p.376).

En la especie no sólo se advierte la ausencia del conocimiento previo y de la existencia de lazos de afectivos anteriores, sino que se encuentra acreditado que la Sra. A tomó contacto con el matrimonio P-M a través de un tercero y tan sólo un mes antes de dar a luz a la niña G., lo que evidencia, a mi modo de ver, una grave omisión que conduce, nuevamente, a conclusiones inconsistentes con el derecho invocado.

En efecto “de los dichos de la Sra. A. en la audiencia llevada a cabo ante la alzada en presencia del Sr. Defensor Oficial se desprende que “Desde los 3 meses de embarazo tomó la decisión de dar en adopción a su bebé pero con la condición de no perder contacto con su beba. Que **desde ese momento tomó conocimiento de la existencia del matrimonio P-M y de sus intenciones de adoptar 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...” (sic) (fs. 196 vta.). Extremo que se desprende de la propia demanda interpuesta por el matrimonio M-P a fs.12-15 en autos “A. G s/ Adopción”, así, como de la pericia ambiental agregada a fs. 156/8 del presente.

3. De la apreciación de informe ambiental de fs. 156/8.

Sobre este punto diré en primer lugar que a mi modo de ver no se encuentra justificado el apartamiento que efectúan los jueces respecto de las conclusiones de la pericia socio ambiental –ordenada por el mismo Tribunal como medida para mejor proveer (fs 107)- sobre la base de considerar que las mismas “escapan al marco de sus incumbencias”, limitándose, en su lugar, a apreciar la parte de la pericia relativa a la idoneidad del matrimonio P-

M.

Al respecto se advierte un desvío lógico en tanto a fs. 190 vta. se destaca la relevancia de tales informes a los fines de satisfacer “la necesidad de explorar las razones que condujeron a la entrega, de verificar “la autenticidad de su voluntad”, y luego se apartan de las contundentes conclusiones brindadas por la experta -vinculadas con la existencia de una voluntad condicionada, de una entrega irregular, etc.- mediante el único argumento de considerar que “las mismas escapan al marco de sus incumbencias”.

Enseña Lino Palacios que “la libertad judicial de apartarse de las conclusiones del perito no significa, desde luego, arbitrariedad. Aunque **el apartamiento** no necesita apoyarse en consideraciones de orden técnico, **debe fundarse en un análisis crítico de las opiniones del perito, confrontándolas con los restantes elementos de juicio obrantes en el proceso**”(Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, p.423, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 20va de.). Extremo que no haya configurado en la especie.

En tal sentido, cabe destacar que el informe ambiental agregado a fs. 156/8 refiere que “en el mismo momento en el que se frustra 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..”. (sic).** Señala que “el matrimonio P-M constituye un grupo familiar continente, que exhibe capacidad para la crianza de los hijos” y a continuación señala la necesidad de destacar que “(1)La Sra. P. manifestó que su intención es ayudar a la progenitora y a la niña, sin embargo no denuncia la situación en ningún organismo público que pueda asistir legal y/o socialmente a la Sra A.; y acto seguido se presenta solicitando la adopción; (2) “Se comprende (no se justifica) que el matrimonio en la búsqueda de su hijo (...) atraviesa una difícil situación emocional (reciente frustración del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

tratamiento, que tampoco se elabora terapéuticamente) e **inicia una forma irregular de adopción, minimizando los perjuicios tanto para la niña como para sí mismos en el presente y futuro**".

En síntesis, concluye la experta que "(...) 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 de esa familia adoptiva plantea un escenario lleno de incertidumbre y perturbación**(tanto para la niña como para los padres adoptivos) ante la posibilidad de que la progenitora en el futuro se presente reclamando la restitución u otra cuestión"(sic)

Sin embargo el razonamiento aplicado por la Excelentísima Cámara de Apelaciones al momento de apreciar esta prueba incurre, a mi modo de ver, en un vicio lógico toda vez que se remite al informe referido a efectos de respaldar conclusiones que resultan ajenas al mismo. A saber, los magistrados concluyen que " ...decidir sobre la conducta de los mayores con excesivo rigorismo... supone castigar a los adultos sin favorecer al niño, en tanto **no se advierte cuál es el perjuicio que con el obrar que se les imputa le causaron los guardadores a la niña.** (fs 201 vta y 202 y vta). **Basta para ello, la lectura de los informes ambientales** y psicológicos agregados a fs 156/8 y 173/9)". En idéntico sentido afirman que "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 del menor, el cual termina vulnerados in fundamento alguno. El caso **no se trata de valorar** cual de los dos matrimonios es mejor (..) **sino el menor mal para la pequeña, circunstancia que queda perfectamente respaldada por lo expresado pro los profesionales actuantes** y la doctrina mencionada" (fs. 205 vta.).

Sin embargo, una lectura detallada del informe ambiental indica con claridad que, por el contrario, el mantenimiento de tal situación

configura, en palabras de la experta, “un perjuicio para la estabilidad emocional de la niña”.

4. Por último estimo preciso destacar la contradicción que se exterioriza en la pieza atacada relativa la conducta del matrimonio P-M. Pues, por un lado los magistrados valoran “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” y por el otro se califica su proceder como anómalo e irregular(fs. 205 y vta.).

Más allá del vicio señalado, no resulta posible, a mi modo de ver, valorar positivamente una conducta que contradice la finalidad tenida en miras por el sistema legal vigente (1071 Código Civil), máxime cuando el principio de la autonomía de la voluntad – vigorizado en las relaciones entre adultos- debe sopesarse, en el caso, con el intervencionismo que los instrumentos internacionales de derechos humanos imponen con el propósito de asegurar la protección *especial* de la niñez(Conf. Convención sobre los Derechos del Niño en conc. con los arts. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10. 3del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17.4 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador,entre otros).

5. De la doctrina del *statu quo*.

Como vimos, la alzada invoca con carácter esencial la doctrina del *statuo quo* a favor del matrimonio P-M sobre la base de considerar el factor tiempo en tanto la niña G.M. ha transcurrido siete meses bajo su cuidado. En esta línea cabe la réplica de señalar que, de conformidad con las constancias de la causa, la niña G se encuentra bajo el cuidado de sus actuales



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

guardadores desde el 1 de marzo del corriente año, perdiendo, de tal modo, virtualidad el argumento invocado por imperio de las circunstancias fácticas.

6. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, estimo preciso recordar que a los fines de asegurar el principio del superior interés del niño –y en tanto no se hayan presentes razones que puedan eventualmente justificar un apartamiento excepcional- considero -junto con VE- que en el ámbito bonaerense deben observarse los pasos previstos en el Acuerdo 2707, norma general vigente y aplicable, “que ha sido instituida con la valiosa finalidad de garantizar la regularidad y conveniencia de un acto esencial para la vida del menor” (del dict. de esta PG en SCBA C 104.589).

En la especie, los recurrentes han dado cumplimiento a los pasos señalados (fs. 1/16 del legajo sobre actuaciones reservadas). La niña se encuentra acabadamente integrada a su núcleo familiar actual conforme las constancias agregadas a fs. 76/77 –así como el reciente informe que obra a fs. 1/2 correspondientes a las actuaciones caratuladas “A. G.M.s/Medidas Precautorias”- no advirtiéndose riesgo alguno que pudiera eventualmente justificar la traumática decisión de modificar su situación socio-afectiva actual, máxime considerando, como lo hacen los recurrentes, la historia de abandonos que ha experimentado esta pequeña en tan solo un año de vida.

Al respecto he sostenido en Ac.111.357 que “No me caben dudas que el régimen legal señalado merece en muchos casos ser excepcionado, pero la excepción debe ser administrada cuidadosamente evitando soluciones forzadas donde los niños se conviertan en objeto del interés de los adultos y se desnaturalice la finalidad de protección con la que fue concebida la adopción en nuestro sistema legal (RDF 2009-II, pag. 51)”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Máximo Tribunal Nacional al afirmar “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 [Y] incluyendo a esta Corte Suprema"(...)”(CSJN, G.M.G s/protección de persona, sent. del 16-9-2008).

Al respecto, insisto, no advierto en autos ninguna razón fáctica ni jurídica –conforme el análisis expuesto- que conduzca a la conclusión de que el superior interés de la niña G -entendido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso(conf. SCBA, Ac. 79.931, sent. 22X2003)” (SCBA; C104201, sent. del 25-11-09)- resulte mejor tutelado mediante la adopción de la traumática decisión de modificar el estado actual de la niña que se encuentra bajo el cuidado de sus actuales guardadores.

Por todo lo hasta aquí expuesto propicio a VE hacer lugar a los remedios extraordinarios interpuestos y que –con arreglos a los elementos de juicio señalados- se sirva componer positivamente la cuestión a favor del mantenimiento de la niña G.M.A. bajo el cuidado de sus actuales guardadores.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 14 de Septiembre de 2011.

Fdo: Juan Angel de Oliveira. Subprocurador General.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Área reservada para el contenido del documento, delimitada por líneas verticales.