

Dictámen de la Procuración General:

I. La Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Pergamino resolvió en fecha 28 de noviembre de 2014 revocar la sentencia de grado que decretó el cese de convivencia del niño P., A. con el matrimonio B-L y ordenó su entrega a la autoridad administrativa, manteniéndose en consecuencia, el statu quo del menor en el seno de la familia guardadora compuesta por el matrimonio B-L (fs.221/9)

Contra tal resolución se alza la Señora Asesora de Incapaces Departamental, Dra. A. A., a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 235/51 que a continuación paso a examinar.

## II. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Denuncia la quejosa violación y errónea aplicación de la ley y la doctrina legal, culminando en una absurda y arbitraria valoración de la prueba, en infracción a los arts. 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 11,12 y 36 de la Constitución Provincial; 3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849, art. 75 inc. 22 de la C.N.); 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Principios 2, 6 y 9 de la Declaración de los Derechos del Niño; 4 y 35 de la ley 13.298 y su decreto reglamentario 300/5; 321 de la ley 24.779; 195, 384 y concs. Del CPC. y C.; 18, 20, 21, 59, 264, 307, 316, 317, 318, 953, 1004 y concs. Del C. Civil.; 16 de la ley 14.528; y la doctrina legal sentada por la SCBA. en la causa C. 115.696 del 11 de abril del año 2011. También denuncia como violado el artículo 2 del Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y a la Utilización de Niños en pornografía que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

En relación con el absurdo denunciado sostiene que, sin perjuicio reiterada doctrina de la Suprema Corte según la cual la apreciación de cuestiones de hecho y prueba constituyen temas propios de los jueces de la instancia ordinaria y detraídos del ámbito de la instancia extraordinaria en tanto tal ejercicio no resulta irrazonable o absurdo (conf. SCBA. C. 105.460), en el caso de marras "... el Tribunal ha incurrido en absurdo, contrariando circunstancias comprobadas de la causa, al realizar una valoración de la prueba, que por lo desacertada resulta insostenible. Esto es así porque, no puede sostenerse que haya existido una manifestación de voluntad libre, espontánea y auténtica, en virtud del estado de vulnerabilidad y pobreza extrema que evidenciara la Sra. P. al momento de decidir la entrega de su hijo. A lo que cabe agregar, las contraprestaciones que recibiera -pago de gastos de traslado y transporte, alojamiento, estudios y controles médicos, internación, cesárea, etc.-, como quedó evidenciado en la audiencia celebrada ante el Juez de Familia (fs. 59/60).

Sobre este punto cabe recordar que esa Corte ha establecido que "la denuncia de la comisión de arbitrariedad o absurdo por parte de los sentenciantes ha quedado evidenciada a partir de circunstancias comprobadas en la causa en las que el desprendimiento del hijo a favor de personas determinadas ha sido motivado sin ningún vínculo afectivo previo". Este dato aparece incontrovertido pues toda la causa da cuenta de la nula relación existente entre la madre y los primigenios guardadores, que ni siquiera se conocían y fueron conectados por un tercero con la finalidad, precisamente, de recibir al menor. En estas condiciones lo único que queda en pie es la existencia de un arreglo de entrega del niño, del cual formaron parte prestaciones en especie. Por ello, cuando la Cámara afirma que la cesión ha sido fruto de la voluntad de la madre biológica, resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con solo la guarda de hecho y un plan de los pretensos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción. En este sentido, develado el real contexto en que se suscitó la elección por parte de la madre de los futuros adoptantes del hijo -el matrimonio L. B. - lo que pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega del menor, la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de

las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en el que también la familia que lo acoge está constreñida a respetar. Amen de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3,12, 20, 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Const. Nac.; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 in fine de la ley 26.661; conf. SCBA., C. 115.696, del 11/4/12)".

En tal sentido puntualiza que "... no sólo se advierte la ausencia del conocimiento previo y de la existencia de lazos afectivos anteriores, sino que se encuentra acreditado que la madre biológica tomó contacto con los pretendidos guardadores a través de terceras personas, cuando se encontraba cursando el cuarto mes de embarazo y recibió contraprestaciones, lo que evidencia una grave omisión que conduce, nuevamente, a conclusiones inconsistentes con el derecho invocado. Ello surge de la audiencia celebrada ante el Juez de Familia en presencia de la Defensora Oficial. La mera circunstancia de que la guarda del menor se haya instrumentado con la intervención de la Defensoría Oficial mediante un escueto acuerdo extrajudicial, no alcanza para darle la legitimidad que se pretende. Solo sirve para documentar que los interesados manifestaron haber llegado a un acuerdo sobre la entrega del menor para una guarda simple, cuando el niño tenía sólo 4 días de vida..."

En efecto se agravia la quejosa por la interpretación desplegada por la alzada departamental en orden con la interpretación del principio del interés superior del niño al sostener que yerran los sentenciantes al pretender invocar el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales en el proceso de adopción, considerando conveniente mantener el "statu quo" a favor del matrimonio B-L. En efecto, afirma que "En materia de adopción el cumplimiento de los procedimientos legales no importa un excesivo rigor formal, sino la forma con la que el Estado garantiza y vela porque el niño se emplace en la mejor familia posible cuando no hubiera posibilidades de permanecer con su familia (en particular art. 9 de la Convención de Derechos del Niño). A ello agrega que son precisamente las garantías constitucionales y el derecho a la tutela judicial efectiva del niño las que conducen a la quejosa a sostener que la decisión revocada por la sentencia en crisis evidencia al respeto por el interés superior del niño A. de conformidad con las pautas emanadas de la Observación general nro 14/13 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y de la CIDH en el renombrado caso "Fornerón vs Argentina" (fs.242/3)

En virtud de ello, considera que "... es claro que no puede tutelarse por el ordenamiento jurídico el statu quo originado en un acto contrario al procedimiento de adopción y lesivo del interés superior del niño que esta llamado a tutelar, máxime ante la no configuración de los supuestos de excepción previstos". Agrega además que "Debe tenerse en cuenta que los actuales 10 meses de convivencia se produjeron por la persistencia de los actores en desoir e incumplir las normas, los que además de pretender legalizar una situación a todas luces irregular e ilegítima, se profugaron 40 días cuando la resolución no les resultó favorable. Desconociendo de este modo el perjuicio que para este niño importaba llevarlo a esta situación, su superior interés, su dignidad, reconociendo su calidad de sujeto de derecho; poniendo como eje principal solo sus apetencias y deseos personales ( fs.244 ).

Por ello la quejosa alega que la sentencia cuestionada encuentra fundamento en argumentos falaces y contradictorios ( fs.244 vta y 245).

En particular alega que los magistrados actuantes utilizaron una falsa disyuntiva al contraponer la permanencia del niño bajo la guarda del matrimonio B-L y "el fantasma de la institucionalización", (fs.244 y vta.) en tanto en la resolución de grado sólo se dispuso que hasta tanto se resolviera la situación jurídica del niño en definitiva, éste debía quedar a disposición de la autoridad administrativa para que adoptara una medida de protección lo que no implica asumir, de ningún modo, la necesidad de recurrir a la institucionalización. En efecto los órganos administrativos se encuentran facultados para adoptar múltiples medidas y estrategias de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso, pudiendo acudir a la institucionalización únicamente como medida de último recurso y por el menor plazo posible. (fs.244 vta).

También señala que la decisión impugnada evidencia una interpretación falaz y contradictoria al valorar la conducta del matrimonio B-L pues, por un lado, resalta favorablemente su decisión de judicializar el conflicto con el propósito de encuadrar legalmente la guarda de hecho del niño y, por el otro, califica su proceder como irregular y disfuncional por haberse sustraído de los procedimientos legales diseñados para tal fin, para luego concluir, que no resulta posible castigar a los menores por la conducta de los mayores y que, en definitiva, la función judicial debe encaminarse a evaluar si las conductas de éstos revelan aptitud para continuar ejerciendo la guarda de hecho prohibida por la ley.

En tal sentido la quejosa se agravia también por considerar que tal afirmación también carece de asidero si se tiene en cuenta que, contrariamente a lo sostenido por el fallo impugnado, tampoco se encuentra acreditada su idoneidad en tanto si bien el matrimonio se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, su decreto de aptitud data del año 2009 y se encuentra vencido (fs. 246 y vta.).

En relación con la valoración de la conducta del matrimonio guardador, la Sra. Representante del Ministerio Público pone de relieve que éstos han omitido en oportunidad de la demanda describir adecuadamente las circunstancias fácticas en las que se produjo la entrega. En efecto, señala que en su relato se omitió consignar que “ (1) se trataba de una guarda puesta, sin conocimiento ni relación previa entre la madre biológica y los pretendidos guardadores, pactada cuando aquélla cursaba el cuarto mes de embarazo y a cambio de contraprestaciones; (2) que en el acta de nacimiento acompañada se consignó falsamente como domicilio de la madre el de calle Dr. A. xx de esta ciudad (que es precisamente el de los guardadores), cuando vivía en la Provincia de La Pampa y sólo estuvo en Pergamino por unos días con el único propósito de dar a luz al niño y regresar a su lugar de origen inmediatamente, ocultando el embarazo y el nacimiento a su familia de origen, sacándolo del ámbito donde pudiera determinarse su filiación paterna y relaciones parentesco (abuelos, hermanos, tíos, primos, etc; ver informe de fs. 172/176). (3) que esto fue realizado por la madre en condiciones de vulnerabilidad, con la complicidad necesaria de los guardadores quienes conocían la situación. Esta burda maniobra, tuvo como objeto desviar la competencia que le hubiera correspondido al niño según el domicilio de la madre, (art. 89, C. Civil), para desplazarla hasta un lugar lejano donde el nacimiento pasara desapercibido, denunciando domicilios falsos en búsqueda de tornar incierto su estado civil, de asegurar el resultado y disminuir los riesgos que el pacto prohibido traía aparejado” ( fs. 245 y vta)

A mayor abundamiento destaca que “no resulta posible valorar positivamente una conducta que contradice la finalidad tenida en miras por el sistema legal vigente (arts. 1071, C. Civil; y 16, ley 14.528 ); 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 integral de la niñez (conf. Convención sobre los Derechos del Niño en conc. con los arts. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del 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).

Sobre este punto señala que el artículo 318 del Código Civil prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo y el artículo 16 de la ley provincial de procedimiento de adopción nro 14528, siguiendo la decisión legislativa reflejada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también prohíbe expresamente la entrega directa de niños, niñas y adolescentes, dejando a salvo la posibilidad de que pueda verificarse judicialmente la existencia de un vínculo de parentesco ( art 611 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y/o un vínculo afectivo (artículo 16 ley 14528).

Al respecto sostiene que en la presente causa se ha evidenciado con el grado de verosimilitud necesario para la toma de la medida provisional, que estamos ante un caso de “chico puesto” por cuanto la declaración de la madre no dejó dudas en cuanto a que el

contacto entre ella y los pretensos guardadores fue pura y exclusivamente con la finalidad de concretar la entrega del niño, no existiendo entre las partes ningún vínculo: ni de parentesco, ni afectivo.

Sobre este punto también señala que el tradicional debate planteado en torno a la necesidad – o no- de prohibir la entrega directa de niños se encuentra actualmente superada por la decisión de política legislativa reflejada en la ley local 14528 y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de prohibir expresamente la entrega directa de niños con el objeto de evitar los casos de niños puestos por considerarlos prácticas contrarias a los compromisos internacionalmente asumidos, fundamentalmente, desconocedoras de los derechos fundamentales de los niños, al considerarlos como “una propiedad, una cosa que se adquiere, se oculta, se deposita, se traslada” (fs. 249). Sobre este punto destaca que la decisión del criterio contractual ignora el lugar del adoptado, habitualmente al niño o bebé, al excluir al Estado, que debe garantizar la protección de los derechos del niños, al margen de la “maniobra” (fs.249 )

En suma sostiene que “Todo este corpus juris de orden convencional, constitucional y legal, garantizan el derecho del niño al debido proceso legal en caso de tener que ser separado de su familia en pos de su interés superior” y que en la especie ello ha sido palmariamente violentado (fs.247 vta.)

### III. En mi opinión, el remedio intentado debe prosperar.

Inicialmente resulta preciso recordar la doctrina de VE según la cuál “Determinar si ha existido abandono del menor a los efectos de determinar su situación de adoptabilidad, constituye una situación de hecho inabordable -en principio- en la instancia extraordinaria, excepto cuando el impugnante logra demostrar la existencia del vicio de absurdo en la sentencia que ataca. Más tal carga del recurrente no queda cumplida por el planteo de su disconformidad con las pruebas recabadas y valoradas por el sentenciante.” (SCBA C 118234, sentencia del 3 de septiembre de 2014 entre muchas otras). En la especie, adelanto mi opinión según la cual se ha logrado demostrar tal vicio nulificante.

Concretamente considero que merece favorable acogida la impugnación tendiente a desvirtuar la conclusión a la que arriba la alzada según la cual se ordena “...no innovar en la actual situación convivencial, a fin de que el niño no sea objeto de otro desarraigo y evitarle así potenciales perjuicios (...)” ( fs.224 y vta y ccs.).

Para así decidir, la Cámara departamental tuvo en consideración, principalmente, los siguientes argumentos: 1) la madre contó con asistencia letrada de la Defensoría Oficial en oportunidad de otorgar el consentimiento para la entrega de su hijo; 2) que se trata de una guarda evolucionada al haber transcurrido casi 10 meses desde que el niño vive con los pretensos guardadores y que dicho cómputo de tiempo debe evaluarse en función del statu quo del menor y su mantenimiento y, por último, 3) que la idoneidad del matrimonio guardador se encuentra debidamente acreditada por los certificados de aptitud del Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

A mayor abundamiento, la sentencia en crisis resaltó que la promoción de la demanda por parte de los guardadores resultaba demostrativa de la voluntad de ingresar al sistema jurisdiccional para enmarcar legalmente esta guarda de hecho (fs.225).

Sobre la base de los argumentos desarrollados por la Cámara intentaré demostrar por qué, en mi opinión, se encuentra configurado el vicio de absurdidad endilgado.

1)Del consentimiento materno para la entrega.

a) Alcances. En primer lugar, considero que el argumento vinculado con la validez del consentimiento materno al momento de entregar a su hijo en adopción en virtud de haber podido contar para ello con asistencia letrada evidencia, sin más, el vicio endilgado, no sólo porque se muestra desprovisto de una razonable vinculación con los hechos de la causa sino porque desconoce de modo palmario las normas aplicables a la solución del caso.

En efecto, si bien nuestro ordenamiento legal admite la validez del consentimiento materno de entrega del niño en adopción -con determinados recaudos-, tal disposición no supone

reconocer la posibilidad de entregar al niño a persona determinada. Pues, una vez reconocido como válido el consentimiento materno respecto de la entrega de su hijo en adopción –es decir, sin que se verifique la presencia de vicios en la voluntad–, las normas establecen que la labor judicial debe orientarse a la selección de personas inscriptas en el REUNA a fin de asumir la guarda con fines de adopción del niño. Es decir, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, la entrega de un niño a una familia para que ejerza su guarda con fines de adopción deber ser estrictamente judicial.

En particular, resulta ocioso recordar que la modificación a la ley de adopción operada en el año 1997 mediante ley 24779 (texto vigente) introdujo como una de sus principales modificaciones el establecimiento de la guarda judicial, con el objeto de superar los problemas advertidos con las leyes anteriores en relación con las entregas directas de los niños.

Por ello el Código Civil establece en el artículo 318 la prohibición de la guarda mediante acto administrativo o escritura pública con el objeto de evitar precisamente la entrega de niños en guardas adoptivas fuera del ámbito judicial, como sucedió en autos.

Asimismo la exclusividad de la guarda judicial también se encuentra prevista en el artículo 316 del Código Civil, en el artículo 16 y ccs. de la ley 25854 que establece el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos -al que adhiere la provincia mediante ley 13326- y en la Acordada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires 3607/12 que establece el cumplimiento de los pasos previstos en el Anexo del Acuerdo instituido con la valiosa finalidad de adecuar el funcionamiento del registro a la normativa vigente sobre la base de considerar que el registro constituye un instrumento de trascendental importancia para resguardar debidamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ello se reafirma en los fundamentos del Proyecto de Reforma al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los que se expresa que “El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño (...) En suma los pretendidos adoptantes deben necesariamente estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos de cada jurisdicción, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los organismo de protección los que propone los mejores postulantes a las autoridades judiciales. Consecuentemente, se rechaza la práctica conocida como “pacto de entrega directa” materializada fuera de todo ámbito institucional que reduce a los niños y niñas a la condición de objetos de transacción -onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo mas o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos fundamentales” (destacado propio)

En esta línea, y tal como lo destaca la recurrente, la nueva ley de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires (14528) prohíbe de modo expreso la entrega directa de los niños por parte de sus progenitores. En tal sentido la ley 14528, –siguiendo los lineamientos introducidos por el artículo 611 Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado– establece que “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al Juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” (art 16)

Del texto de la ley provincial –que sobre este punto contiene cierta diferencia con el texto adoptado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación– surge con claridad que la prohibición admite como excepción la circunstancia de que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores. Ninguna de estas excepciones

se advierte configurada en autos.

De ello cabe concluir, en primer término, que las circunstancias fácticas que dan origen al presente conflicto no sólo contradicen la prohibición legal, sino que tampoco resultan justificables a la luz de las excepciones expresamente previstas en la norma – parentesco o conocimiento afectivo previo– .

b). Válidez. Por otra parte, tampoco puede sostenerse que la sola presencia de un abogado de confianza resulte un requisito suficiente para que los jueces de la alzada consideren como libre y voluntario el consentimiento materno que decide la entrega del niño en adopción. Esa forma de decidir implica pasar por alto la labor judicial tendiente a resguardar el cumplimiento de los recaudos formales así como la instancias de trabajo con la progenitora y su familia de origen a fin de conocer las posibilidades de ésta de asumir responsablemente el cuidado del niño.

En efecto ello implicaría resignar la función jurisdiccional en manos de un abogado de confianza como única garantía de la legalidad establecida con el elevado propósito de evitar que se autorice la separación de los niños de su madre y/o su familia de origen en virtud de la falta o escasez de recursos – en el caso, familiares y también económicos- lo que resulta expresamente vedado por la totalidad de las normas aplicables a la materia (conf. 5,9, 8, 19 y ccs.CDN; CIDH OC17/2003 párr.76 y ccs; arts. 9 y 34 ley 13294 y 7, 11, 33, 37, 39, 41, 41 y ccs. Ley 26061), en concordancia con las normas que establecen el correlativo deber del estado de adoptar, de conformidad con el máximo de sus recursos disponibles, medidas de prestación positiva para asegurar los derechos fundamentales, especialmente a aquellos grupos que se encuentran en situación estructural de vulnerabilidad (arts. 14 bis, 75 inc 22 y 23 de la CN; 36 y ccs. Const Pcial; 10 y11 PIDESC, 17 y 19 CADH; 4,8, 18 y ccs CDN; 4, 23, 28 y ccs. CPD, entre muchos otros).

Concretamente, el artículo 11 de la ley 14528 establece que “Los progenitores de un niño, niña o adolescente, que decidan autorizar la adopción, deberán manifestarlo (i) judicialmente mediante presentación, (ii) con patrocinio letrado, (iii) ante el Juez de Familia de su domicilio, (iv) munidos de la documentación que acredite el vínculo filiatorio y toda otra que resulte de interés. (v)Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento. Si antes de los 45 días de producido el nacimiento se presentare la madre y manifestare su voluntad de autorizar la adopción, se la orientará y se le prestará asistencia de acuerdo con lo establecido en esta Ley. Audiencia. El Juez de Familia fijará fecha de audiencia para ser realizada a los tres (3) días de recibida la manifestación voluntaria de autorizar la adopción. En dicha audiencia el Juez tomará conocimiento personal de los progenitores, indagará sobre los motivos por los cuales pretenden autorizar la adopción de su hijo, les informará sobre los efectos de la adopción y le arbitrará los medios para que se les brinde acompañamiento interdisciplinario. Asimismo, dictará medidas de protección que estime pertinentes y dejará constancia del estado de salud del niño. Cuando los progenitores fueren menores de edad, se citará además, a sus padres o representantes legales. Informes. Concluida la audiencia, el Juez de Familia dispondrá que, dentro del plazo de diez (10) días, se realicen estudios psicológicos, sociales, de salud e informes ambientales de los progenitores. Declaración de la situación de adoptabilidad. Recibidos los informes, el Juez dará vista al Fiscal e inmediatamente procederá a la declaración de la situación de adoptabilidad, si correspondiere.”(destacado propio)

Es decir, de los elementos de juicio agregados se advierte con claridad el incumplimiento de los recaudos establecidos por la ley.

En efecto, de las constancias obrantes se advierte que la entrega del niño se materializó mediante un acuerdo extrajudicial (fs.32) – que fue posteriormente ratificado en el ámbito judicial (fs. 59, 60 y ccs.)– , ante el juez del domicilio del matrimonio guardador y durante el denominado período puerperal, contrariando a las claras los recaudos legalmente establecidos con el propósito de reputar válida la decisión de una madre de entregar a su hijo en adopción, en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás pautas emanadas de los instrumentos de derechos humanos aplicables a la materia.

En particular, la norma que establece la competencia en el domicilio de los progenitores de conformidad con el artículo 89 del Código Civil opera como una garantía en pos del respeto de los derechos fundamentales a la identidad y a la vida familiar primordialmente en el ámbito de la familia de origen del niño, procurando garantizar la intermediación del juez con las circunstancias fácticas que dan motivo a la trascendente decisión que se adopta. En igual sentido, el reconocimiento legal de la figura del “plazo puerperal” desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia tiene por objeto preservar que la decisión de entregar a un hijo en adopción no se encuentre condicionada por las circunstancias psico-emocionales en las que se encuentra una mujer luego de dar a luz.

A mayor abundamiento cabe señalar que las circunstancias fácticas acreditadas en autos tampoco permiten concluir que la manifestación de la voluntad materna haya representado la expresión de una voluntad libre e informada. Concretamente las constancias obrantes a fs. 32, 37/40, 59/60 y ccs. y reproducidos parcialmente por la recurrente en esta instancia (fs. 236 vta, 237, 238, 245 y ccs) nos muestran elementos de juicio relevantes como para considerar no sólo que la voluntad materna no ha sido ni libre ni espontánea, sino que obedece a un acuerdo de voluntades pactado con la progenitora del niño en condiciones de extrema vulnerabilidad – adviértase que la Sra E. P. manifestó “querer dar su hijo en adopción por no tener dinero para pagar el alquiler ni para comer” (fs.59), ser madre de otros dos niños pequeños de 3 y 6 años, enterarse de que se encontraba cursando un embarazo recién al cuarto mes de transcurrido y desconocer el paradero del progenitor del niño al momento de tomar conocimiento, a través de terceras personas, del deseo del matrimonio L-B de adoptar a su hijo (59/60, 174/5 y ccs) . Incluso de su relato se advierte que el matrimonio B-L solventó todos los gastos referidos a los controles médicos de su embarazo en la localidad de Pergamino y le aportó lo datos de su abogada de confianza, Dra.P., encontrándose la Sra P. convencida de que sería ella quien “se encargaría de la presente situación” (sic) (fs 174).

Sobre este punto resulta ocioso recordar que uno de los objetivos –sino la finalidad misma– de la sanción de la novel legislación de la infancia radica precisamente en la necesidad de resaltar el rol del estado como garante de los derechos sociales de los niños, estableciendo a tal efecto un mecanismo administrativo-judicial de protección tendiente a garantizar la efectividad los derechos sociales de los niños con el objeto de que puedan crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen y no ser separado de ésta por razones vinculadas con la falta o escasez de recursos, como las que se expresan en las manifestaciones vertidas por la Sra P.

Tal como lo advierte la Sra Representante del Ministerio Público, debió señalarse “... la situación fáctica en que se produjo la entrega, ocultando que se trataba de una guarda puesta, sin conocimiento ni relación previa entre la madre biológica y los pretensos guardadores, pactada cuando aquélla cursaba el cuarto mes de embarazo y a cambio de contraprestaciones. A lo que cabe agregar que, en el acta de nacimiento acompañada se consignó falsamente como domicilio de la madre el de calle Dr. A. xxx de esta ciudad (que es precisamente el de los guardadores), cuando vivía en la Provincia de La Pampa y sólo estuvo en Pergamino por unos días con el único propósito de dar a luz al niño y regresar a su lugar de origen inmediatamente, ocultando el embarazo y el nacimiento a su familia de origen, sacándolo del ámbito donde pudiera determinarse su filiación paterna y relaciones parentesco (abuelos, hermanos, tíos, primos, etc; ver informe de fs. 172/176). Esto fue realizado por la madre en condiciones de vulnerabilidad, con la complicidad necesaria de los guardadores quienes conocían la situación. Esta burda maniobra, tuvo como objeto desviar la competencia que le hubiera correspondido al niño según el domicilio de la madre, (art. 89, C. Civil), para desplazarla hasta un lugar lejano donde el nacimiento pasara desapercibido, denunciando domicilios falsos en búsqueda de tornar incierto su estado civil, en búsqueda de asegurar el resultado y disminuir los riesgos que el pacto prohibido traía aparejado” ( fs.245 vta).

Dichas circunstancias evidencian a las claras el origen ilícito de la maniobra que tuvo por objeto al niño y que se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico ( Protocolo Relativo a la venta de Niños, prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la pornografía Adicional a la Convención sobre los derechos del NIÑO; “ CIDH, “Fornerón vs Argentina, sentencia de 27 de abril de 2011).

En otras palabras, surge palmario que A. ha sido objeto de maniobras ilícitas desplegadas por parte de los adultos al recurrir a vías ajenas al mecanismo institucional administrativo-judicial específicamente diseñado por nuestra legislación para asegurar los derechos del niño frente a estos actos y al carecer de algún vínculo de parentesco o afectivo previo que permitiera, eventualmente, evaluar la cuestión a la luz de la excepción legal autorizada por la norma.

Sobre este punto ha dicho esa Suprema Corte que “Como bien se observa en el dictamen de la Procuración General, quienes reconocen cierta injerencia a la voluntad de la progenitora en la elección de los futuros adoptantes de su hijo -cuestión no controvertida ante esta instancia-, tienen en cuenta, al momento de convalidar o rechazar el pedido de guarda requerido por los guardadores de hecho, la existencia de una relación previa entre la familia de origen y la guardadora así como la concurrencia de circunstancias que justifiquen tal excepción. Por otra parte, en tales casos no ha de mediar duda alguna sobre la transparencia del acto de entrega del menor. (...) En este contexto, no encuentro presentes razones que puedan justificar un apartamiento de los procedimientos diseñados por la legislación vigente a los fines de la guarda y posterior adopción, los que precisamente tienen por finalidad garantizar la juridicidad de un acto esencial para la vida del menor” (SCBA, C 155696, sentencia del 11 de abril de 2012).

En la misma línea ha sostenido esa Corte que “... en concordancia con el dictamen del señor Subprocurador General y la abundante prueba en que se apoya, estimo que la mayoría de la alzada cuando afirma que la cesión ha sido fruto de una voluntad, libre, espontánea y auténtica resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con solo la guarda de hecho y un plan de los pretendidos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción. Por el contrario, el ideario de la Convención de los Derechos del Niño -arts. 1, 3, 6.2, 9.1, 12, 20 y en especial 21 inc. 1- requiere, en el supuesto de una guarda de hecho nacida de una entrega de la progenitora a personas determinadas, que para hacer viable la adopción la intervención del Juez se concrete instando un proceso que atienda a todos los conflictos que plantea este modo de vinculación con el niño -autonomía de la voluntad, libertad, intimidad, identidad, injerencia estatal lícitas e ilícitas, el derecho a y/o permanecer en la familia de origen, el derecho a vivir en familia, la igualdad de oportunidades- (conf. Gil Domínguez, A. Fama, M.V.; Herrera, M.; "Derecho constitucional de familia", tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2006; Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad", T. I, ed. Universidad, 2008, p. 345 y sigtes; Giverti, Eva, "Adopción siglo XXI. Leyes y deseos", Sudamericana, 2010, p. 199). (...) En este sentido, develado el real contexto en que se suscitó la elección por parte de la madre de los futuros adoptantes del hijo -el matrimonio M. -P. - lo que pone en tela de juicio la sinceridad de la entrega de la menor, la justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoga está constreñida en respetar. Amén de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Const. Nac.; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 in fine de la ley 26.061). Es por ello que en función del mejor interés del niño y de dar efectividad al derecho a integrarse en otro grupo familiar a través de una familia inscripta en el Registro de Adoptantes (arts. 3, 6.2, 20 y 21 inc. a de la Convención de los Derechos del Niño; Observación N 17 del Comité de Derechos del Niño, punto 6 parte final), cuidadosamente evaluada y respetuosa de la ley, cabe revocar la guarda otorgada al matrimonio M. -P. y disponer la misma al matrimonio A. -S. . Con costas (art. 69, C.P.C.C.)” ( SCBA, C 115696, op.cit)

En virtud de estos señalamientos, considero que el argumento esgrimido por la alzada departamental vinculado con la legitimidad del origen de la entrega del niño en virtud de una manifestación libre y voluntaria de la madre por el solo hecho de haber contado con abogado particular repele los más elementales estándares de protección de los derechos de los niños que



nacen en familias cuyos integrantes pertenecen a grupos estructuralmente desaventajados.

2) Del tiempo de convivencia del niño con sus actuales guardadores. En segundo lugar, considero que identificar sin más el respeto por el interés superior del niño con el mantenimiento de la convivencia de A. con sus actuales guardadores supone avalar un reduccionismo legal intolerable para el ordenamiento jurídico establecido con la valiosa finalidad de regular esta delicada materia. Sobre este punto nos ha alertado el Comité sobre Derechos del Niño en su Observación general nro 14/2013 sobre el derecho del niño a que su superior interés sea su consideración primordial al recomendar que “que los estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para determinar y evaluar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos los mecanismos de evaluación de resultados. Los Estados deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o niños” (destacado propio).

En igual sentido sostuvo esa Corte que “... el encuadre de legitimidad y de regularidad por la actuación dentro del marco legal aportará una mejor construcción de la identidad subjetiva del niño para poder iniciar definitivamente su proceso de recuperación ante las difíciles situaciones adversas que le tocó vivenciar a lo largo de su corta existencia” (SCBA, C112185, sentencia del 11 de abril de 2011)

Asimismo resulta necesario destacar, como lo hace la quejosa, que la Corte Interamericana en el resonante caso “Fornerón vs. Argentina” (2012) destacó la necesidad de que la medida de separación de un niño de su familia se realice mediante el procedimiento adecuado, rodeado de las garantías judiciales, entre las que se señala concretamente la observancia de los requisitos legales. En tal sentido afirma que “no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”; “(...) que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro ...” y que “...la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble” (CIDH, Fornerón vs Argentina, 2012) .

3) De la idoneidad del matrimonio guardador. También considero que carece de asidero el argumento de la alzada departamental tendiente a reconocer la idoneidad del matrimonio guardador en virtud de la constancia que da cuenta del decreto de aptitud expedido por el REUNA. Ello en razón de entender, en primer término, y tal como alega la quejosa, que dicha aptitud se encuentra vencida, toda vez que data del año 2009 y no ha sido renovada; y en segundo lugar, por considerar que la GRAVEDAD de la conducta desplegada por éstos guardadores respecto del niño sustrayéndose junto al niño de la órbita de la justicia durante un plazo de 40 días sin que se conozca su paradero ( ver IPP 6830/2014 en trámite ante el Juzgado Garantías nro 2 de Pergamino – ver fs. 151/7,164/5, 208 y ccs-) con el propósito de incumplir la decisión judicial del juez de instancia, contraria a sus intereses, evidencia a las claras la presencia de serios obstáculos desde el

punto de vista de su idoneidad para asumir responsablemente el acompañamiento del proceso de adopción de un niño de conformidad con los elevados propósitos diseñados por las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente. Sobre este punto considero que el señalamiento efectuado por la Cámara respecto de dicha conducta al destacar tímidamente que “ para recorrer el camino de la juridicidad es de vital importancia para todos los protagonistas el respeto por las decisiones judiciales...” ( fs.225) evidencia, en mi opinión, otro grosero error de interpretación que priva al decisorio de fundamento jurídico, convirtiéndolo en la expresión de una decisión arbitraria.

4) Por último, me permito señalar que en mi opinión la sentencia impugnada también yerra en cuanto omite considerar las contundentes conclusiones obrantes en el informe remitido por la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la provincia La Pampa que luce agregado a fs 169/75.

Concretamente, del informe surge que “ Por su parte, E., luego de escuchar a los profesionales manifiesta estar en conocimiento de lo que estaba pasando con A. pero refiere estar segura del cuidado que la familia guardadora le brinda al niño y que de la presente situación se encargaría la abogada de la familia, la Dra P. Agrega que mantiene contacto telefónico de manera asidua con el matrimonio guardador, agregando inclusive que viaja periódicamente a la localidad de Pergamino a visitar a la familia L-B a los fines de saber y conocer como se encuentra A.”. También se advierte del mismo que “...de la entrevista se desprende el hecho de que E. realizó todos los controles médicos durante el embarazo en la localidad de Pergamino como así también la cesárea programada e una clínica de dicha localidad, solventando todos los gastos ocasionados el matrimonio LB. Informando además que dicho matrimonio tenía como representante legal a la Dra S. P. de quien aporta el teléfono (...) para que tomemos contacto y obtener información detallada sobretodo los trámites realizados, argumentando E. desconocer que lo tramitado era ilegal...”(fs.174)

Por otra parte, de la entrevista efectuada surge que “Cuando se le plantea a la progenitora la posibilidad de que A. sea incorporado en alguna institución de internación alternativa que considere el servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la localidad de Pergamino, hasta tanto se defina la situación irregular por la que atraviesa, la misma manifiesta que de no quedar A. con la familia guardadora, ella estaría dispuesta a criarlo porque no quiere que crezca en esas instituciones, entendiendo que debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos; pero no pudiendo referir el cuidado de su hijo desde un lugar fraternal y atravesada por el amor, cuidado, etc” ( fs.175 destacado propio).

Por último estimo preciso destacar las manifestaciones vertidas en el informe por parte del abogado de la institución en oportunidad de comunicarse con la apoderada del matrimonio B-L, según las cuales “ .. la Dra. P. manifestó tener conocimiento del lugar donde se encontraría el niño A. P. junto con sus actuales guardadores, pero que de ninguna manera permitiría que el niño sea institucionalizado y que solo colaboraría con la orden emanada del poder judicial en el caso de que A. pueda volver con su madre o algún familiar biológico...” (fs.176)

5) En suma, considero que la sentencia de la alzada desoye a las claras el mandato establecido por la Corte Interamericana en el caso “Fornerón” en cuanto señala la necesidad de suprimir las normas y las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención u obstaculicen el ejercicio de los derechos allí previstos, y que, consecuentemente, corresponde a ese Máximo Tribunal revertir lo decidido con el objeto de alcanzar una decisión judicial que resulte capaz de efectivizar la observancia de dichas garantías (ver apartados a) y b) del párrafo tercero, punto ii)).

IV. En virtud de estas consideraciones estimo pertinente propiciar a VE que se haga lugar al recurso por considerar acreditado el absurdo endilgado y se remita el expediente al Tribunal interviniente a fin de que proceda con urgencia a adecuar el procedimiento a las pautas señaladas.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 26 de marzo de 2015

- María del Carmen Falbo