

CSJ 4387/2015/CS1
S., M. A. s/ art. 19 de la
C.I.D.N.

MENORES - CONSTITUCION NACIONAL - CORTE SUPREMA - INTERES
SUPERIOR DEL NIÑO - TRATADOS INTERNACIONALES

La consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

MENORES - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - INTERES
SUPERIOR DEL NIÑO

El niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto tal como se lo contempla, en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén

involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3º, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO - ADOPCION

Todo niño tiene el derecho de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores, sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, 'la verdad biológica' no es un [dato] absoluto cuando se relaciona con el

interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño" (conf. considerando 6° del voto de la mayoría en Fallos: 328:2870, voto del juez Maqueda en Fallos: 330:642 y 331:147).

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO - ADOPCION

No puede obviarse que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento -por aproximadamente 10 años- y desea continuar viviendo según lo expresado.

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2018.

Vistos los autos: "S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N."

Considerando:

1°) Que el 19 de agosto de 2008 los padres de M. A. S., quien por entonces tenía quince años de edad, denunciaron ante el Juzgado de Garantías del Joven n° 1 de Moreno, Provincia

de Buenos Aires, que su hija cursaba un embarazo de siete meses como consecuencia del abuso sexual cometido por la ex pareja de una tía materna.

Después de encomendar la realización de un examen médico y psicológico a la menor de edad y de mantener una entrevista personal con ella, oportunidad en la que la joven manifestó su deseo de dar en adopción a la niña por nacer, la magistrada ordenó que, ante la internación de M.A.S., le practiquen una operación cesárea en el Hospital Posadas, hecho que tuvo lugar el 23 de octubre de 2008, y así como la posterior internación de la recién nacida en el servicio de neonatología por no resultar favorable la vinculación con su progenitora, lugar en el que permaneció hasta su ingreso al programa de Asociación Familias de Esperanza el 14 de noviembre de ese año.

Con fecha 29 de diciembre, la madre y la abuela de la niña M.S. ratificaron el deseo de darla en adopción en la audiencia judicial prevista por el art. 317, inc. a, del entonces vigente Código Civil y el 30 de enero de 2009 la jueza encomendó su guarda provisoria al matrimonio H.- M. Finalmente, el 12 de julio de 2010 decretó su estado de desamparo y situación de adoptabilidad, decisión que fue apelada por la abuela materna, por sí y en representación de su hija aún menor de edad (cfr. fs. 23; 59/62; 68 y 86/103 del expte. principal; y fs. 69/69 vta. desglosada y agregada a fs. 37 del expte. 9044 "S.M. s/ medida de protección").

2º) Que la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes declaró

la nulidad de todo lo actuado hasta el dictado de dicha sentencia, inclusive, en el entendimiento de que el proceso estaba viciado por tres motivos: a) la joven progenitora no había actuado representada por ambos padres (art. 264 del Código Civil); b) tanto ella como su madre no tuvieron la asistencia letrada obligatoria durante el procedimiento hasta la presentación de fs. 83 (art. 27, inc. c, de la ley 26.061); y c) los actos procesales por los cuales M.A.S. había expresado la voluntad de entregar a su hija carecían de validez, en un caso por haber sido anterior al nacimiento y en el otro porque no le habían permitido tener contacto con la niña.

Por otra parte, la cámara consideró que la magistrada había cometido irregularidades en el otorgamiento de la guarda provisoria de la infante. Al respecto señaló que además de no haber recurrido al registro de aspirantes de ese juzgado o, en su caso, al de la corte local; entregó la niña sin la previa declaración del estado de abandono y adoptabilidad al matrimonio H.- M., que se había inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de aquella y fueron dados de baja con posterioridad porque no completaron el proceso de evaluación. Agregó que tampoco se había corrido vista de las actuaciones al Asesor de Menores ni se había pedido su conformidad.

No obstante ello, el tribunal de alzada hizo mérito de la buena impresión que en la entrevista personal le habían causado los guardadores, destacando el trato afectivo y cariñoso que daban a la niña con quien habían concurrido. En

consecuencia, y en virtud del interés superior de la pequeña, decidió mantener la guarda y ordenar que se tomaran las medidas adecuadas en la instancia ordinaria para llevar adelante un proceso de vinculación con su madre biológica y, en su caso, con el grupo familiar. Asimismo, dispuso que la causa continuara su tramitación por ante el juzgado de familia de la localidad de Mercedes.

3°) Que el Asesor de Incapaces -en representación de la infante- y el matrimonio guardador dedujeron sendos recursos de inaplicabilidad de ley que fueron denegados por no dirigirse contra la sentencia definitiva del caso, circunstancia que motivó la interposición de las respectivas quejas, admitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

4°) Que la corte local, por mayoría de votos concurrentes, rechazó los citados recursos. Para así decidir, sostuvo que más allá de las presuntas irregularidades cometidas por la magistrada de grado, que serían evaluadas en las actuaciones disciplinarias formadas al efecto, los recurrentes no habían logrado rebatir con argumentos eficaces un fundamento central del fallo como era la ausencia de patrocinio letrado de la joven madre, hecho que había maximizado la situación de vulnerabilidad en la que había estado inmersa.

En tal sentido, el primer voto refirió a la corta edad de la víctima de un abuso sexual perpetrado en el seno mismo de su hogar, producto del cual quedó embarazada, señalando que había acudido a la justicia en búsqueda de contención al problema y había terminado envuelta en una dinámica judicial que

superaba enormemente sus posibilidades de comprensión y, en ese contexto, había manifestado el deseo de que su pequeña hija creciera en otra familia. Se adujo que no era posible descartar que el contenido de esa decisión pudiera haber sido objeto de un proceso de reelaboración que la hubiera llevado a cambiar de parecer con el tiempo, y que eso es lo que había ocurrido cuando la joven alcanzó un grado de estabilidad emocional que la impulsó a recobrar el lazo con la niña, voluntad que debió superar el escollo inicial de no poder encauzar procesalmente sus peticiones por carecer de asesoramiento legal.

Se sostuvo, además, que la exigencia de asistencia letrada que como "garantía mínima" consagraba el art. 27, inciso c, de la ley 26.061 cobraba plena operatividad en el caso y no se satisfacía mediante la intervención del Asesor de Menores (decreto reglamentario 415/2006).

En otro voto concurrente, se hizo hincapié en que se habían conculcado los derechos a la sexualidad y reproducción de la madre y en la actuación que hubiera correspondido al Estado a fin de que aquella accediera a servicios de salud sexual como víctima y de rehabilitación por estar en riesgo su salud física, psíquica y emocional. Se agregó que a la luz del modo en que se había dispuesto el desenlace de la gestación y la imposibilidad de contacto con la recién nacida, se le había negado toda apoyatura proveniente del ámbito de la salud para garantizar su autonomía reproductiva.

Se entendió que las circunstancias de desequilibrio emocional propias del momento que la adolescente estaba

viviendo, sumado a la falta de garantías por ausencia de patrocinio legal, la habían llevado a atravesar sola el conflicto, sin la comprensión y acompañamiento que hacían a su dignidad personal; y que, de lo contrario, la menor de edad habría estado debidamente informada y podría haber asumido el derecho de decidir ser madre o de entregar a su hija en adopción de manera libre y responsable.

Por su parte, otro de los votos de la mayoría puso énfasis en que las manifestaciones de voluntad de la joven madre habían sido dadas solo en compañía de su progenitora, que no era abogada, y sin patrocinio letrado ni representación del Asesor de Incapaces; reiterando que al no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto por el citado art. 27 de la ley 26.061, la adolescente no había podido hacer valer sus derechos con toda la amplitud que los arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución provincial determinaban. Allí se consideró también que del informe psicológico no surgían elementos psicopatológicos que le impidieran ejercer el rol materno, el que lo ejercía con su otro hijo nacido con posterioridad. De ahí que si bien estimaba procedente el pedido de revinculación efectuado, se entendió conveniente, atento al tiempo transcurrido, que se realizaran nuevos informes socio-ambiental y psicológico para establecer las pautas de comunicación materno-filial.

En sus respectivos votos disidentes, los jueces consideraron que debían admitirse los remedios intentados, revocar parcialmente la sentencia apelada y mantener la declaración del estado de desamparo y situación de adoptabilidad

de la niña M.S., así como su guarda provisoria con el matrimonio H.- M.

En primer lugar, se sostuvo que no concurrían los presupuestos legales para declarar de oficio la nulidad de las actuaciones pues se había forzado la interpretación de normas del Código Civil a fin de dar sustento a la decisión, sin ponderar que el eje de análisis de la cuestión radicaba en la protección del interés superior y el resguardo de los derechos de M.S.

Se expresó que el fundamento central de la sentencia radicaba en la obligación estatal de preservar los vínculos de origen y las relaciones familiares, pero se omitió considerar que ellos no resultaban aplicables sin más al caso pues la madre biológica había manifestado el deseo de entregar a su hija en adopción y, por lo tanto, la separación de la niña no había sido contra la voluntad de aquella como lo requerían las disposiciones legales. De igual manera, se entendió que el fallo había pasado por alto que el respeto del derecho a la identidad de la niña no había sido lesionado a la luz de lo dispuesto por el art. 317, inc. a, del por entonces vigente Código Civil.

Al examinar cada uno de los argumentos en los que se sustentó la declaración de nulidad, se expresó con respecto al consentimiento de los padres que ejercían la patria potestad, que la misma alzada había reconocido que el supuesto de dar en adopción una hija, no se encontraba contemplado en el art. 264 *quater* del código de fondo, y a pesar de ello no dio ninguna explicación para sostener una postura contraria ni tuvo en

cuenta lo establecido por el art. 22 de dicho ordenamiento legal.

En tal sentido, se afirmó que el padre de la joven concurrió al juzgado junto con su esposa al momento de manifestar sobre la situación personal de la hija de ambos y que no existía constancia en el expediente de que hubiera estado en desacuerdo con aquellas en dar a la bebé en adopción, ni aun cuando se había presentado con posterioridad, por lo que resultaba incomprensible que se hubiera fundado la nulidad en esa norma. Sin perjuicio de ello, destacó que el eventual desacuerdo de los padres tampoco podía prevalecer por sobre el interés de la joven madre, expresado en más de una oportunidad.

También se consideró que la segunda causal de nulidad sustentada en la carencia de patrocinio letrado obligatorio durante el proceso era igualmente inadmisibles. Para ello se señaló que al margen de que frente al planteo de la joven y sus padres se había dado intervención al ministerio pupilar, el error del tribunal pasaba por confundir la asistencia letrada que debía tener la joven con la que pudieron haber tenido sus padres, que al no ser obligatoria no daba lugar a la nulidad, como también por determinar a quién debía escucharse en este tipo de procesos y el interés de quién debía prevalecer al momento de evaluar la cuestión.

Se agregó que no se había vulnerado el art. 27 de la ley 26.061, pues la cámara había designado otro Asesor de Incapaces para la progenitora menor de edad al advertir que había intereses encontrados con su pequeña hija, y que dicho

representante no solo no había planteado la nulidad de lo actuado, sino que había manifestado que, por el momento, la infante debía permanecer con los guardadores designados.

Con respecto a la invalidez de los actos de la madre para "renunciar" a su hija o "entregarla" con fines de adopción, se dijo que el plazo de dos meses previsto por el art. 317, inc. a, del Código Civil se había respetado toda vez que M.S. nació el 23 de octubre de 2008 y la audiencia en la que la madre y la abuela ratificaron el deseo de darla en adopción se celebró el 29 de diciembre de ese año. Al margen de ello, se destacó que según lo dispuesto por dicha norma, la ratificación no es necesaria cuando los padres manifiestan judicialmente su expresa voluntad de entrega del menor de edad. Por otra parte se señaló que la presunción de que durante el plazo transcurrido entre el nacimiento y el consentimiento la madre debía tener consigo al bebé tampoco surgía del texto de la norma e importaba una interpretación extensiva contraria a lo dispuesto por el mencionado art. 22 del entonces vigente Código Civil.

Asimismo, al disentir se expresó que a la luz del informe psicológico efectuado a la joven progenitora y del dictamen del Asesor de Menores, existían razones de peso para proceder a la adopción y, más allá de que se lo compartiera o no, no podía achacársele que carecía de fundamento. Para ello, debía ponderarse que la criatura había permanecido en neonatología durante 20 días y ni la madre ni sus abuelos habían solicitado verla, circunstancia que si bien no era determinante, constituía un hecho más que demostraba que en ese entonces estaban de acuerdo con el procedimiento seguido. Esa conducta se

mantuvo en el tiempo pues encontrándose embarazada había expresado su deseo de darla en adopción, al nacer no solicitó verla, dos meses después ratificó su deseo de entregarla y solo dos años más tarde solicitó vincularse con la pequeña.

Por último, se sostuvo que se había hecho mérito de cuestiones formales para declarar la nulidad de lo actuado omitiendo ponderar cuál era la solución que mejor resguardaba el interés superior de M.S., única menor en la actualidad; y que el conocimiento personal que tuvo de la niña ratificaba la necesidad de conservar su actual situación, pues un cambio de contexto sin razones que lo justificaran constituiría un daño irreparable para ella.

En el último voto disidente, se agregó que aun cuando la joven madre no había contado con patrocinio letrado en una primera etapa, estuvo representada por el Asesor de Incapaces y en el mes de octubre de 2009 se había designado una abogada para la abuela de la niña, que recién se presentó por primera vez en la causa el 8 de junio del año siguiente y no existía constancia alguna de que la adolescente y su madre hubiesen intentado tomar contacto con la niña durante ese tiempo. Consideró también que no se encontraba vulnerado el derecho de la infante a conocer su identidad en los términos del art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño toda vez que fue inscripta con los datos filiatorios maternos, lo que eventualmente la llevará a conocer sus orígenes.

Por último, y sin desconocer las irregularidades cometidas en la instancia de grado relacionadas, entre otras

cosas, con la elección del matrimonio guardador, en este voto se destacó que su aptitud no había sido cuestionada a lo largo de todo el proceso y que la propia cámara había manifestado una buena impresión de la pareja.

5º) Que contra dicho pronunciamiento los guardadores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 714/734, que fue concedido a fs. 753/755. En dicho escrito, tachan de arbitraria la sentencia y sostienen que lesiona derechos que cuentan con amparo constitucional, que efectúa una errónea apreciación de los antecedentes del caso y que desconoce el interés superior de la niña de autos.

Consideran que el error principal del fallo radica en no advertir que se trata de un caso de desamparo y no de adopción, por lo que la denuncia efectuada por los padres de M.A.S., que dio lugar a estas actuaciones, y la posterior ratificación de la menor de edad, no requieren de patrocinio letrado para su validez.

Sin perjuicio de ello, afirman que se dio cumplimiento con todos los requisitos exigidos por el art. 317, inciso a, del referido Código Civil. Aducen que se respetó el plazo de sesenta días previsto por el ordenamiento para la reflexión y superación del estado puerperal a fin de pensar sobre la decisión de entregar a la niña; que un plazo mayor no surge de la ley; que lo contrario llevaría a la pequeña a permanecer en estado de incertidumbre hasta que su madre meditara qué hacer al respecto; y que no se alegó ni se probó que la joven se hubiera expresado en forma errada cuando

concurrió al juzgado y adelantó su intención de no quedarse con su hija por ser fruto de una violación. Cuando la madre deja a un hijo, nace para este el derecho a la pronta incorporación a una familia, por lo que no hay razón para declarar la nulidad de lo actuado y menos aun de oficio.

Agregan que la joven estuvo representada por su progenitora y que tomó intervención el Asesor de Menores, quién, según lo manifestado por aquella, la habría asistido correctamente antes de ir a ratificar la decisión de entregar a su hija en adopción; que la necesidad de contar con asesoramiento tampoco resulta del art. 27 de la ley 26.061, norma que ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia con especial referencia a la calidad de parte autónoma de los menores de edad en ciertos casos.

Manifiestan, por otra parte, que la abuela materna contó con el patrocinio de una abogada que se presentó en la causa ocho meses después de su designación, circunstancia que sumada a la falta de interés de la joven por saber de la niña durante los veinte días que permaneció internada y, luego, en su estadía en el hogar Asociación Familias de Esperanza, ponen de manifiesto que no fue la falta de asistencia letrada lo que llevó a la situación actual, sino el desinterés en el que aquellas se mantuvieron por más de un año.

Por lo demás, aducen que se lesionaron los derechos de la menor de edad, quien hace más de seis años convive con ellos y los considera sus verdaderos padres; que es su interés superior el que hoy debe protegerse y cualquier modificación le

causaría un daño de difícil o imposible reparación ulterior; que la niña no puede estar sujeta a los vaivenes de la familia de origen, no obstante lo cual no se oponen a que la conozca cuando la situación así lo aconseje; que debe respetarse su centro de vida, es decir, el lugar en el que transcurrió en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia; y que el tiempo transcurrido, ignorado por la corte local, lleva a considerar regular la guarda de la niña con fines de adopción.

Por otra parte, alegan que difícilmente pueda tenerse en cuenta la posibilidad de considerar a otros miembros de la familia biológica para hacerse cargo de la infante cuando los propios abuelos maternos coincidieron en su entrega, no había interés de ellos y no se presentó otra persona de la familia, lo que demuestra que la pequeña se encontraba en estado de desamparo.

Afirman que contrariamente a lo expresado en el fallo, la adolescente tuvo asistencia adecuada desde el área de salud en su condición de mujer abusada, que ella como sus padres fueron recibidos por el Asesor de Menores y la magistrada de grado; y que luego fue derivada a una entrevista con una psicóloga que le recomendó tratamiento. Dicha contención le permitió sostener con libertad la decisión y, en consecuencia, el supuesto arrepentimiento posterior deviene tardío e infundado, sin que se hubieran aportado elementos suficientes para justificar el cambio de actitud.

A lo expresado, concluyen que la vinculación que se pretende con la madre tiene como finalidad que la niña vaya a

vivir con ella a pesar del desamparo en que la colocó cuando decidió darla en adopción y con sustento en un reclamo efectuado al año y medio de su entrega, sin considerar siquiera la situación familiar actual de la progenitora que ha tenido un nuevo hijo, ni se ha averiguado sobre el estado procesal de la causa penal promovida por violación y abuso, de la que podría surgir algún elemento sobre el comportamiento familiar, de la joven madre y sus padres.

6°) Que aun cuando la decisión que admite o deniega nulidades procesales no constituye -como regla- sentencia definitiva a los fines de la apelación extraordinaria, corresponde hacer excepción a dicho principio si, como sucede en el presente caso, es indudable su virtualidad para generar perjuicios de muy difícil o de imposible reparación ulterior, por cuanto tiene crucial incidencia en la vida actual y futura de la niña (Fallos: 331:147 y 941; 338:1248).

Asimismo, el remedio federal resulta formalmente admisible en la medida en que las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307).

7°) Que el Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que la consideración del interés de los menores de edad debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos,

incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental). El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047).

8°) Que dicho principio también ha sido contemplado en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que la decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior.

A su vez, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 3°, entiende por interés superior de los niños la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e)

el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida, entendiendo por tal el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

9°) Que en el presente caso, es preciso destacar que los hechos que determinaron la intervención judicial que derivó en el otorgamiento de la guarda provisoria al matrimonio recurrente han sido la presentación de los abuelos maternos ante el juzgado y la intención de la joven M.A.S. de dar en adopción a la niña por nacer, ratificada después de dar a luz. De ahí, que no pueden dejar de ser consideradas al momento de decidir en hipótesis como la de autos, todos los riesgos, las consecuencias y en definitiva, la conveniencia de retrotraer el pleito a una instancia procesal que coloca y mantiene a la pequeña involucrada en el juicio, en una situación de incertidumbre *sine die* respecto a su identidad filiatoria, cuando desde su temprana edad la niña se encuentra integrada a la familia de los guardadores, a quienes reconoce y acepta como padres.

10) Que aun cuando se admitiera que a la luz de lo dispuesto por el art. 27 de la citada ley 26.061 debió ser garantizado el patrocinio legal de la joven madre, de las constancias de la causa y el modo en que se fueron desarrollando los acontecimientos no surge una palmaria indefensión de la entonces menor de edad y una vulneración de derechos que justifique, sin más, retrotraer el proceso con las consecuencias antes indicadas.

Ello es así, pues en su primera presentación ante el juzgado, la adolescente manifestó que quería dar en adopción a la niña por nacer y la jueza instó a que concurriera a un acompañamiento terapéutico. A su vez, la perito psicóloga que la atendió con carácter previo al alumbramiento dio cuenta de su férrea decisión en ese sentido, de sus planes personales a futuro, de su buen estado de salud mental y de la conveniencia de aceptar la petición (fs. 23, 40/43 del expte. principal).

A los once días del nacimiento de M.S. el Asesor de Menores labró dos actas. La primera con la abuela de la niña que daba cuenta de que la joven se encontraba en buenas condiciones, concurriría al psicólogo y retomaría sus estudios y, la segunda, en la que la joven madre -acompañada por su progenitora- dejó constancia de su libre deseo de entregar a la niña en adopción. Esta última fue acompañada con posterioridad, oportunidad en la que el Asesor manifestó que le fueron explicados los alcances de la decisión que fue ratificada en el expediente principal (fs. 53 y 231/232).

El día 29 de diciembre de 2008, esto es, pasado el período de tiempo previsto por el art. 317, inciso a, del anterior Código Civil, se celebró la audiencia judicial en la que la madre y la abuela de M.S. ratificaron su intención de que la pequeña viviera con una familia que pudiera cuidarla. En la misma fecha, la magistrada escuchó a la adolescente en los términos del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 67/68 del expte. principal y fs. 37 del expte. 9044) y el 30 de enero de 2009 dispuso la guarda provisoria de M.S. en cabeza del matrimonio H.- M.

En esas condiciones, el 8 de junio de 2010, se presentó una abogada -designada ocho meses antes por el Colegio de Abogados- patrocinando a la abuela materna, y solicitó autorización para consultar el expediente, reiterando el pedido los días 16 y 18 del mismo mes y año, sin activar el proceso con posterioridad.

Finalmente, el 12 de julio la jueza declaró el estado de abandono y desamparo de la menor de edad, sentencia que fue apelada por la abuela materna. Una vez elevada la causa, la cámara designó un Asesor de Menores para la joven madre diferente al que ya intervenía por la pequeña (fs. 82/83, 84, 85, 86/103, 108, 119/121, 193/194 del expte. principal).

11) Que fuera de las objeciones formales que se achacaron al proceso y cuya entidad para sustentar la decisión ha sido refutada en forma adecuada en los votos en disidencia del fallo recurrido; la reseña efectuada permite advertir que la adolescente no ha estado librada a su suerte sino que ha recibido contención y acompañamiento en su decisión antes y después del alumbramiento, sin que sea posible presumir que el Asesor de Menores y la jueza de grado no le hubieran señalado, en las distintas oportunidades en que tomaron contacto personal con aquella, las consecuencias que se derivaban de ella.

En consecuencia, la declaración de nulidad de todo el procedimiento no resulta una decisión ajustada a las circunstancias actuales del juicio y no existen al presente motivos que autoricen o justifiquen dejar sin efecto la declaración de abandono y situación de adoptabilidad de la niña

dictada en la causa, poniendo en riesgo el eventual derecho de los recurrentes a adoptar a la menor de edad, máxime cuando no se oponen a la vinculación pretendida si las condiciones lo aconsejan.

12) Que la conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados "lazos de sangre" y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar -siquiera implícitamente- algún tipo de preeminencia material a la familia que ejerce la guarda con fines de adopción desde hace 9 años respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos sancionar -de modo expreso o solapado- a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (v. doctrina de Fallos: 328:2870, considerando 8°, penúltimo párrafo; y 330:642, considerando 9°, *in fine*).

13) Que, esta Corte ha hecho hincapié en "...el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores [...]. Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, 'la verdad biológica' no es un [dato] absoluto cuando se relaciona con el interés superior del

niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño" (conf. considerando 6° del voto de la mayoría en Fallos: 328:2870, voto del juez Maqueda en Fallos: 330:642 y 331:147).

14) Que, por lo demás, no puede pasar inadvertido que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento -por aproximadamente 10 años- y desea continuar viviendo según lo expresado (fs. 741).

En efecto, los informes ambientales realizados a los guardadores y la niña dan cuenta que el *"aspecto personal [de la pequeña] es muy bueno, se muestra activa, estimulada, movediza, expresiva, dando muestras de afecto, contenida y adaptada al medio. Fue muy bien aceptada por las familias de ambos siendo la primera 'nieta y sobrina'. Por su parte el matrimonio, impresiona como una pareja unida en sólido vínculo, que atraviesa a partir del reclamo de la familia biológica de la niña una situación angustiante que los perturba y preocupa. Son personas de agradable aspecto personal, de buen nivel cultural, que desarrollan una vida compatible con la clase media. A la pequeña la consideran como a una hija a la que crían como tal..."*

(fs. 226/227); y que "Se trata de un grupo familiar completo, que sostiene una buena relación, hay comunicación y están todos integrados. Los roles parentales están aceptados, definidos y ejercidos plenamente. La familia se constituye en un buen continente afectivo y normativo para todos sus integrantes" (fs. 532 vta.). El informe psicológico de la niña, por su parte, destaca que aquella se encuentra contenida en sus aspectos vitales y afectivos por su grupo familiar de pertenencia y que tiene adecuada posición y dinámica relacional en el vínculo con sus guardadores a quienes reconoce en las figuras de madre y padre (fs. 615 vta.).

15) Que de conformidad con lo expresado, en hipótesis como la de autos la decisión de mantener la declaración de estado de abandono y de situación de adoptabilidad, así como la guarda, unida a la vinculación paulatina y de acuerdo a las posibilidades- con la familia biológica en el marco del llamado "triángulo adoptivo - afectivo", se presenta como la mejor alternativa para el sujeto más vulnerable de los involucrados, en el caso la niña.

16) Que, por último, la solución propiciada no importa desconocer la irregularidad incurrida en la elección de los guardadores, quienes según las constancias de la causa habían iniciado el trámite de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de la niña, sin completarlo.

Al respecto, el Tribunal tuvo oportunidad de expedirse con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en casos análogos, destacando que más allá de la relevancia que adquiere la existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad, resultaba inadmisibles que tal exigencia constituya un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada (cfr. doctrina de Fallos: 331:147 y 2047). No obstante, ello no implica eximirlos de las evaluaciones técnicas específicas requeridas por la ley 25.854 para determinar su aptitud adoptiva, las que deberán llevarse a cabo en la instancia correspondiente.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante ante esta Corte, se resuelve: 1º) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar, con el alcance indicado, sin efecto el fallo apelado; 2º) Disponer que continúe la guarda de la menor de edad M.S. con sus actuales guardadores, los cónyuges H.- M.; 3º) Devolver el expediente a la instancia de origen, a fin de que por quien corresponda, se continúe con la tramitación de la causa y se defina, a la mayor brevedad posible, la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por **D.H. y M.L.M., por derecho propio y en representación de la menor M.S.**, con el patrocinio letrado del **Dr. Alejandro C. Molina.**

Traslado contestado por el **Dr. Alexis Hernán Kosicki, Asesor de Incapaces de la Asesoría de Incapaces del Departamento Judicial de Moreno - General Rodríguez, Provincia de Buenos Aires.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes y Juzgado de Garantías del Joven n° 1 de Moreno, Provincia de Buenos Aires.**