



**M. A. M. Y OTRO/A S/GUARDA DE PERSONAS (ART. 234 DEL CPCC)**

**Exp. N°SG-2815-2015 (sentencia no firme)**

**Reg.N°**

San Martin, 28 de Julio de 2015.

Proveyendo a fs.103/105: Por recibidas las actuaciones provenientes de la Asesoría de Menores Dptal, téngase presente lo dictaminado y estése a lo que se resuelve seguidamente.-

Proveyendo a fs.110/119: Téngase por presentada a la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de Derechos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia e Infancia (SENAF) en el carácter invocado a fs. 100/101, y por constituido el domicilio procesal indicado.

Agréguese la constancia remitida por la Comisaría 3ra. de San Miguel, y tiénese presente la certificación efectuada por el Actuario a fs. 121

**AUTOS Y VISTOS:**

Estos autos caratulados "**M. A. M. Y OTRO/A S/GUARDA DE PERSONAS (ART. 234 DEL CPCC)**" (**Exp. N°SG-2815-2015**) en estado de emitir pronunciamiento de los que

**RESULTA:**

Que a fs. 49/51 se presentan la Sra. M. E. A. G. (DNI XXXX) y el Sr. M. G. S. (DNI XXXXX) por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. Amalia F.M. Madeo (T° IV F° 90 CASM), solicitando la guarda de la niña A. M. M. (DNI XXXX).

Manifiestan que los padres de la niña, M. M. y R. D. R., con domicilio en el Barrio Trinidad de San Vicente, Provincia de Misiones, se

encontraban viviendo en San Miguel en búsqueda de oportunidades dada su situación económica y que a través de un conocido en común se contactaron con ellos y con la niña.

Expresan que desde ese momento supieron de la falta de controles médicos de A. M. e inmediatamente se encariñaron y ocuparon de ella.

Agregan que los padres de la menor les propusieron que cuidaran de ella y ejercieran su guarda reconociendo su imposibilidad de poder hacerlo y que volverían a su provincia dado que allá había otros hijos que necesitaban alimentarlos.

Reseñan los peticionantes que ante la necesidad de contar con un papel para cuando quisieran llevar a la niña al médico, vacunarla o inscribirla en alguna guardería, le pidieron a un tío, de nombre C. F. de profesión contratista en reparación de ascensores, que los ayudara a redactar algo. Finalmente, suscriben el acuerdo con los padres de A. M. dejando aclarado que nada le pedirían por los gastos que generara el cuidado y atención de la niña (ver documentación de fs. 7).

Añaden que su voluntad es la de darle lo mejor a la niña y su deseo es poder llegar a adoptarla legalmente dado que la sienten como su hija.

Fundan en derecho; ofrecen prueba y concluyen peticionando se cite a los padres biológicos de A. M. a fin de ratificar su decisión y se los designe guardadores legales de la misma.

Que a fs. 54 y vta. el Juzgado de Familia N°2 de San Martín se declara incompetente para intervenir en estas actuaciones dado que la niña de autos se encuentra viviendo en la localidad y partido de San Miguel.

Que a fs. 56 se reciben las actuaciones en este Juzgado y se corre vista a la Asesoría de Incapaces correspondiente.

Que a fs. 57 toma intervención la Sra. Asesora de Menores, Dra. Viviana N. Ramírez, quien solicita audiencia con las partes.

Que a fs. 58 y de conformidad con lo peticionado por el

Ministerio Pupilar, se convoca a los Sres. G. y S., a la Coordinadora del SLPPDN de San Miguel y a la Sra. Asesora de Menores a una audiencia ante el Suscripto.

Asimismo, en dicho proveimiento se dispone dar formal intervención al Servicio SLPPDN de San Miguel respecto de la situación de Á. M.

Finalmente, se ordena articular con la Defensoría Oficial de San Vicente, Provincia de Misiones, las acciones conducentes a fin de dar con el paradero de los padres biológicos de la niña.-

Que a fs.63/66 luce el acta -remitida vía fax- que documenta el comparendo de los padres de Á. M. ante la Defensoría Oficial de San Vicente y lo manifestado por los mismos respecto de la entrega de la niña a los peticionantes de autos.

Que a fs. 67 obra el acta de incomparecencia de los Sres. G. y S. a la audiencia señalada conforme lo reseñado en el Pto 5).

Que a fs. 68 se dispone la citación de los progenitores de Á. M. solicitando para ello la intervención de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

Que a fs. 70/84 se agregan las actuaciones efectuadas por la Defensoría Oficial de San Vicente en relación al requerimiento efectuado en autos.

Que a fs. 85/87 se recepciona el oficio proveniente del SLPPDN de San Miguel informando sobre la intervención requerida.

Que a fs. 91, atento las circunstancias que se desprenden de lo actuado en autos se ordena la habilitación de la Feria Judicial (cfme. art 153 del CPCC).

Que según constancias de fs. 94/95 se celebra la audiencia con los padres de Á. M.: Sra. R. D. R. y Sr. M. M., patrocinados por la Dra. Paula Rena (Defensora Oficial) y con la presencia de la Dra. Viviana N. Ramirez -Asesora de Menores- y la Dra. Verónica Carina Belza -abogada de la

Secretaría Nacional de la Niñez, Infancia y Adolescencia-, a cuyos extremos me remito en honor a la brevedad.

Que a fs. 96/99 obra el informe practicado por la Trabajadora Social del Juzgado, Lic.Moya, con motivo de la entrevista mantenida por la mencionada experta con las Sras.E. J. B. y M. B. D., tía y primas -respectivamente- de la Sra. D.R.

Que a fs.100 se dispone una nueva audiencia con los peticionantes de autos, Sres. G. y . no habiendo comparecido los mismos según constancias de fs. 106.

Que a fs. 103/105 obra el dictamen de la Sra. Asesora de Menores quien entiende que debe rechazarse la demanda promovida por carecer los peticionantes de legitimidad activa y por haber obrado de modo ilegal. Asimismo solicita el reintegro de la niña y la urgente intervención del SLPDDN de San Miguel.

Que a fs.110/119 toma formal intervención la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de Derechos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia e Infancia (SENAF).

#### **CONSIDERANDO:**

##### **Sobre la pretendida situación de adoptabilidad de la niña Á. M. M.**

Que con la presente acción se intenta obtener la guarda de la niña Á. M. M. con miras a la “firme voluntad de adoptar a la menor” (conf. Fs. 51 vta.), por lo que deberá resolverse inicialmente si se encuentran reunidos los requisitos para su declaración en situación de adoptabilidad y posterior guarda con miras a su adopción con relación al matrimonio peticionante. En este sentido, y como primera aproximación al tema, deberá quedar en claro que el objeto de la presente causa es solicitar la guarda con fines de adopción de la niña Á. M. M.

Que el art. 7 de la Ley 14528 establece que la declaración judicial de situación de adoptabilidad “constituye el presupuesto de procedencia de la guarda con fines de adopción” y que será decretada “1) Cuando un niño, niña o adolescente no tenga filiación establecida o sus padres hayan

fallecido y se haya agotado la búsqueda de familiares de origen por parte de los servicios de promoción y protección de derechos que corresponda, en un plazo máximo de treinta (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada. 2) Cuando los padres hayan tomado la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento. 3) En caso de que se encuentre vencido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días sin que hayan dado resultado las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada”.

Que en igual sentido el art. 594 del Código Civil y Comercial de la Nación, de próxima entrada en vigencia (en lo sucesivo CCyC), dispone que “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”. Que desde esa óptica deben analizarse las situaciones como las aquí planteadas.

Asimismo habrá de considerarse como principios generales que deben regir el instituto de la adopción “a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta” (art. 595 del nuevo CCyC).

Que en tal sentido la declaración de situación de adoptabilidad de un menor de edad, es la exigencia legal que el órgano judicial debe cumplir ante la presencia de un niño que no es cuidado, contenido o protegido por su familia de origen, como remedio jurídico para superar una situación fáctica

que no admite demoras, una vez vencido los plazos de intervención del órgano administrativo competente, en virtud de los arts. 35 bis de la ley 13298 (modif. Ley 14537), o aún antes del mismo en forma excepcional (conf. art. 14 Ley 14528). Así lo establece igualmente el art. 607 y sgts.

Los presupuestos de esta instancia, constituidos por la exigencia de acreditación y determinación del “desamparo moral y material” conforme la letra del art. 317 (inc. a) del Código Civil, o por el fracaso de las medidas excepcionales de acuerdo a la letra del nuevo art. 607 del CCyC, y art. 7 Ley 14528, una vez vencido el plazo previsto a tal fin (de 180 días) o la “existencia de cualquier situación que coloque al niño, niña o adolescente, en estado de vulnerabilidad de sus derechos”, art. 14 de la misma Ley, constituyen un paso previo e insoslayable para el posterior otorgamiento en guarda a futuros adoptantes. A ello debe sumársele el “agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada”, atento lo dispuesto por el art. 595 c. del CCyC.

El proceso adoptivo está constituido por dos etapas, claramente diferenciadas: “una primera etapa, centrada en verificar la situación socioafectiva entre los padres y el hijo, y en caso de resultar negativa, dar paso a la segunda etapa con la finalidad de alcanzar la adopción, focalizándose en la relación entre el niño y los guardadores, futuros adoptantes” (Herrera Marisa, “El derecho a la identidad en la adopción”, Ed. Universidad, T I, pg. 492, Bs. As. 2008). En el caso en estudio nos encontramos ante la primera de dichas etapas, en la que debe decidirse la situación de la niña con relación al cuidado y protección que deben brindarle sus padres y, en segunda instancia, su familia ampliada.

Para ello, la Ley 14528, y el nuevo CCyC establecen un procedimiento y pautas precisas.

En estos casos, el principio rector del resguardo del "interés superior" del niño consagrado internacionalmente por los arts. 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y localmente mediante la legislación dictada en concordancia (arts. 4 "in fine" de la ley 13298, 2 y 3 de la ley 26061 y 595 a.

del CCyC), fue reflejado claramente por el legislador al señalar que el Juez debe evaluar los hechos, las personas y/o circunstancias sometidas a su resolución teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor de edad.

Conforme vengo sosteniendo, la declaración en situación de adoptabilidad de un niño “constituye un presupuesto de procedencia de la guarda con fines de adopción” (art. 7), y resulta preciso en esta instancia poner el acento en la existencia o no de elementos que tornan indispensable la separación de la niña Á. M. de su familia de origen o ampliada (conf. arts. 35 bis 13298; 7 y cctes. ley 14528; 595 cit. CCyC, 9 y 20 CDN), para que en definitiva pueda ver satisfecho su derecho a vivir dentro de un grupo familiar continente, protector y que le asegure la mayor satisfacción posible de derechos (arts. 75 inc. 23 CN, 3, 5, 20 y 21 CDN).

Como expresa el art. 13 de la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños” (ONU Res. 41/85) “El objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente”. También, las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños” (ONU, Res. 64/142, del 24-2-2010) señalan “5. Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño... el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado”.

Las Directrices de Riad, (ONU, Res. 45/112, 14-12-1990) expresan: “14. Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar... se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia...”.

Se tiene dicho, asimismo, que “cuando la permanencia del niño en el seno familiar no sea posible y se hayan agotado todos los recursos al

respecto, el Estado está obligado a prever otras alternativas” (Beloff, Deymonnaz, Freedman, Herrera, Terragni, Convención sobre los Derechos del Niño, Comentada, anotada y concordada, La Ley 2012, pg. 89), en el que también se cita: “Observación General Nro. 7, del Comité de los Derechos del Niño, “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, 40<sup>a</sup> período de sesiones, 2006, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/rev. 1, párrafo 36 b, “Los derechos del niño al desarrollo están en grave peligro, cuando los niños son huérfanos, están abandonados o se les ha privado de atención familiar... En la medida en que se necesitan cuidados alternativos, la colocación temprana en lugares donde reciben atención de base familiar o parafamiliar tiene mayores probabilidades de producir resultados positivos entre niños pequeños. Se alienta a los Estados Partes a invertir en formas de atención alternativa y a apoyar esas otras formas de atención a fin de garantizar la seguridad, la continuidad de la atención y el afecto, y ofrecer a los niños pequeños la oportunidad de establecer relaciones a largo plazo basadas en el respeto y la confianza mutuos, por ejemplo mediante la acogida, la adopción y el apoyo a miembros de familias ampliadas”.

Ahora bien, analizando el caso que nos ocupa, resulta claro que la niña Á. M. M. no se encuentra en condiciones de ser declarada en situación de adoptabilidad, toda vez que no se observan los presupuestos de los arts. 7 de la ley 14528, 317 (inc. a) y 607 del CCyC. Es decir, a. la niña tiene filiación establecida, b. los padres reclaman el reintegro de la misma (por lo que no existe una decisión “libre e informada” de que sea adoptada), y c. no se ha dispuesto ninguna medida de protección de derechos por los organismos administrativos (tampoco judiciales) correspondientes. El ejercicio de la guarda que ostenta el matrimonio requirente se basa únicamente en la entrega de la niña, en condiciones irregulares que se analizan en otro punto de la presente.

De tal modo, la pretendida “guarda con fines de adopción” que se formula resulta claramente improcedente por carecer la situación fáctica que se denuncia de los elementos jurídicamente objetivos fundamentales para su

viabilidad. Mal puede disponerse la guarda con fines de adopción de una niña que no ha sido declarada en situación de adoptabilidad, y menos aun cuando (como queda dicho) ésta declaración sin haberse agotado las instancias administrativas y judiciales previas, resulta improcedente.

Es a partir de la declaración en situación de adoptabilidad cuando se “inicia la etapa direccionada a seleccionar postulantes idóneos del Registro de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción, con el auxilio de los respectivos informes del equipo técnico del juzgado, y previa audiencia con los postulantes” (Fernández, Silvia, “Nuevos aires en la provincia: sobre la sanción de una ley de procedimiento de adopción para la provincia de Buenos Aires”, en APBA, 2013-12-1509).

En resumen, la selección de postulantes para adopción resulta un poder-deber del juez, una vez declarada la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente.

Queda claro entonces que el derecho de Á. M. a “vivir y desarrollarse en una familia” consagrado en la normativa antes referida, resultó gravemente violado por haber sido aquella sustraída del deber de los organismos del estado (administrativo y judicial) encargados de garantizarlo (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, 15 y 36 inc. 2° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 9 inc. 1°, 19, 20, 21 y 39 de la CIDN, y los citados con relación a las leyes 13298, 14537, 14528 y nuevo CCyC). Como bien refiere la Sra. Asesora de Incapaces en su dictamen “el obrar del matrimonio la sustrajo de la inclusión en el sistema de protección integral... es decir, de la posibilidad de indagar sobre la existencia de referentes familiares idóneos” (104 y vta.)

De ninguna manera puede aceptarse que el derecho de la niña a criarse en una familia pueda satisfacerse con el accionar deliberado, inconsulto, a espaldas del Estado y violatorio de la normativa vigente, de quienes invocan un (inexistente) derecho convencional sobre la niña. Destaco “sobre la niña” porque ella no ha sido tratada hasta el presente como sujeto de derechos, sino como objeto susceptible de transacción.

En definitiva, Á. M. tiene derecho a vivir con sus padres, con su familia extensa o con una familia que la acoja por los carriles legales de adopción, previa intervención de los organismos competentes que integran el sistema de protección integral de derechos del niño.

La “guarda de hecho” de la niña Á. M. M. Las constancias de autos.

Consideración aparte merece el análisis de la “guarda de hecho” de la niña que ostenta por el matrimonio peticionante. Como queda dicho los Sres. S. y G. requieren en estos actuados ser designados “guardadores legales de Á. M. M.” y se tenga en cuenta su “firme voluntad de adoptar a la menor”. Fundamentan el pedido en el tiempo de convivencia con la niña, y en “convenio de guarda” redactado por un familiar “contratista en reparaciones de ascensores” (fs. 50), en el que los padres formalizan “la entrega” de la niña a “los guardadores”, con el objeto de que “los guardadores se hagan cargo de la alimentación, educación sanidad y demás obligaciones que demande la correcta crianza y contención afectiva y emocional de la menor” (fs. 50). No resulta en lo más mínimo llamativo al suscripto que la demanda no se funde en ningún derecho vigente, ya que la actuación de los requirentes no puede ampararse en ninguna norma del sistema jurídico vigente. Es más, ha sido violatoria del mismo.

Sin embargo, entiendo necesario analizar la situación de la “guarda de hecho” ostentada por los actores.

Sabido es que la ley provincial 14528, en su art. 16 expresa “queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes... 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 pretensos guardadores”. Dicho artículo fue redactado en consonancia con el proyectado art. 611 del CCyC, que en una primera redacción contemplaba la posibilidad de entrega en guarda a referentes afectivos de los padres de un

niño determinado. Sin embargo el Código sancionado no prevé esa posibilidad, sino solamente la elección de guardadores basada en un “vínculo de parentesco”.

Sin perjuicio de ello, ha quedado cabalmente demostrado que ningún vínculo, ni afectivo ni de parentesco, une a los pretensos guardadores con los padres de la niña. Es más, las versiones dadas por los peticionantes en la demanda y por los progenitores de Á. son marcadamente diferentes, llegando al extremo de haber denunciado la madre de la niña situaciones que, entiendo, deberán ser objeto de investigación por la UFI correspondiente (conf. la audiencia mantenida con el suscripto).

Que de las constancias de autos surge que el matrimonio actor obtuvo la guarda de Á. M. M. por la entrega directa de los padres de esta, que dicho acto se documentó por medio de un “convenio de guarda”, privado, sin la intervención de ningún tipo de autoridad pública, administrativa o judicial.

Que dicho acto privado carece del valor que se le pretende dar en autos, toda vez que viola las disposiciones de los arts. 318 del CC, 16 de la ley 14528 y 611 del CCyC. Sin perjuicio de ello, resulta necesario destacar que el consentimiento prestado por los progenitores de la niña no puede ser considerado “una decisión libre e informada”, atento que dicho acto no se celebró (como se dijo) ante ninguna autoridad competente, y además resulta notorio que existió entre las partes una desigualdad de recursos intelectuales y sociales, al punto que (como se señala en las presentaciones de la SENNAF y la Lic. Moya, Trabajadora Social de este Juzgado) y como pudo observarse en la audiencia ante el suscripto, los padres de la niña no saben leer ni escribir, y tienen muchas dificultades para expresarse en idioma castellano. Asimismo surge de la audiencia con el suscripto que la Sra. R. desconoce el sentido del término “adopción”, que lo confunde y lo entiende con otros alcances. También narró la madre de la niña una situación en la que la Sra. “A. agarró y le sacó la niña y no se la entregaba”.

No escapa al suscripto la abierta contradicción en el relato de los pretensos guardadores con la declaración de la madre de Á., relacionada al

“conocimiento” entre las partes. La endeble explicación esgrimida por los actores de haberse conocido por “un amigo en común” y que los Sres. M. y R. se hallaban “viviendo en San Miguel” en “búsqueda de oportunidades” (negado por los nombrados a fs. 94/95), y que estos le propusieran el cuidado de la niña (todo lo cual puede leerse en la demanda de fs. 49/51), junto con la incomparecencia a este Juzgado a la audiencia formulada a fs. 58, y la nueva citación de fs. 100 (si bien la misma se dispuso durante la presente feria judicial), previstas para tomar contacto personal y aclarar dichas circunstancias, tornan improbables los hechos narrados en la demanda. Habré de señalar asimismo que los actores no han realizado ninguna petición, ni han comparecido espontáneamente a este juzgado a los fines de solicitar nuevas comparecencias o bien aclarar alguno de los hechos mencionados.

Del informe del SLPPD surge que los pretensos guardadores "sólo una vez vieron a la familia M., que esta habría tenido confianza en ellos por referencias de este compañero de trabajo que intermedió entre ambas familias", y que este "compañero" "sabía que el matrimonio G. y S. buscaba tener hijos sin conseguirlo y por esto los presentó con los padres de M." (fs. 86).

Ninguna duda cabe entonces que entre los peticionantes y los padres de la niña no existía vínculo de parentesco ni por afinidad alguno, y que (más allá de no hallarse acreditadas las circunstancias concretas que rodearon el encuentro) el hecho que los unió fue la operación de entrega de Á.

En el mismo informe elaborado por el SLPPD de San Miguel "se da cuenta de la forma irregular por la que la familia G. S. llega a quedar al cuidado de la niña M. M. Que esta familia puede cubrir las necesidades materiales de la niña pero existen aspectos simbólicos y vinculares que dejan los derechos de la misma en un segundo plano, por debajo de los deseos personales del matrimonio. Que se vulnera el derecho de la niña a

su identidad y a crecer en familia, ya que queda desvinculada de su familia de origen" (fs. 87).

A estas irregularidades se suma lo declarado por la madre de la niña en su comparecencia ante este Juzgado, en cuanto a que los pretensos guardadores "le mandan plata por encomienda, que ellos se ofrecieron a mandarle 200 o 300 pesos o ropa", y que es su deseo "recuperar a su hija, que la quiere llevar con ella, ahora que se siente mejor de salud" (fs. 94/5).

Este procedimiento irregular por parte de los pretensos adoptantes de celebrar un "convenio" con una familia de escasísimos recursos sociales, económicos y culturales, sospechado de contener una contraprestación económica o en "ropa", no puede ser considerado por el juzgador, más que para dar intervención a la justicia penal para la investigación de un posible delito (confr. constancias que de la diligencia efectuada por la Defensoría en lo Civil y Comercial de San Vicente, Misiones, de fs. 70/83).

Este aspecto fue también destacado por la Sra. Asesora de Incapaces en su dictamen de fs. 103/105 al decir que "ha quedado 'prima facie' acreditado el abuso y el aprovechamiento que habrían desarrollado el matrimonio compuesto por los Sres. S.-G. para lograr su objetivo teniendo en cuenta las necesidades económicas, el analfabetismo y en especial, la poca competencia de maternaje que presentaban ambos progenitores, facilitando de esta manera la posibilidad de los prenombrados de apropiarse de M. (fs. 104).

Asimismo, la presentación que realiza la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, expresa "se observa una situación de extrema vulnerabilidad desde todos los aspectos posibles y de vulneración de derechos que afecta a la niña Á. M. M. y a sus padres biológicos" (fs. 111 vta.) y que "se observa por estas características personales la forma de la entrega de la niña al matrimonio S.-G., denotan una actitud abusiva e irregular por parte de los pretensos adoptantes y que podrían encuadrarse

en la acción penal tipificada por los artículos 138 al 139 bis del Código Penal y/o violatorias a la Ley Nacional 24.410..." (fs. 111 vta.).

La antropóloga Mónica Tarducci, a través de un importante estudio de campo realizado en la Provincia de Misiones, analiza el mecanismo de entregas directas de niños por parte de sus padres, en extrema situación de pobreza, a matrimonios que se contactan con ellos con el fin de adoptar a sus hijos. Dice "Así, la adopción directa, pone en relación a dos grupos de parentesco que no deberían necesariamente conocerse... Esta entrega directa permite un acuerdo entre particulares que luego es refrendado por un Juzgado si las partes cumplen con los requisitos legales y técnicos exigidos"; y destaca la frecuencia de situaciones en las que irrumpen "el dinero o bienes en un intercambio donde debería primar el desinterés y el amor". (La Adopción. Una aproximación desde la Antropología del Parentesco. Mónica Tarducci, 2011, Librería de mujeres editoras. p. 90).

De tal modo, debe descartarse que dicho instrumento contenga la voluntad libre e informadamente de los padres de Á. M. Es más, en oportunidad en que estos se expresaron ante mí, con el debido asesoramiento y patrocinio jurídico, fueron terminantes en su voluntad de oponerse a la guarda pretendida.

Así, la guarda de hecho exhibida por el matrimonio peticionante no reviste ninguna de las excepciones legales previstas a fin de considerar legítima la misma. El intento de convalidar la ilegitimidad de la entrega de la niña con una resolución judicial, no puede pretenderse con la sola presentación de un documento privado (cuestionado por los padres de la niña) y la argumentación del transcurso del tiempo desde que se efectivizara la entrega.

En tal sentido, "es doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 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... no alcanza

para tener derecho a acceder a la adopción... La justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta al niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoja está constreñida a respetar. Lo contrario violenta la tutela judicial efectiva que reclama el respeto del procedimiento previsto por la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 CDN; 18 CN; 15 Const. Prov.; ley 26061, arts. 27 y 33)” SCBA, “NNo Areco. G. M. s/ medida de abrigo”, 11-4-2012, cit. por Fernández Silvia, “En el interés superior ¿del niño?. Nuevamente sobre el orden público en materia de adopción y el valor de la entrega directa”, RDF, 2015 III.

En el caso en estudio, mal se puede pretender que el Poder Judicial convalide situaciones de extrema irregularidad como la que aquí se denuncia, en la que el mantenimiento de una situación de hecho, y una entrega ilegítima se exhiben como único fundamento para dar legitimidad a una guarda que viola los derechos de la niña a ser criada por su familia de origen, y de no ser así a ser incluida en el ámbito de una familia postulada y evaluada por las autoridades competentes a los fines de su adopción.

Se ha violado el “debido proceso de infancia” (conf. Fernández, Silvia, cit.), y ello no es un detalle, por el contrario constituye una abierta violación a los derechos fundamentales de la niña Á. M. M.

Debemos tener presente que la resignación de los derechos emergentes de la responsabilidad parental que se observa en el documento firmado por las partes constituye de por sí una situación de grave vulneración de derechos de la niña. Deja de por sí “expuesto al niño a la situación de vulneración que posibilita la ocurrencia de situaciones lesivas a sus derechos y sobre las que el orden jurídico no puede volver la espalda. Justamente a estos fines ha sido diseñado el Sistema de Protección Integral de Derechos del Niño, que parte de la consideración de su condición de sujeto de derecho (art. 3° CDN; 3° ley 26061), e independiza su situación de las decisiones y persona de sus padres” (Kemelmajer de Carlucci, Aída,

Herrera Marisa, Lloreras Nora, "Tratado de Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, 2014, T III p. 322).

Por tanto no puede argumentarse el supuesto desprendimiento de la responsabilidad de cuidado de la niña, por parte de sus padres, como elemento constitutivo de una guarda irregular y violatoria de los derechos de aquella. La firma de un "convenio" no puede desbaratar un sistema de protección estructurado sobre la base de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que tiene a éste como principal sujeto de derechos. De convalidar dicho procedimiento se estaría violando, además de los derechos de la niña, el compromiso del Estado de brindarle a la niña protección especial, en los términos de dicha convención, como se destaca en los siguientes apartados.

Entre la autonomía de la voluntad de los padres, seriamente viciada en este caso, y el interés superior de la niña, debe emerger la figura del juez como garante de derechos y principios constitucionales para decidir conforme los derechos de esta última.

Otro elemento que obsta a la posibilidad de otorgamiento de la guarda pretendida, es la falta de inscripción y aprobación de los pretendientes en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción de la SCBA (conforme certificación actuarial) como corresponde de acuerdo a la legislación vigente (art. 17 y sgts. Ley 14528, Ley nacional 25854, Ac. 3607 SCBA). Su inobservancia, como lo prevé el nuevo art. 634 del CCyC, es causal de nulidad absoluta de la adopción.

La falta de registración, entonces, se entiende como una nueva violación por parte del matrimonio peticionante, a la actual normativa. Se trata de la legislación que procura que sea el Estado "como garante último de los derechos" quien seleccione "los mejores padres para un niño", por lo que "el debido paso por el registro de adoptantes constituye un elemento central para el logro de este objetivo fundado, en definitiva, en el interés superior del niño" (Herrera Marisa, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto del Código Civil", JA, 2012, II, 1361).

La falta de cumplimiento con dicha normativa no puede considerarse un simple formalismo. Ha dicho la CIDH en el caso Fornerón e Hija Vs. Argentina que “La observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales”.

Por tanto habrá de considerarse el incumplimiento de la registración y aprobación de la postulación de los requirentes con fines de adopción, como una nueva irregularidad que violó la normativa prevista para preservar el interés superior del niño, y que por ende impide asimismo el otorgamiento de la medida requerida.

En otro sentido, y más allá de pretender legitimar la guarda de la niña con el instrumento acompañado, los actores alegan el transcurso del tiempo como generador de un vínculo de entre ellos y la niña Á.

Entiendo que dicha argumentación también tiene como finalidad alterar el sistema de protección de derechos vigente. El hecho de no haber dado aviso a los organismos administrativos y judiciales correspondientes en un tiempo prudencial desde que los actores ejercen la guarda de hecho, constituye otro elemento que debe sumarse a las ya mentadas irregularidades que rodearon la entrega de la niña. No puede dicha guarda ser considerada legítima por el solo hecho de haber transcurrido un año y medio desde su otorgamiento, y menos aún si durante dicho plazo no se hizo más que violar el derecho de la niña a ser sujeto del sistema de protección de derechos.

La alegación del factor tiempo como condicionante de la decisión judicial debe ser desestimada, si tanto el acto de la entrega de la niña como la guarda ejercida se vieron rodeadas de ilegitimidades y engaños.

La CIDH tiene dicho que “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales... los procedimientos

administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades” (Fornerón e Hija vs Argentina).

Prorrogar en el tiempo un vínculo viciado de ilegitimidad y engaño al sistema de protección de derechos del niño, suma una nueva violación a los derechos de la niña.

Eva Giberti, desde su disciplina, aporta una interesante apreciación al respecto, en lo que describe como mecanismo utilizado en las denominadas "guardas puestas": “Una vez transcurridos seis u ocho meses o un año de vida del niño, los pretensos adoptantes se presentan ante el juzgado solicitando una guarda provisoria, contándole al juez que ese niño les fue “dejado” por la madre para su cuidado...”, y asegura que en muchas situaciones, basándose en un criterio “contractualista” dicha situación es avalada desde el poder judicial “cuando el niño ya tiene un año o más...”, por considerar que la separación de los guardadores “podría resultar traumática para su desarrollo psíquico, al alejarlo de quienes lo han criado desde el primer mes de vida”... “Sin embargo... ese cambio puede instituirse en una ventaja para el niño si es trasladado desde ese preludio de familia hacia otra, respetuosa de la ley”. (Adopción siglo XXI. Leyes y deseos. Eva Giberti, Sudamericana. 2010. P. 171/172).

Ninguna duda cabe al suscripto que el rechazo de la guarda intentada y la adopción de una medida de abrigo con relación a Á. M. M. son las medidas que mejor satisfacen su interés superior, y constituyen los primeros pasos en el camino de restitución de derechos de esta niña, que han sido desde los primeros meses de vida y hasta el presente ignorados por quienes hoy piden su guarda adoptiva.

La obligación jurisdiccional de garantizar los derechos de la niña.

Si bien queda claro a esta altura la improcedencia de la acción de guarda, entiende el suscripto necesario hacer hincapié en el sentido de su función jurisdiccional, la que de ninguna manera se agota con el simple rechazo de la demanda.

El Juez tiene el deber de garantizar el cumplimiento de la obligación estatal de protección especial de los niños, niñas y adolescentes -conf. arts. 18 a 21 CDN- a través del control jurisdiccional. En tal sentido deberá cumplir también con el mandato que le imponen los arts. 75 inc. 23 de la CN -adoptar “medidas de acción positivas que garanticen el goce y ejercicio de derechos... respecto de niños”-, 36 inc. 2 de la Constitución provincial -“todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos”- y los ya citados arts. 18 a 21 CDN.

El juez deberá entonces garantizar la efectividad de los derechos del niño, constatando que se han tomado las medidas de protección apropiadas por los organismos administrativos pertinentes, y de no ser así, ordenarlas y supervisar su cumplimiento hasta la efectiva satisfacción de aquellos.

La CIDH en la Opinión Consultiva 17/2002, punto 7, dispone: “...el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas”.

La misma CIDH en el caso “Fornerón e Hija vs Argentina”, en su sentencia de fecha 27 de abril de 2012, en lo que significó un claro mensaje al Estado argentino en general, y al Poder Judicial en particular, determina que nuestro país fue “responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana”. La no intervención del suscripto para

resolver la situación ilegítima de “tenencia” de la niña por parte de los peticionantes, configuraría una clara violación a tales derechos.

Debe tenerse presente que “desde que se prohíbe a las personas hacerse justicia por mano propia, el Estado asume la obligación de administrarla, de lo cual deriva la acción, o sea el derecho de requerir la intervención del Estado para el esclarecimiento o la protección de un derecho”, (Alsina, Hugo, “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, cit. por Masciotra, Mario en “Poderes-deberes de la actividad jurisdiccional”, Revista de Derecho Procesal, 2015-1, p. 21); y que la jurisdicción, además de un poder es “un deber en cuanto el orden jurídico le impone a aquellos que ejercen dicho poder el sometimiento al orden jurídico, y cumplimentar su ejercicio a fin de satisfacer el derecho que les corresponde a los sujetos jurídicos en resguardo de sus propios derechos” (Masciotra... cit. p. 24).

Si, como se ha dicho, “el órgano jurisdiccional ejerce un control amplio, suficiente y definitivo” (“Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, Famá, María Victoria, Gil Domínguez, Andrés; Herrera, Marisa; LA LEY2007-D, 876), sobre las medidas de protección adoptadas por el organismo administrativo, mucha mayor responsabilidad le cabe cuando dicha intervención no se ha producido por la abierta violación de los derechos de un niño, en este caso Á. M. M.

No puede el juez permanecer al margen de la violación de derechos fundamentales de una niña, como el de su interés superior, el de su identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada y la preservación de vínculos fraternos (art. 595 CCyC). El Poder Judicial no puede constituirse en simple espectador de la consolidación de una situación de hecho nacida de un contrato a espaldas del Estado.

Deberá al efecto tenerse en cuenta las disposiciones de los ya citados arts. 6 de la Ley 14528 y 611 del CCyC, que disponen "Queda prohibida

expresamente la entrega directa en guarda de niños niñas y adolescentes" y facultan del Juez a la separación del niño de los pretensos guardadores cuando no se da la excepción de la preexistencia de vínculo de parentesco (según el CCyC) o afectivo (Ley 14528).

Asimismo, integrando el conjunto de normas que se vienen destacando con relación a la facultad jurisdiccional de adoptar una medida en casos como el de autos, el art. 232 del CPCC faculta al suscripto a intervenir en resguardo de los derechos mencionados, a fin de asegurar debidamente su cumplimiento e intentando evitar perjuicios futuros.

Por ello, resulta claro en las presentes actuaciones que se debe disponer la intervención del organismo correspondiente a fin de que adopte la medida de excepcional de protección de derechos que entienda apropiada a las circunstancias de la niña Á. M. M.

Habré de destacar que tanto la Asesoría de Incapaces, como la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, solicitan en sus presentaciones que se disponga la adopción de una medida de abrigo que garantice la restitución de los derechos de la niña, que les fueron negados hasta el presente.

En tal sentido, y de acuerdo a lo que surge de las constancias de autos, en especial del informe de entrevista elaborado por la lic. Karina Moya, entiende el suscripto que en la medida a adoptarse por el Servicio Local de Protección de Derechos de San Miguel, deberá contemplarse la posibilidad de que Á. M. permanezca al abrigo de la persona que se encontraría al cuidado de su hermano F., de 5 años de edad.

Por todo lo aquí expuesto,

**RESUELVO:**

I) Rechazar in límine el pedido de guarda con miras a adopción de la niña Á. M. M., formulado por el matrimonio S. y G. (Arts. 3, 5, 9, 18, 19 y 20 CDN; 75 inc. 22 y 23 CN; 15 y 36 inc. 2° de la Const. Prov.; 7, 10, 16, 17 de la Ley 14528; 594, 595, 607, 611, 634 del nuevo CCyC, y 318 del CC; 232 y 336 CPCC; Ac. 3607 SCBA).

II) Disponer la inmediata intervención del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de San Miguel a fin de que adopte la correspondiente medida de abrigo conforme la situación de vulneración en la que se encuentra la niña, en los términos de la ley 13298.

III) Disponer asimismo, solo para el caso de ser necesario, la intervención de personal policial femenino no uniformado, a fin de que preste colaboración con el mencionado organismo administrativo en la adopción de dicha medida.

IV) Dar intervención al Servicio Social del Juzgado a fin de que brinde colaboración con el SLPPD de San Miguel en la evaluación sobre la posible incorporación de la niña al grupo familiar de la Sra. María Belén D'Aveta (arg. arts. 35 bis. Ley 13298, 10 Ley 14528).

V) Dar intervención a la UFI en turno a los fines de que se investigue la posible comisión de un delito, adjuntándose al oficio a librarse copia íntegra de estos actuados.

VI) Remitir copia de la totalidad de las actuaciones al Registro Central de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción, conforme lo dispone el art. 2 inc. f) de la Ac. 3607 SCBA.

VII) Disponer la intervención de la Secretaría Nacional de Niñez, a efectos de que tome las medidas que se encuentren a su alcance con relación a la totalidad de los niños mencionados en los informes obrantes en autos, en forma articulada con los respectivos servicios de protección de derechos de las provincias en los que se encuentren radicados. Asimismo autorízase a dicho organismo a intervenir en forma articulada con el SLPPD de San Miguel a efectos de colaborar en el proceso de restitución de derechos de la niña Á. M. M.

VIII) Librar oficio al organismo de protección de derechos del niño correspondiente a la aplicación de la ley 26061, en la localidad de San Vincente, Misiones, a fin de que tome debida intervención con relación a los

hijos de la Sra. R. radicados en dicha localidad.

IX) Diferir la regulación de honorarios de la letrada patrocinante de los actores para el momento oportuno.

**REGISTRESE. NOTIFIQUESE** por cédula Secretaría al domicilio constituido por los peticionantes, al Ministerio Pupilar y a la Sra. Defensora Oficial en su Público Despacho. Asimismo, líbrese oficio a la Defensoría Civil de San Vicente a fin de notificar la presente resolución a los progenitores de la niña Ángela Milagros Machado,

**Pablo Ernesto Raffo**

**Juez**