

**Derechos y garantías. Derechos del niño. Interés superior del niño. Renuncia a la maternidad realizada por una menor de edad sin patrocinio letrado y sin consentimiento de sus padres. Vicios del consentimiento. Nulidad de las actuaciones. Guarda provisoria de la menor. Inscripción en el Registro provincial. Carácter supletorio del Registro Nacional. Irregularidades verificadas en el proceso de guarda. Revinculación del niño con su madre y familia biológica. Artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño**

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 23 días del mes de Junio de 2011, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. EMILIO ARMANDO IBARLUCIA Y ROBERTO ANGEL BAGATTIN, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el **Expte. Nº SI-113401**, en los autos: **“S.M.A S/ ART 19 DE LA CIDN”.-**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1.- ¿Están viciadas de nulidad las actuaciones hasta la sentencia de fs. 86/103?

2º.- En su caso, ¿qué decisión corresponde adoptar en relación a la situación actual de guarda provisoria de la niña M. S. y qué medidas deben disponerse?

3º.- En su caso, ¿en qué tribunal corresponde que continúen las actuaciones?

4º.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio Armando Ibarlucía y Roberto Angel Bagattin.-

### **VOTACION**

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- Llegan estos autos a esta Cámara por apelación de la resolución dictada a fs. 86/103 por la titular del Juzgado de Garantías del Joven Nº 1 de Moreno, que declara el estado de abandono y en situación de adoptabilidad a la niña M. S., por parte de su madre biológica M. A. S. representada por su madre N. V. G., quien expresa agravios a fs. 119/21.

Oída la menor apelante y sus representantes en audiencia en este tribunal, cumplidas las medidas para mejor proveer ordenadas y evacuadas las vistas

por los titulares del Ministerio Público de Incapaces tanto en representación promiscua de la niña M. S. como de la niña M. A. S., las actuaciones se hallan en condiciones de ser resueltas.

## II.- Antecedentes de la causa.

Se iniciaron estas actuaciones por presentación de N. V. G. y G. S. el día 19/08/2008 en el Juzgado de Garantías del Joven de Moreno. Del acta obrante a fs. 1 y vta, surge que los mismos manifestaron que, habiendo advertido que su hija M. A. S., de 15 años de edad en ese momento, tenía una actitud rara, la llevaron a una médica, quien ordenó una ecografía, de la cual resultó que estaba atravesando un embarazo de siete meses. Agregaron que M. indicaba que el padre era D. R. R., ex cuñado de ellos, que había realizado trabajos en su domicilio.

La jueza ordenó la formación de causa (art. 19 C.I.D.N.) y se le practicó a la niña M. A. un examen médico. De este informe surge que M. relató que desde noviembre de 2006 D. R., ex pareja de su tía, comenzó a seducirla y bajo amenazas de hacerle “algo” a su hermana y a su mamá, en enero de 2008 abusó sexualmente de ella, dejándola embarazada, circunstancia que ocultó hasta un mes atrás. El médico constató un embarazo de 29 semanas (fs. 3/5).

La magistrada ordenó también un estudio psicológico de la menor para que se informara sobre si existían indicadores de abuso sexual infantil y la viabilidad de acciones tuitivas respecto de la misma.

El informe de la licenciada en psicología del Cuerpo Técnico Auxiliar (de fecha 3/10/08) dio cuenta del relato de la niña sobre cómo había ocurrido el abuso sexual, y que dijo que no podía ni quería ocuparse de la crianza de la niña por nacer y que era su deseo darla en adopción, dado que no se hallaba capacitada para criar un bebé, siendo su interés completar sus estudios y reanudar sus actividades. Asimismo, que expresó que no podía tolerar la idea de que la niña se pareciera a Daniel o que le hiciera acordar y que nunca sabría cómo explicarle el vínculo familiar, agregando que se imaginaba que la niña podía tener una familia con padres que quisieran criarla “como una hija”. En la evaluación psicológica dijo la licenciada que la niña era inmadura, infantil (no acode con la edad cronológica), con dificultades para procurarse autonomía afectiva, dependiente y sobreadaptada a las exigencias de los adultos. En la parte final del informe expresó que la niña manifestaba su imposibilidad de mantener al bebé, que tenía registro de sus capacidades y limitaciones, y que entendía que debía accederse a lo que pedía “a través de las medidas que correspondieran” como así también “a un espacio psicoterapéutico” (fs. 40/43vta.).

El día 3/10/09 se recibió “declaración testimonial” a N. V. G., con la presencia de la niña M. A. S. El acta da cuenta de que, luego de decir que la

ginecóloga les había dicho que ésta estaba cursando un embarazo de ocho meses y que continuaba sus estudios, se les preguntó qué querían hacer cuando naciera el bebé y respondieron “darlo en adopción” (fs. 23).

A fs. 44 obra copia de un oficio al Director del Hospital Posadas firmado por la jueza de fecha 22/10/08, donde se le hace saber que *“si la joven M. A. S. ingresara en dicho nosocomio en el horario de la noche por guardia, para dar a luz a su hijo (el cual es producto de un abuso sexual infantil) el niño por nacer quedará internado en neonatología toda vez que no será favorable la vinculación con su progenitoria y a exclusiva disposición del Tribunal”*.

A fs. 46, con fecha 23/10/08, la jueza dispuso librar oficio al Hospital Posadas a fin de que se le practicara operación de cesárea a M. *“quien ha sido internada en el dicho nosocomio en el día de la fecha en orden a dar a luz y se trata de una víctima de violación y abuso sexual infantil intrafamiliar”*. El mismo auto ordenó hacer saber a dicha institución que el niño o niña por nacer *“quedará internado en neonatología toda vez que no será favorable la vinculación con su progenitoria y a exclusiva disposición de este Tribunal”*, y que la joven debía egresar bajo la guarda y responsabilidad de su progenitora.

A fs. 47 obra copia del oficio respectivo – firmado por la jueza, de fecha 23/10/08 - ordenando la operación de cesárea. En la parte final dice: *“Se deja constancia la misma formuló su renuncia a la patria potestad sobre el niño o niña por nacer, así como sus representantes legales y no existe ningún motivo para la vinculación de madre e hijo”*. A continuación existe copia de oficio de igual fecha ordenando que la niña que naciera quedara internada en neonatología a exclusiva disposición del tribunal.

A fs. 46vta., con fecha 29/10/08 el Asesor de Menores Dr. Alexis Kosicki se notificó del auto referido.

A fs. 52 el Asesor acompañó acta labrada en su despacho – del 5/11/08 - de comparecencia de la madre de M., donde solicitó que se dispusiera un perímetro de exclusión dado que R. se había cruzado con su hija, saludándola de manera irónica. El acta expresa que la referida dijo que su hija se hallaba bien y que concurriría al psicólogo (fs. 53). El pedido fue puesto en conocimiento de la U.F.I. interviniente.

Recibido el informe del hospital sobre el estado de salud de la niña nacida, con fecha 14/11/08 la jueza, previa evaluación de los antecedentes de la causa, dispuso 1) solicitar a la Asociación Familias de Esperanza que proveyera guarda institucional a la niña; 2) librar oficio al Hospital Posadas para que hiciera entrega de la documentación relativa al nacimiento; 3) designar audiencia para el 29/12/08 para que la niña compareciera con sus padres y la presencia del Asesor de Incapaces a los fines del art. 317 inc. a)

del C.C.; 4) cumplimentar la “noticia criminis” a la Fiscalía General Departamental; 5) formar causa sobre inscripción de nacimiento.

Con la misma fecha obra a fs. 63 oficio a la Asociación Familia de Esperanza solicitando la guarda institucional referida.

A fs. 67 obra acta de audiencia de fecha 29/12/08 llevada a cabo con la niña M. acompañada por su madre sin la presencia del Asesor de Menores. De la misma surge que manifestaron que M. se hallaba “bien”, que se había anotado para comenzar el primer año del secundario y que se hallaba realizando tratamiento psicológico, aunque lo había suspendido. Asimismo consta que, preguntada si era su deseo dar a la niña nacida en adopción, respondió que si al igual que su madre. Consta en el acta: *“Que la menor manifiesta que es su deseo que la bebé esté con una familia que pueda cuidarla y la dicente seguir estudiando y seguir con su vida, con lo cual la progenitora de la menor manifiesta estar de acuerdo”*.

Con la misma fecha obra constancia de que la jueza oyó personalmente a la niña M. a tenor del art. 12 de la CIDN (fs. 68).

A fs. 83 obra un escrito de la Dra. L. V. R. – con cargo del 8/06/10 - donde expresa que ha sido designada por el Colegio de Abogados de Mercedes como defensora de N. V. G. (madre de M. A. S.) para su patrocinio jurídico gratuito (acompaña la nota respectiva) y solicita que se le autorice a consultar el expediente. A continuación, con fecha 16/06/10, N. G. autoriza a la letrada a ver el expte. A fs. 85 la Dra. R. – por escrito del 18/06/10 - dice que se ha presentado en varias oportunidades en el Juzgado pidiendo ver las actuaciones sin poder hacerlo, por lo que pide el pronto despacho a fin de formular “peticiones urgentes”.

### III.- La resolución apelada.

El 12/07/10 la jueza dicta la resolución que motiva la apelación ante esta Cámara.

Por medio de la misma, luego de referenciar los antecedentes de la causa, la magistrada menciona la audiencia llevada a cabo con la niña y su madre, pasado el tiempo previsto por el art. 317 inc. a) del C.C., en donde ambas manifestaron su deseo de dar a la niña nacido en adopción, expresión reiterada por M. en la audiencia personal con ella.

A continuación analiza si concurre en el caso la situación de abandono o desamparo contemplada por el artículo referido, llegando a la respuesta afirmativa. Dice que, de acuerdo al régimen legal vigente, no es necesaria la declaración de la privación de la patria potestad, siendo suficiente la constatación del estado o situación de abandono, que pone fin a la misma, aunque aclara que debe hablarse más propiamente de “desamparo”.

Expresa que las manifestaciones de M. en el sentido de querer que la niña nacida sea criada por una familia con padres que la quieran como una hija importa lucidez de su parte, dado que la coloca “desde” y “hacia” ella, y que desde su dolor ha podido pensar en un “otro” empáticamente e imaginar que pueda integrarse a una familia.

Sostiene que el criterio sobre la privación de la patria potestad no debe mirarse desde el reproche, sino desde el fundamento de la renuncia en el interés superior de la recién nacida. Y agrega: *“Inducirla a una decisión contraria – tan común en quienes propalan la vinculación de abusadores con abusados, invisibilizando el abuso y arrojando un manto de impunidad sobre el delito -, sería sin más condenar a M. y a su hija a la infelicidad: a la niña, a llevar como pesada mochila el rostro del abusador y a su madre biológica a recordar permanentemente el origen de su nacimiento. Una vida sin respuestas a las lógicas preguntas de los pequeños en su crecimiento y en la construcción de su vida social. Transitar la existencia con el sello del abuso sexual deja marcas psíquicas que trascienden el ámbito de lo familiar y funcionan en lo social como herencias malditas que excluyen y victimizan sine die”* (fs. 100 y vta.)

Luego de citar los principios del interés superior del niño y de la protección integral consagrados en la Convención Internacional del Derechos del Niño y un fallo de la Corte Suprema Nacional acerca de su interpretación, concluye: 1) declarando el estado de desamparo de la niña M. S. (arts. 307 y 310 C.C.; 2) declarando a la niña M. en estado de adoptabilidad; 3) formando causa para el trámite relacionado con la niña, caratulada “S., M., s/ Medida de protección”; 4) prosiguiendo la intervención jurisdiccional hasta verificar que la vulneración de la joven M. A. S. haya cesado.

El 4/09/10 fue notificada la representante legal de M. S. (fs. 107) y el día 8 del mismo mes apeló, recurso que fue concedido libremente (fs. 112).

#### IV.- 1.- La expresión de agravios.

Arribados los autos a esta alzada el 15/10/10 y puestos para expresar agravios, se presentan con fecha 8/11/10.

Básicamente expresa la madre de M. que, si bien esta fue citada en tres oportunidades antes de dar a luz, se hallaba bajo tratamiento psicológico por el estado de conmoción vivido por el abuso infantil vivido. Fue así – dice – que no se encontraba en un ámbito de confianza al concurrir al Juzgado y tampoco podía explayarse “sin sentir presión”, razón por la cual no dio su consentimiento para dar a su hija en adopción en forma “libre”, o sea, “libre de presiones, libre de angustia, libre de conmoción, libre de limitaciones”.

Añade que tampoco se respetó su estado de puerperio, período de perturbación y depresión, y que no se tomó cuidado de vincular el mismo con la angustiante situación de M. por haber sido víctima de abuso.

Expresa que a M. se le negó la posibilidad de “hacerse con su hija” toda vez que ni siquiera vio a la beba cuando nació, como asimismo se le negó a la niña M. el derecho a la identidad consagrado en la CIDN.

Dice que M., acompañada por ella, concurrió en varias oportunidades al Juzgado antes del dictado de la sentencia para manifestar a la jueza su voluntad de tener contacto con su hija, lo que no fue posible, como tampoco que le mostraran el expediente. Se le privó de ese modo – afirma – de la posibilidad de acreditar las circunstancias fácticas que avalaban su pedido y que implicaban un cambio favorable para la niña M. respecto de la situación imperante al momento de la entrega.

Cuestiona que la jueza no haya indagado sobre la posibilidad de dar en guarda a la niña nacida a familiares cercanos a los fines de mantenerla cerca de sus vínculos filiatorios, conforme prescriben los arts. 7 y 9 de la CIDN.

Finalmente, invocando el principio del interés superior del niño, solicita que se revoque la sentencia recurrida y se ordene el restablecimiento del contacto de M. con su hija M.

## 2.- El dictamen del Asesor de Menores.

Corrido el pertinente traslado al Asesor de Menores Dr. Kosicki, se pronuncia por la confirmación de la sentencia. Sostiene en tal sentido que del art. 9 de la CIDN se extrae que, si bien el principio general es que debe velarse por no separar a los hijos de sus padres, ello tiene su excepción cuando es necesario para su superior interés, y que así surge del dictamen psicológico de autos donde M. expresó su deseo de que fuera dada en adopción. Señala que de dicho dictamen surge que la adolescente no padeció de patología alguna o impedimento en el momento de expresarse de esa manera y que no estaba cursando el estado puerperal, voluntad que también vertió en el Juzgado y en la sede de la Asesoría, lo mismo que su madre. Agrega que resultaría “iatrogénico” para el desarrollo psíquico y social de la niña M. retrotraer su status de vida. En cuanto al derecho a la identidad expresa que nada indica que no se respete toda vez que ha sido llamada M. S. y ha de cumplirse con lo estatuido por el art. 321 inc. h del C.C.. Respecto de que no fuera entregada a familiares cercanos dice que obedece a que la causa se inició por una relación sexual abusiva, y que lo que se pretende es dotar a la niña de padres que asuman su rol de tales.

## 3.- Las actuaciones llevadas a cabo en esta Sala.

Llamados los autos a sentencia y practicado el sorteo de ley, la primera medida de esta Sala fue convocar a audiencia a la niña M. S., a sus padres y al Asesor de Incapaces, en cumplimiento de los arts. 12 de la CIDN, 27 de la ley 26.061 y 4 de la ley provincial 23.298.

En la audiencia, con la presencia de letrada patrocinante, el padre de la menor ratificó la apelación en nombre de esta. Ambos padres, además de relatar cómo ocurrieron los hechos, ratificaron su voluntad de que la niña M. viviera y fuera criada con ellos. Lo mismo expresó M. una vez retirados sus padres de la audiencia, manifestando su deseo de tener contacto previo con ella (fs. 133).

Con motivo de ello, se pidió al Juzgado de Moreno la remisión del expte. "S., M. s/ Protección", y recibido el mismo, se citó a audiencia a los guardadores de la niña M. S. con patrocinio letrado y al Asesor de Menores. Como medida para mejor proveer se ordenó a) un informe socio ambiental de M. S. y su núcleo familiar; b) un informe psicológico de M. y sus padres, con especial pedido de que informaran sobre las razones motivantes del cambio de postura en relación a la inicial obrante en la causa; c) informe al Registro Único de Aspirantes con fines de Adopción (RUAGA) acerca de si los guardadores de autos fueron admitidos en el Registro y remisión de copias auténticas de la documentación respectiva. (fs. 137).

Se practicaron dos citaciones fracasadas a los guardadores, y finalmente se requirió a la jueza del Juzgado de Moreno que se encargara de citarlos fijándose al efecto una tercera audiencia. Al mismo tiempo se le pidió que remitiera actuaciones complementarias sobre los guardadores en el caso de que existieran (fs. 151).

Se recibieron los informes ambiental y psicológico ordenados.

Luego de una nueva postergación de audiencia a pedido de los guardadores, se llevó a cabo la misma, a la que comparecieron con la niña M. S., con patrocinio letrado y con la presencia del Asesor de Menores, dejándose constancia de lo hablado en el acta respectiva (fs. 183/84).

El Asesor de Menores pidió un informe ambiental respecto de los guardadores y la niña M., y un informe psicológico de esta última.

El Tribunal ordenó el informe socio-ambiental y tuvo presente por el momento el dictamen psicológico pedido. Asimismo, se decidió que, para un mejor resguardo de los intereses de la menor M. S. interviniera otro Asesor de Menores, designando al efecto al titular de la Asesoría N° 2. (fs. 193/94).

El Dr. Santarciero presentó el dictamen respectivo, luego de tener una entrevista personal con la menor y sus padres (fs. 205/10).

Se presentó el informe socio-ambiental de la familia guardadora.

Estos presentaron un escrito solicitando ser tenidos por parte, y además que se los designara tutores especiales de la niña M. S., a lo que no se hizo lugar, sin perjuicio de hacérseles saber que se les recibirían los escritos que presentaran (fs. 229).

Corrida vista de los últimos informes al Asesor de Menores Dr. Kosicki se expidió a fs. 231 y acompañó un acta de fecha 5/11/08 labrada en la Asesoría (fs. 232) en la que consta que M. A., acompañada de su madre, manifestó que era su deseo que la niña recién nacida fuera dada en adopción y reiteró su pedido de que se hiciera una evaluación psicológica de la niña M., lo que se tuvo presente.

Habiéndose integrado el tribunal con el Dr. Roberto Bagattín por licencia transitoria del Dr. Roberto P. Sánchez, se fijó nueva audiencia para oír personalmente a la niña M. S., acompañada de sus representantes legales y patrocinio letrado, en cumplimiento del art. 12 de la CIDN y normas concordantes, lo que se llevó a cabo, con la presencia del Asesor de Menores Dr. Santarciero (fs. 235/37).

Cumplidas las medidas para mejor proveer ordenadas y evacuadas las vistas conferidas a los representantes del Ministerio Público de Menores, los autos se encuentran en condiciones de ser resueltos.

#### V.- Alcance de la competencia de esta Cámara.

La primera cuestión que ha sido sometida a consideración del acuerdo es si las actuaciones llevadas a cabo hasta la sentencia de fs. 86/103 están viciadas de nulidad.

Al respecto cabe aclarar que el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia (art. 253 CPCC), pero en los procesos donde está comprometido el orden público y principios de jerarquía constitucional le corresponde al tribunal de apelación analizar la validez de las actuaciones cumplidas desde su inicio y, en su caso, declarar la nulidad de lo actuado. Así lo ha expresado la Suprema Corte de la provincia en numerosas ocasiones, sobre todo con la finalidad de resguardar una de las garantías básicas de nuestro sistema constitucional: la defensa en juicio y el debido proceso legal (art. 18 C.N.) (Ac. 34.039, 8/10/85; AC. 51.073, 1/03/94; Ac. 53.972, 19/12/95; Ac. 75.561, 28/05/03; Ac. 90.832, 8/03/07; C. 90.709, 17/02/10; C. 104.588, JUBA).

Concordantemente, tiene dicho la casación provincial que las garantías y formas elementales del proceso están impuestas, no en salvaguarda de ellas mismas, sino de los derechos sustanciales cuya consagración pondera, y en particular en los procesos de familia (Ac. 56.533, 16/03/99, LL. Bs. As., junio

de 1999, p. 558). Asimismo, ha dicho el superior tribunal que mediando flagrante violación de la garantías consagrada por el art. 18 de la C.N. debe declararse de oficio la nulidad de las actuaciones en resguardo de las garantías básicas del orden jurídico (Ac. 80.481, 19/02/02; C. 93.677, 3/06/09). Además está decir que de la misma forma se han expresado en numerosas oportunidades otros tribunales de la provincia (CC0002 Azul, c. 40.557, RSD-70-98, 13/07/98; CC0002 QL, c. 3711, RSD-105-00, 12/08/00; TC0002 LP, c. 12.421, RSD-299-6, 11/06/06, esta Sala, causa n<sup>a</sup> 113-336 del 26/04/11, entre otras).

Corresponde analizar si las actuaciones están viciadas de nulidad.

#### VI.- Cuestión previa: el marco jurídico constitucional y legal que rige el caso.

La reforma constitucional de 1994 elevó a jerarquía constitucional la Convención Internacional de Derechos del Niño (art. 75 inc. 22), punto de partida, entonces, de todo análisis de conflictos suscitados en los que los derechos de los niños y adolescentes estén afectados. El principio rector de la Convención es que siempre las instituciones públicas o privadas y los tribunales deben atender al *interés superior del niño* cuando tomen cualquier medida que concierna a sus intereses (art. 3).

El principio, naturalmente, debe ser entendido desde una comprensión integral y armónica del resto de los principios y directivas de la Convención. Así, el art. 7.1 prescribe que el niño tiene derecho *desde que nace* a un nombre, a adquirir un nacionalidad y, en la medida de lo posible, *a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*. Concordantemente, el art. 8.1 dice que los Estados partes se comprometen a respetar el *derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, *el nombre y las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas. A su vez, el art. 9.1 prescribe que los Estados partes deben velar por que el niño *no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos* excepto cuando, a reserva de revisión judicial, la autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior. Agrega a continuación que esa determinación puede ser necesaria, entre otros motivos, cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

En septiembre de 2005 se dictó la ley 26.061 – llamada “Ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” -, que es reglamentaria de la Convención y por ende es de aplicación en todo el país. La misma pone especial acento en el derecho de los niños *aconocer quiénes son sus padres* y en la *preservación de las relaciones familiares* (art. 11 1er. párr.) y prescribe que los organismos del Estado deben facilitar el *encuentro o reencuentro familiar*, y que los niños *tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con*

*sus padres* aún en casos extremos, salvo que se violare alguno de sus derechos (art. 11 2do. párr.). Asimismo, establece que sólo en los casos que ello sea imposible y *en forma excepcional* tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva de conformidad con la ley (art. 11 4to. párr.).

La ley define las medidas de protección integral de los derechos de los niños (art. 33). En el art. 35 establece que deben aplicarse prioritariamente las medidas de protección que tengan por finalidad la *preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares*, y en el art. 37 que deben tender a que *permanezca viviendo con su grupo familiar*. A su vez, califica como *medidas excepcionales* aquellas que se adopten cuando los niños estén temporal o permanentemente privados de su núcleo familiar (arts. 39 y 40). El art. 41 establece los criterios con que deben aplicarse tales medidas de excepción, consistentes básicamente en la *búsqueda de personas vinculadas a los niños por parentesco o afinidad* en caso de permanencia temporal en ámbitos temporales alternativos, preservar el vínculo con los hermanos, y en ningún caso que el fundamento de una medida excepcional sea la falta de recursos económicos, físicos o de programas del organismo administrativo (arts. 33 y 41).

La ley provincial 13.298 – llamada “Ley de promoción y protección integral de los derechos de los niños” – contiene principios, directivas y reglas de aplicación que se compadecen con las enunciadas y, en caso de duda, deben interpretarse en función de lo establecido por la Convención y la ley nacional.

Como síntesis de lo expuesto puede decirse que el *principio general* es la obligación del Estado (órganos administrativos y Poder Judicial) de preservar el vínculo de origen de los niños con sus padres y su familia de origen, y sólo como *excepción* apartarse de ello en casos extremos por razones debidamente fundadas.

El principio general señalado es un *mandato constitucional* y como tal todos los órganos del Estado y los jueces deben hacer todo lo posible por *maximizarlo*, o sea que se cumpla en la mayor medida posible (Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, CEPyC., Madrid, 2002, p. 81 y ss.). En consecuencia, todo apartamiento de ese mandato debe ser excepcional y justificarse partiendo de las directivas de la Convención y de la ley 26.061 señalados.

El marco constitucional y legal descripto coadyuva a la conclusión acerca de la nulidad de las actuaciones por los vicios apuntados, ya que nada de lo obrado se hizo partiendo de la base de que debe procurarse en la mayor medida posible la preservación del vínculo de origen y de las relaciones familiares.

## VII.- Nulidad de las actuaciones.

Partiendo del marco constitucional y legal descrito y de la habilitación de esta instancia para analizar la validez de las actuaciones – también por normas de orden constitucional -, se advierte de su lectura que están viciadas de nulidad por varias razones: 1º) porque no actuó la niña M. S. representada por ambos padres (art. 264 y cctes. C.C.; 2º) porque M. y su madre carecieron de la asistencia letrada obligatoria durante todo el proceso hasta la presentación de fs. 83 (art. 27 inc. c) de la ley 26.061; art. 15 de la Const. Prov.; art. 56 CPCC. y ley 5177); 3º) porque los actos procesales por los cuales M. expresó su voluntad de “renunciar” a su hija o de “entregarla ” con fines de adopción carecen de validez:: en un caso por haber sido anterior al nacimiento y en los otros porque se brindó sin que se le hubiera permitido tener contacto con su hija.

Explicaré a continuación cada una de las razones expuestas.

### 1º.- Falta de representación legal suficiente.

Al momento de firmar M. actas manifestando su voluntad de renunciar a su maternidad o de entregar a su hija en adopción era una niña (15 años de edad, art.1 CIDN) sometida a la patria potestad de sus padres. Desde la reforma del Código Civil por la ley 23.264 la patria postestad es ejercida por ambos padres en forma conjunta (art. 264). Sólo la ejerce uno de ellos cuando el hijo sea extramatrimonial y en tal caso se prefiere a aquel que tiene al hijo bajo su guarda (art. 264 inc. 5). En caso desacuerdo entre los padres debe acudir al juez para que resuelva la cuestión (art. 264 ter).

El art. 264 quater establece los supuestos en que se requiere el consentimiento *expreso* de ambos padres. La enumeración no incluye el caso de que la hija quiera dar a su hijo en adopción pero es obvio que está comprendido. Es inadmisibles pensar que haga falta el consentimiento expreso de ambos padres para estar en juicio, disponer de bienes muebles registrables e inmuebles de los hijos o ejercer actos de administración de los mismos (incs. 5, 6 y 7), pero que no sea necesario para tomar una decisión sobre la renuncia a un derecho personal de tanta trascendencia humana como el que emana de la paternidad o maternidad: nada mas ni nada menos que la renuncia a un hijo. Obviamente requiere el consentimiento de ambos padres del menor sujeto a patria potestad. El artículo no incluye expresamente este supuesto quizás porque el legislador no imaginó que pudiera darse un caso así, tanto por la poca frecuencia con que se ha dado o pueda darse que una niña reconocida por ambos padres que viven con ella renuncie a un hijo, como porque desde el mandato convencional y legal que hemos descrito, en caso de plantearse una situación así, los jueces intervinientes deben preservar las relaciones familiares, comenzando, obviamente por los abuelos del niño sujeto de esa hipotética renuncia.

La eventual interpretación en el sentido de que el art. 264 quater contiene una enumeración taxativa lo tornaría inconstitucional por contrariar los arts. 3, 7, 8 y 9 de la CIDN (art. 75 inc. 22 C.N.), y, como es sabido, si dos o más interpretaciones de un texto legal son posibles, siempre el intérprete judicial debe inclinarse por la *interpretación conforme a la Constitución*; es decir, por aquella que preserva la ley, en concordancia con la máxima de que la declaración de inconstitucionalidad es la *última ratio* del orden jurídico.

En el caso de autos no consta en ninguna parte que el padre de M. (G. S.) haya ejercido la representación legal que sobre la misma tiene o que haya asistido a la misma en las audiencias en que consta que la niña manifestó su voluntad de dar a la niña por nacer (fs. 23) o nacida (fs. 67 y 232) en adopción. Por el contrario, al comparecer ante esta Sala ratificó la apelación y el escrito de expresión de agravios contra la sentencia que declara el estado de desamparo y en situación de adoptabilidad de la niña M. (fs. 133).

La renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la maternidad por parte de M. carece, entonces, de los requisitos que exige la representación legal de los menores de edad conforme a la ley (arts. 264, 1047 y cctes. C.C.).

## 2°.- Falta de asistencia letrada obligatoria.

Están también viciados tales actos de renuncia porque fueron prestados sin asistencia letrada. El art. 27 inc. c) de la ley 26.061 – sobre *Garantías mínimas de procedimiento, Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos* – establece que los organismos del Estado deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes que en todo procedimiento judicial o administrativo el *derecho a ser asistido por un letrado* preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo. Y agrega que *en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine*.

La claridad de los términos de la norma no deja lugar a resquicios. Si el niño no tiene asistencia letrada, el Juzgado interviniente debe darle intervención al Defensor Oficial, o, en su caso, arbitrar los medios legales correspondientes para que la tenga. Para ello el art. 15 de la Constitución provincial asegura la tutela judicial y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la *asistencia letrada* a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las garantías *mínimas* que establece el art. 27 de la ley 26.061 rigen en todo el país, dado que, aunque aparentemente sean de carácter procesal, están inescindiblemente unidas a la tutela de los derechos de fondo consagrados en la ley y la CIDH..

La ley provincial 13.298, a su vez, establece que las garantías y derechos de todos los niños son inherentes a la persona humana, y en consecuencia son: a) de orden público; b) irrenunciables; c) interdependientes entre sí; d) indivisibles (art. 12).

Por otro lado el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 se compadece plenamente con el art. 56 del CPCC y el art. 58 de la ley 5177. El inciso 2 de esta norma prescriben que son obligaciones de los abogados patrocinar o representar a los declarados pobres en los casos que la ley determine y atender el consultorio jurídico del Colegio de Abogados en la forma que establezca la reglamentación, y el inc. 3 que los abogados deben aceptar los nombramientos que le hicieren los jueces y tribunales con arreglo a la ley. Concordantemente, los arts. 96 a 108 regula la defensa obligatoria que deben hacer los abogados cuando son convocados a esos efectos.

En definitiva, ya sea por la existencia de defensores oficiales como por la ley de ejercicio de la abogacía nuestro sistema legal garantiza que se cumpla el mandato del art. 15 de la Const. Prov. y el art. 27 de la ley 26.061. Nada excusa, entonces, que la menor M. S. y sus representantes legales no hayan contado con asistencia letrada obligatoria, sobre todo cuando por medio de actos procesales de tanta trascendencia se registró su “renuncia” a los derechos derivados de la maternidad.

Si algún ejemplo hiciera falta para demostrar la justificación legal y constitucional de la asistencia letrada obligatoria es lo ocurrido en estas actuaciones no sólo antes del parto sino también después del mismo, ya que, según surge de autos, la letrada que se presentó a fs. 83 recién pudo ver el expte. el 14/09/10 luego de dictada la sentencia (ver además lo manifestado en la audiencia de fs. 235/37).

### 3°.- Carencia de validez de los actos de “renuncia” a la patria potestad.

El art. 317 inc. a) del C.C. establece que es uno de los requisitos para otorgar la guarda que el juez cite a los progenitores del menor a fin de que presten consentimiento para la entrega con fines de adopción, y agrega que debe determinar, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. La redacción de la norma no es feliz. A primera vista parecería que debe decidirse antes de que transcurran sesenta días desde el nacimiento, pero la interpretación lógica es que lo que quiere decirse es que la citación debe hacerse pasado ese lapso (interpretación con la que coinciden los guardadores y su letrado patrocinante a fs. 187vta.).

Dos conclusiones se extraen de esta norma. La primera es que cualquier manifestación anterior al parto no tiene efecto jurídico alguno. Sería contrario, además, a todo regla moral (doct. arts. 16 y 953 C.C.) aceptar que son vinculantes las renunciaciones a hijos por nacer, y de ahí que no son válidos los pactos o compromisos asumidos en ese sentido; conf. esta Sala, causa

n° 109.848, “B., G. N. s/ Situación”, 29/07/05). La segunda – que es una derivación de la anterior – es que la ley presume que en ese lapso de dos meses la madre ha tenido al niño recién nacido consigo. Lo que la ley pretende es que la madre haya tenido oportunidad de encariñarse y de sentir amor por su hijo, para lo cual estipula un tiempo mínimo de dos meses. Ahora bien, si a la madre no se le permite tener contacto con la criatura ese sentimiento no puede experimentarlo, y por lo tanto no se da la oportunidad de que se produzca el presupuesto fáctico que la ley exige.

En el caso de autos, como surge del relato de los antecedentes de la causa que he efectuado, la jueza directamente ordenó al director del hospital de Haedo que se hiciera una cesárea a M. cuando se internara a dar a luz, y no sólo ello sino que además ordenó que la madre no tuviera contacto con la hija luego de nacida, debiéndosela dejar en la sala de neonatología (fs. 44 y 46/47).

Una decisión de semejante gravedad exigía un auto fundado que diera razones que lo justificaran. Ellas brillan por su ausencia. Ningún informe médico, psiquiátrico o psicológico obra en el expediente que aconsejara tomar una medida de esa naturaleza. El informe médico de fs. 3/5 nada dice al respecto y el psicológico de fs. 40/43 tampoco. Si bien éste da cuenta de que M. dijo que no se sentía capacitada para criar un bebé y que su interés estaba puesto en terminar sus estudios y reanudar sus actividades, en ninguna parte del informe se aconseja que se le practique una cesárea y que se le impida tener contacto con la niña luego de nacida.

El informe de la perito psicóloga de la Asesoría Pericial Departamental presentado a requerimiento de esta Sala expresa que M. relata “... *me hicieron una cesárea y no me dejaron verla, me acuerdo la sentí llorar y se la llevaron (sic)*” (fs. 156vta.). O sea, no se le permitió siquiera ver a su hija y tener la posibilidad de encariñarse con ella (pese a que la inscribió con un nombre por ella elegido), impedimento que continuó luego del parto y es así como, hasta el día de hoy, M. no conoce a su hija.

Lo informado por la perito psicóloga a fs. 154/57 y por el Asesor de Menores Dr. Santarciero a fs. 205/10 en cuanto a lo relatado por M. y sus padres coincide, en lo fundamental, con lo que los miembros de este tribunal oyeron en las audiencias cuyas actas obran a fs. 133 y 235/37. M. y sus madre concurrieron al Juzgado de Menores luego de verificar el embarazo por sugerencia del sacerdote de la parroquia a la cual asisten, desesperados y desconcertados por la situación que estaban viviendo, para pedir ayuda. Según relatan hicieron preparativos para recibir al bebe (adaptación de la vivienda, compra de cuna y de ropa) y M. asistió a las clases de parto, pero en el Juzgado les dijeron que el bebe por nacer no podía quedar en el seno familiar por ser producto de una violación. Dicen también que le presentaron al Juzgado la alternativa de que los padrinos de M. se hicieran cargo del bebe hasta que se reacomodara la familia (estando los mismos

dispuestos a asumir tal compromiso), propuesta que no fue aceptada porque les dijeron que no podía quedar la niña en el seno familiar por ser producto de una violación. Así las cosas, les dijeron que M. sería asistida para dar a luz en el hospital Posadas y que la niña que naciera quedaría en el mismo bajo guarda judicial.

No sabemos con certeza si las cosas ocurrieron así, pero si efectivamente le propusieron al Juzgado que la niña fuera cuidada por los padrinos de M. hasta que la familia se recuperara de la situación vivida (relato también hecho al Asistente Social, fs. 148), no se entiende por qué la jueza no habría accedido al pedido, dado que precisamente la CIDH y la ley 26.061 prescriben que debe hacerse todo lo posible por preservar las relaciones familiares.

Aparentemente tal negativa se habría debido a entender que el abuso sexual se habría producido en una situación “intrafamiliar” (como lo califica la sentencia). Dejando de lado que ello no era así (dado que el abusador al momento de cometerse el hecho había dejado de ser concubino de la tía de M., conf. fs. 237), lo razonable era que citaran al padrino y su esposa, y si los informes socio-ambientales y psicológicos pertinentes no aconsejaban lo contrario, recurrir a ellos provisoriamente para no desprender a la niña recién nacida de su familia de origen, como exige el mandato constitucional.

Parecería que se actuó con el preconceito de que una adolescente abusada sexualmente no puede criar a su hijo. En el fallo “S., C. s/Adopción” del 2/08/05 (Fallos: 238:2870), tan reiteradamente citado e invocado tanto por la juzgadora como por el Asesor de Menores y los guardadores en sus escritos, precisamente lo que la Corte Suprema Nacional se preocupa por destacar es que el principio del interés superior del niño del art. 3 de la CIDH conduce a que en ningún caso se debe actuar y resolver sobre la base de preconceitos, prejuicios o dogmatismos.

Cierto es que según surge del primer informe psicológico realizado en autos M. manifestó a la licenciada del Juzgado que no se sentía capacitada para criar un bebe, que no toleraba la idea de que la niña se pareciera al abusador y que quería que tuviera una familia con los padres criaran “como una hija” (fs. 41vta.). Es menester ubicarse en la situación que M. estaba viviendo como para comprender que haya hecho tales manifestaciones, pero aún así no se justifica que se haya ordenado una cesárea y prohibido que tuviera contacto con la beba después del parto. Y tampoco, si es que efectivamente existió, que se desestimara la propuesta de que la recién nacida fuera cuidada por los padrinos hasta que se reacomodara la familia.

Pero aún en la hipótesis de que la jueza haya entendido que las expresiones de M. y su madre implicaban una voluntad de renuncia irreversible (siempre suponiendo que no hayan sido inducidas), lo que es incomprensible es por qué la magistrada no atendió sus presentaciones posteriores. Según M. y

sus padres las mismas fueron poco después del parto (fs. 156/57 y 235/37). No hay constancia de que ello haya sido así porque no se labró en el expediente acta alguna, lo que denota la importancia de que los involucrados en este tipo de causas tengan patrocinio letrado para que no queden dudas de este tipo de afirmaciones.

M. y sus padres expresan que, al no ser atendidos en el Juzgado, por indicación del sacerdote comenzaron los trámites para recuperar a la niña (fs. 156, que coincide con lo manifestado en las audiencias llevadas a cabo en el tribunal). No contando con medios económicos para contratar un abogado particular acudieron al servicio jurídico gratuito del Colegio de Abogados de Mercedes, y obra a fs. 82 la designación de la letrada que los patrocina en autos de fecha 8 de octubre de 2009. Si se tiene en cuenta que previamente debieron tramitar la carta de pobreza en el Juzgado de Paz Letrado (fs. 236), no cabe duda de que bastante antes de que se cumpliera un año del nacimiento comenzaron las gestiones de recuperación. Luego obran escritos de la letrada y de la madre de M. pidiendo ver el expediente, que no están proveídos al punto de que la abogada presentó un “pronto despacho”. Un mes después se dicta la sentencia de autos (12/07/10), y en la misma no se hace referencia alguna a estos reclamos, como si todo se hubiera petrificado en el momento del parto o, en todo caso, en la audiencia del 29/12/08. ¿No existió ningún interés del Juzgado por saber qué le pasaba por la cabeza a la adolescente que había dado a luz una beba y a quien se le había impedido tomar contacto con ella? ¿No merecía que se la atendiera y que se hiciera mérito de cómo habían transcurrido las cosas con posterioridad antes de adoptar una resolución definitiva? ¿No merecía evaluarse si M. y su familia se habían arrepentido de la “renuncia” a la niña?

Cabe recordar que, ninguna norma legal establece que la renuncia a la patria potestad se trate de una renuncia irrevocable. Dice el art. 19 del C.C.: “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, *con tal que sólo miren al interés individual* y que no esté prohibida su renuncia”. El derecho a la patria potestad no mira al interés individual del padre o madre respectivo, sino también – y fundamentalmente al interés de los hijos. Por ello la patria potestad es un derecho pero también *undeber* (art. 264 C.C.). Sólo los derechos conferidos en interés exclusivo de la persona pueden ser objeto de renuncia y nunca cuando está interesado el orden público. Así lo establecen también los arts. 872 y 874 del C.C., citando la doctrina como ejemplo los derechos vinculados con las relaciones de familia (Belluscio-Zannoni, Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Astrea, Bs. As., 1999, T. 1, p. 99, y T.3, p. 761).

Cierto es que el art. 317 inc. a) contempla una excepción a esa irrenunciabilidad, pero debe interpretarse con criterio restrictivo, y además no está previsto en ninguna parte que una renuncia de ese tipo sea irrevocable. Adviértase que, aún en el caso de declaración judicial de pérdida de la patria

potestad, la ley contempla la posibilidad de que la misma sea dejada sin efecto si los padres demuestran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos (art. 308 C.C.), lo que es una razón más para sostener que la “renuncia a un hijo” no es irrevocable.

La interpretación de las normas del Código Civil efectuada, por lo demás, es la que se corresponde con los principios y directivas de las normas constitucionales y de la ley 26.061 con que comenzamos el análisis del tema.

La respuesta a las preguntas arriba formuladas es, entonces, sin duda afirmativa. Pero lo que ocurre es que la niña ya no estaba con una familia “en tránsito” como había sido dispuesto inicialmente (fs. 61vta.), sino que había sido entregada en guarda provisoria a un matrimonio con aspiraciones de ser adoptantes (el 30/01/09, conf. fs. 20/21 y 37 del expte. “S., M. s/ Medida de protección” que corre agregado). De ahí el “previsible final” como lo califica el Dr. Santarciero en su dictamen (fs. 209vta.).

Es decir, la jueza hizo justamente lo que no debía hacer, tanto porque los principios constitucionales y legales aplicables indicaban lo contrario, como porque, al no permitir que M. tuviera contacto con su hija, vició su eventual consentimiento a la entrega de la recién nacida con fines de adopción. Ello así porque – reitero – el art. 317 inc. a) del C.C. presume que la madre ha tenido a su hija consigo en el lapso que prevé.

Va de suyo que la manifestación de entrega de la niña efectuada en la audiencia del 29/12/08 (fs. 23) estaba “anunciada” de antemano; el acta labrada ese día fue una mera formalidad. La decisión ya se había tomado en el momento de la internación de M. con las órdenes impartidas por la jueza al hospital.

Concluyo, entonces, que las actuaciones están viciadas de nulidad por haberse vulnerado el derecho de defensa de la niña M. S., el debido proceso (art. 18 C.N., arts. 8 y 15 C.A.D.H y normas cortantes de tratados internacionales, art. 75 inc. 22 C.N.) y estar viciada la voluntad de la misma cuando expresó la “renuncia” a la maternidad de su hija.

Por las razones expuestas, **VOTO POR LA AFIRMATIVA** .

El señor juez Dr. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

I.- El expte. “S., M. s/ Medida de protección” (N° 9044 el Juzgado de Menores de Moreno) y las medidas dispuestas por esta Sala.

Para responder a la pregunta que motiva esta segunda cuestión es necesario referenciar el expte. arriba citado. que corre agregado y que fuera pedido por esta Sala como medida para mejor proveer.

Surge del mismo que M. fue dada en guarda provisoria al matrimonio compuesto por M. L. M. y D. H. el 30/01/09; es decir, cuando tenía dos meses y una semana de vida.

Dicho expediente es muy particular. Se inicia con copia de la sentencia en la misma fecha de emitida esta – el 12/07/10 – (fs. 19), pero la entrega en guarda había sido dispuesta y efectivizada un año y medio antes. Obran a continuación actuaciones aparentemente labradas con anterioridad, el día 30/01/09 (auto disponiendo el egreso de la niña del Programa Familias de Esperanza y la entrega en guarda provisoria al matrimonio M.-H. y el acta de efectivización de ello el mismo día).

Previamente se agrega copia de la “constancias de inicio de trámite de inscripción” de los mismos en el Registro Unico de Aspirantes con Fines de Adopción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (R.U.A.G.A.) con fecha 24/11/08. La constancia – que dice “No acredita admisión” - es acompañada de los datos personales de los inscriptos, los certificados del Registro Nacional de Reincidencia, la partida de matrimonio, certificaciones de ingresos, certificados de domicilio y certificados de salud. O sea, lo necesario para inscribirse y nada más.

No hay ningún auto explicativo del por qué de la elección de este matrimonio para confiarles la guarda de la niña. Tampoco consta en ningún lado que se le haya dado una vista previa al Asesor de Menores o que este haya prestado conformidad con esa decisión. En el expediente no consta que se hayan ordenado un estudios socio-ambientales y psicológicos de los mencionados. Lo único que hay, con un “agréguese” firmado por la jueza con fecha 23/12/10, es la evaluación del Jardín de Infantes al que la niña concurre acompañado espontáneamente por los guardadores.

El trámite de este expediente no podría ser más irregular y deficiente. En primer lugar, no se entiende por qué si no se había dictado ni estaba firme la resolución declarativa del estado de abandono y en condiciones de adoptabilidad de la niña se entregó la misma a un matrimonio inscripto en el Registro con esas aspiraciones, generándoles prematuramente expectativas de ser adoptantes, que luego podían no cumplirse, con la consiguiente frustración emocional.

En segundo lugar no se comprende por qué se eligió a personas inscriptas en el Registro de la Ciudad de Buenos Aires, sin explicación alguna de por qué no se recurrió al Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción del Juzgado o, en su caso, al Registro de la Provincia que centraliza la S.C.B.A. Este superior tribunal creó el Registro por Ac. 2.707 de 1996

estableciendo que cada Juzgado de Menores debía llevar un libro de las personas y matrimonios que se postularan a ese fin. Luego en 2004 se dictó la ley nacional 5.854 que creó el Registro Unico Nacional. La Provincia de Buenos Aires adhirió por la ley 13.326 (2005), que en su artículo 2 estableció la convocatoria a la S.C.B.A. para coordinar la implementación de la ley. El alto tribunal dictó la Resol. 2681/06, aconsejando que el Registro Nacional debía ser *supletorio* del Registro Provincial, que debía salvaguardarse la facultad de la SCBA de proseguir el régimen de evaluación de aspirantes, y que las que hiciera el Registro Nacional, no podían enervar las que dispusiera el juez competente. En función de tal recomendación, se firmó entre la Nación y la Provincia un Convenio que fue aprobado por el decreto n° 661 del 11/04/08, donde expresamente se dejó constancia del carácter *supletorio* del Registro Nacional en relación al provincial.

Obviamente, si el Registro Nacional es supletorio, también lo son los Registros de otras jurisdicciones, incluido el de la Ciudad de Buenos Aires, y la voluntad de la Provincia (expresada por el legislador, el máximo órgano judicial y el Poder Ejecutivo) es que se priorice al Registro Provincial. La alusión de la SCBA a la facultad reconocida a los jueces por el art. 321 del C.C. no tuvo otro objeto que señalar que las evaluaciones socio-ambientales y psicológicas que hiciera el Registro Nacional no podían desplazar a las que podía ordenar el juez respectivo. El decr. 1328/09, que reglamenta actualmente la ley 25,854 y que establece en su art. 5 que la selección de los aspirante debe comenzar por la nómina de la jurisdicción en que deba resolverse la guarda del niño, y que sólo por resolución fundada puede recurrir a otros listados que operen como subsidiarios, no hace más que ratificar las salvedades y reservas hechas por las provincias – entre otras, la de Buenos Aires – al adherir a la ley nacional.

En definitiva, desde la vigencia del Ac. 2707 de 1996 de la Suprema Corte no ha variado la directiva de que debe priorizarse a los inscriptos en el Registro Provincial, y por ende sólo una resolución fundada puede justificar el apartamiento de ello, cosa que no se hizo en el caso de autos.

Pero además toda la normativa que regula los Registros de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción – tanto la nacional como la provincial – exige que se confeccionen legajos con estudios jurídicos, socio-ambientales, médicos y psicológicos y evaluaciones de los aspirantes. Ello está previsto en el art. 7 del Ac. 2.707 de la SCBA, en la ley 25.854 (arts. 7 inc. c) y 8, previendo esta cláusula que el órgano de aplicación debe expedirse admitiendo o denegando la inscripción), en el decr. regl. 383/05 - vigente al momento de los hechos de autos – (Anexo I, arts. 5 inc. m) y 12), en la Resol. 2681/06 de la SCBA), y en el decr. 1328/09 vigente actualmente (que no es novedoso al respecto).

La creación del Registro en la provincia y en el orden nacional tuvo un doble objeto. Por un lado, garantizar la igualdad de oportunidades a todos los

aspirantes a ser adoptantes, como asimismo la transparencia en las elecciones, cumpliendo el mandato constitucional (arts. 16 y 75 inc. 23 C.N., y normas concordantes de tratados con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22). Ello fue expuesto expresamente en el Mensaje de Elevación de la ley 13.336 (ver además: Medina, Graciela, “La reglamentación del Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines de Adoptivos”, L.L. del 15/10/09). Y por otro lado, establecer un sistema de evaluación de los aspirantes de forma tal que, con carácter *previo* a la entrega en guarda con tales fines, el juez cuente con todos los elementos de juicio para discernir quiénes son los que se encuentran aptos para adoptar, cotejando los mismos con las condiciones particulares de cada caso que se les presente.

Nada de ello se cumplió al elegir al matrimonio M.-H. como guardadores, quienes sólo se habían inscripto en el Registro de la CABA un mes después del nacimiento de M. No existiendo ningún estudio o evaluación ni siquiera después del otorgamiento de la guarda, esta Sala requirió al R.U.A.G.A. que remitiera toda la documentación que obrara en su poder (fs. 137vta.), y la contestación fue que sólo se habían inscripto el 24/11/08, siendo luego dados de baja por haber completado el proceso de evaluación pese a haberseles notificado que debían hacerlo (fs. 146). Ante ello, a fs. 151 se decidió requerir a la Jueza titular del Juzgado de Moreno que informara si existían actuaciones complementarias referidas a la entrega en guarda de M. El oficio se recibió el 14/04/11 (fs. 188vta.) y fue contestado el 26/04/11 (fs. 189), acompañándose actuaciones de un auto fechado 5/04/11 ordenando un informe socio-ambiental de los guardadores (en un domicilio donde ya no vivían, conf. surge de fs. 143 y 163) y una constatación del estado de la causa penal (fs. 191). En la audiencia de fs. 183 se les preguntó a los guardadores porqué no habían completado las evaluaciones en el R.U.A.G.A. y manifestaron que les habían dicho que, habiéndoseles entregado la niña M. en guarda, no debían seguir el trámite dado que debía hacerlo el Juzgado de Menores de Moreno, pese a lo cual nunca recibieron la visita de un asistente social o de un psicólogo enviado por ese tribunal.

Las irregularidades no terminan ahí. Del expediente no surge que los guardadores hayan constituido domicilio en el radio del Juzgado de Moreno cuando se les dio la guarda de la niña. Parece increíble que para el más intrascendente trámite judicial haya que constituir domicilio en el radio del tribunal respectivo (art. 40 CPCC), y que un juez no exija ello nada menos que cuando se confía el cuidado y protección de una niña de apenas dos meses de vida a personas, respecto de quienes, además, no se les hace ninguna evaluación previa.

Necesitado de saber este tribunal acerca del estado actual de la niña M. y de conocer personalmente a los guardadores, no existiendo domicilio constituido, se citó a estos al único domicilio real que figuraba en autos, con resultado negativo (fs. 136, 140/41). Se fijó nueva audiencia efectuando la citación a un nuevo domicilio proporcionado por el Asesor de Menores, que

arrojó también resultado negativo (fs. 142, 143, 149/50), por lo que se vio obligado el tribunal a encomendar a la jueza de Moreno la citación y recién ahí pudo celebrarse la audiencia (fs. 151, 152, 165, 183/84).

Finalmente, es incomprensible que no se haya conferido una vista previa al Asesor de Menores antes de otorgar a la niña en guarda, y que ni siquiera se le haya pedido su conformidad con posterioridad. Demás está decir que ello era imperativo por aplicación del art. 59 del C.C. y del art. 23 de la ley 12.061.

Como dije, habida cuenta de la orfandad de información respecto de la situación de la niña M. y de sus guardadores, se citó a estos para ser oídos personalmente, audiencia que recién pudo llevarse a cabo el 5/05/11. La síntesis de lo conversado consta en el acta labrada (fs. 183/4), debiendo señalarse que tanto el Dr. Roberto Sánchez como el suscripto recibimos una buena impresión personal de los guardadores, así como observamos el trato afectivo y cariñoso que brindaban a la niña, con quien concurren. No obstante, a fin de suplir las carencias del expte., se ordenó un amplio informe socio-ambiental de la menor y sus guardadores (fs. 193vta.), que se llevó a cabo y obra a fs. 226/27. El mismo da cuenta de que M. (a quien llaman J.) se halla bien cuidada, contenida y adaptada al medio, al tiempo que brinda un informe positivo de ambos integrantes del matrimonio.

## II.- ¿Qué decisión corresponde adoptar respecto de la guarda provisoria de la niña M. S.?

En principio, la forma en que ha quedado votada la primera cuestión hace caer todos los actos derivados de las actuaciones anuladas, entre ellas la resolución y acta de entrega de la guarda provisoria que hemos referido en el apartado precedente. No obstante, en aras del principio constitucional del interés superior del niño (art. 3 CIDN) – norte de toda decisión - y la prudencia con que deben manejarse estas delicadas cuestiones en que la vida y la salud psíquica de menores de edad están en juego, no necesariamente debe ser ello así, al menos por ahora.

Cabe, entonces, analizar cuál es la mejor solución que corresponde adoptar teniendo en cuenta que M. prácticamente desde que nació vive con los guardadores y que Melina no conoce todavía a su hija.

Luego de la primera audiencia en esta Sala (fs. 133) se ordenó el informe psicológico de M. requiriendo especialmente que la perito se expidiera sobre los motivos del cambio de postura con relación a la niña M., a fin de que pudiera evaluarse si sus deseos actuales eran sinceros o si se debían a otras razones, y lo mismo se pidió en relación a los padres (fs. 137). El dictamen de la perito es claro en cuanto a que la conducta que asumiera era comprensible en el marco de la situación vivenciada en aquel momento, pero que M. tiene una destacada jerarquización del vínculo materno-filial, y que de

la evaluación psicológica no surgen elementos psicopatológicos que impidan el ejercicio del rol materno, el que conoce dado que actualmente lo ejerce con su otro hijo, observándose, además, un apoyo familiar que se desprende de la evaluación de sus padres (fs. 157vta.).

El informe es corroborado por el del asistente social que da cuenta de que los S. conforman una familia bien constituida, con vínculos estables del sector trabajador, que desarrolla una vida sana, con recursos austeros pero sin sobresaltos, y que goza de buen concepto en el barrio (fs. 147/48).

Si alguna duda podía caber sobre el particular es despejada por el dictamen del Asesor de Menores Dr. Santarciero, quien luego de una extensa entrevista con M. y sus padres (detallada en el acta de fs. 206/07), dice que los presentes autos no reflejan lo que ellos narran, relato que el Asesor estima creíble. Es de destacar que enfatiza que el sentimiento del grupo familiar es que M. les fue “despojada” sin consideración alguna y que el Juzgado de Menores fue intransigente sobre todo al no aceptar que la niña fuera cobijada por la familia del padrino de M. hasta que se normalizara la situación. Aconseja, por ello, que se de comienzo a un proceso de vinculación de la niña con su madre.

No puedo dejar de señalar finalmente lo relatado por la perito psicóloga en cuanto a que, preguntada M. acerca del nacimiento de su otro hijo (nacido en septiembre de 2010, ver fs. 133 y 147), le expresó “*tuve un bebe, no me cuidé, yo necesitaba tener un bebe*” (fs. 157). Me parece evidente que este segundo embarazo de M. se debió a la necesidad psicológica de llenar el vacío que le provocara la “pérdida” de su hija M., lo cual corrobora que no hubo una “renuncia” o entrega de su hija como producto de una decisión clara, consciente y deliberada.

En la expresión de agravios la representante legal de M. solicita que se le permita tener contacto con su hija. En las audiencias llevadas a cabo ante el tribunal y en las entrevistas con la perito psicóloga, si bien expresó su deseo de criar a su hija, M. reiteró que primero deseaba ver si la “reconocía” y qué reacción tenía (fs. 133vta.). Tal actitud no habla sino muy bien de M. No quiere desprender a la niña del hogar donde está de un día para otro, sino que, pensando en el bien de ella, desea primero conocerla y ver si la “reconoce” como madre. Es imposible no acceder a su pedido. Nadie en el mundo podría denegar un pedido de esa naturaleza, tanto por elementales razones humanitarias, como porque las convenciones internacionales de derechos humanos, la Constitución y las leyes así lo imponen.

Asimismo, en la audiencia llevada a cabo con los guardadores, preguntados éstos especialmente si accederían a que la niña tuviera contacto con su madre biológica, manifestaron que podrían eventualmente aceptarlo, siempre y cuando no se modificara su actual situación de guarda y previa evaluación de un profesional especializado (fs. 183vta.).

Por consiguiente, teniendo en cuenta, además, lo dicho en el apartado anterior de que la niña está bien atendida en la actualidad, entiendo que no es conveniente dejar sin efecto por ahora la guarda provisoria que el matrimonio M.-H. ejerce sobre la misma, pero sí disponer que los autos vuelvan a primera instancia para que se establezca un sistema de vinculación entre M. y su madre M., y, en su caso, con su grupo familiar (padres, hermana e hijo de M.).

Efectuado el proceso de vinculación, con la evaluación del seguimiento del Equipo Técnico Familiar especializado, en el caso de que Melina manifieste su deseo de tener a su hija consigo definitivamente, la jueza interviniente dispondrá lo que corresponda, guiándose por el principio del superior interés del niño y demás principios y directivas constitucionales mencionados

Ahora bien, el proceso de vinculación de la niña con M. y su familia deberá llevarse a cabo en el tiempo más breve posible a fin de que cuanto antes se resuelva definitivamente la situación de la niña M., por su bien y la tranquilidad de todos los involucrados en la presente causa.

### III.- El pedido de designación de tutor especial de la niña M. S. formulado por los guardadores.

A fs. 197/202 los guardadores provisorios de M. pidieron que se le designara tutores especiales, función para la cual se propusieron. El pedido fue desestimado por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 397 del C.C.. Corresponde ahora ampliar los fundamentos al respecto (fs. 229).

No puede de ninguna manera decirse que los intereses de la niña M. estén en oposición con los de su madre M. (art. 397inc. 1 CC). Entenderlo de otra manera sería cerrar la cuestión que se debate en estos autos definitivamente y ningún sentido tendría todo lo que se ha dicho en esta resolución. Es la confluencia de sus deseos y anhelos con el bien de la niña lo que M. defiende.

No se me escapa que M. no ejerce de hecho la patria potestad sobre su hija, pero ello es así por la desgraciada forma en que se sucedieron los acontecimientos, motivo del reclamo ante esta alzada. Tal falta de ejercicio de hecho de la patria potestad no puede llevar a que se designe tutores especiales a los guardadores, dado que estos tienen un interés propio, aún cuando deseen lo mejor para la niña. Designarlos tutores sería confundir guarda provisoria con tutela, lo que es inadmisibile.

Por otro lado, no se estima conveniente - a menos que todas las partes estén de acuerdo - proceder a la designación como tutor ad-litem de un abogado sorteado de la lista proporcionada por el Colegio de Abogados. Sería introducir un tercero en una causa que no conoce, lo que no provocaría otra cosa que dilatar y obstaculizar su desarrollo. Bastantes

intervinientes hay (incluyendo a los dos Asesores de Menores), como para complicar más el proceso.

Finalmente, la niña M. cuenta con la representación promiscua del Ministerio Pupilar, intervención que fue desdoblada con motivo de las dos menores de autos (fs. 229)

#### IV. – El pedido del Asesor de Menores de realización de peritaje psicológico.

A fs. 186 el Dr. Kosicki solicitó que se practicara un informe psicológico de la niña M., ofreciendo puntos de pericia, lo que reiteró a fs. 231, y en ambos casos se le proveyó que se tenía presente para su oportunidad. Pues bien, queda claro, de acuerdo a lo arriba propuesto, que el pedido deberá ser evaluado por la Jueza a cargo del Juzgado en el que prosigan las actuaciones.

El señor juez Dr. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

**A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

##### I.- La garantía de la doble instancia.

Si bien esta Sala dispuso varias medidas para mejor proveer, ello tuvo por objeto informarse para dictar la resolución más justa y apropiada respecto de la situación planteada. Pero es un tribunal de segunda instancia y de ninguna manera puede convertirse en una primera instancia, que decida las medidas que deben adoptarse para proseguir las actuaciones conforme lo decidido al votar la cuestión precedente.

Expresamente el art. 27 de la ley 26.061 entre las garantías procesales mínimas que deben garantizarse a los niños, niñas y adolescentes, contempla: el de *recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte* (inc. e). A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de la Opinión Consultiva n° 17 del 28/02/02 dijo que en los procedimientos judiciales y administrativos en que se resuelvan derechos de los niños se deben observar las reglas del debido proceso legal, entre ellos la garantía de la doble instancia.

Por consiguiente, los autos deben retornar a primera instancia para que siga su trámite de acuerdo a lo decidido al tratar la cuestión anterior, y, en su caso, las partes involucradas y los representantes del Ministerio Pupilar puedan apelar las decisiones si lo estiman necesario.

##### II.- El tribunal de primera instancia ante el cual deben proseguir las actuaciones.

Las atribuciones en materia de tutela de menores que antes tenían los Tribunales de Menores, desde la vigencia de la ley 13.298 (modificada por las leyes 13.634 y 13.634) pasaron a los Servicios Locales de Protección de Derechos y, en todo lo que requiriera de decisiones jurisdiccionales a los Juzgados de Familia.

El Tribunal de Menores de Moreno en virtud de la ley 13.634 se convirtió en Juzgado de Garantía del Joven con competencia en materia penal (art. 21), dejando de tener competencia en materia asistencial de menores. La presente causa tramitó hasta ahora en el mismo como competencia excepcional de "transición" en la medida que no estaba, al momento de iniciarse, en funciones el Juzgado de Familia Departamental con sede en Mercedes (art. 92 ley 13.634, modif.. por leyes 13.821 y 14.116).

Ahora bien, por medio de la presente se declara la nulidad de todo lo actuado, incluida la sentencia de fs. 86/103. La jueza del Juzgado de Garantías del Joven de Moreno no puede, por consiguiente, seguir ejerciendo tal competencia de transición por las razones que se han vertido para declarar la nulidad y porque ha emitido opinión sobre la cuestión de fondo.

Entiendo, por consiguiente, que corresponde que prosigan las actuaciones ante el Juzgado de Familia Departamental En primer lugar porque tiene la competencia específica en la materia de que versa esta causa (art.827 del C.P.C.C., texto ley 13.634). En segundo lugar porque cuenta con un Consejero Familiar y un Equipo Técnico Auxiliar interdisciplinario especializado para abordar y resolver situaciones como la de autos (art. 12 ley 13.634).

Así lo exige el interés superior del niño (art. 3 CIDN, ley 26.601, leyes 13.298 y 13.634) y el orden público.

El señor juez Dr. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

**A LA CUARTA CUESTION PLANTEADA**, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que han quedado votadas las cuestiones anteriores, conforme a las citas constitucionales y legales vertidas, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1°.- Declarar la nulidad de todo lo actuado hasta la sentencia de fs. 86/103 inclusive.

2°.- Mantener la guardia provisoria de M. S. a cargo de M. L. M. y D. H.

3°.- Ordenar que la presente causa siga su trámite ante el Juzgado de Familia Departamental con asiento en Mercedes. Comuníquese a la Jueza a cargo del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Moreno.

4°.- Disponer que el Juzgado de Familia de Mercedes tome las medidas adecuadas para que se desarrolle un proceso de vinculación de M. A. S. con su hija M., y, en su caso con su grupo familiar (padres, hermana e hijo de M.).

5°.- Encomendar que en el plazo más breve posible se resuelva la situación definitiva de la niña M.

### **ASI LO VOTO** .-

El señor juez Dr. Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

### **SENTENCIA**

#### **Y VISTOS:**

#### **CONSIDERANDO:**

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser declarada nula.-

**POR ELLO** y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, **SE RESUELVE:**

1°.- **DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado hasta la sentencia de fs. 86/103 inclusive.

2°.- **MANTENER** la guardia provisoria de M.S. a cargo de M. L. M. y D. H..

3°.- **ORDENAR** que la presente causa siga su trámite ante el Juzgado de Familia Departamental con asiento en Mercedes. Comuníquese a la Jueza a cargo del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Moreno.

4°.- **DISPONER** que el Juzgado de Familia de Mercedes tome las medidas adecuadas para que se desarrolle un proceso de vinculación de M. A. S. con su hija M., y, en su caso con su grupo familiar (padres, hermana e hijo de M.).

5°.- **ENCOMENDAR** que en el plazo más breve posible se resuelva la situación definitiva de la niña M.

6°.- **NOTIFIQUESE** a las partes y a los Asesores de Menores en su público despacho.