



PODER JUDICIAL

MENDOZA

Fs. 420

**Nº 2578/14/3FLH-368/15 “DINAF
POR EL NIÑO P. H. POR
CONTROL DE LEGALIDAD”**

Mendoza, 3 de Agosto de 2016.

VISTOS:

Los autos Nº 2578/14/3 FLH-368/15 caratulados “DINAF POR EL NIÑO P H POR CONTROL DE LEGALIDAD”, llamados para resolver a fs. 418,

CONSIDERANDO:

I) En contra de la resolución dictada a fs. 225/226 por la que se declara comprobado judicialmente el estado de desamparo material y moral del niño H.P., y en consecuencia declara que el mismo se encuentra en estado de adoptabilidad, a fs. 230 apela su progenitora Sra. A. L. P.

Para así decidir el Juez de grado tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: que las presentes actuaciones se originaron en la solicitud de control de legalidad formulada por el Servicio de Protección de Derechos de Las Heras, de la medida excepcional por la cual se dispuso el alojamiento del niño H.P. y su cuidado por parte de los profesionales del Micro Hospital de la DINAF; que desde el día del nacimiento del menor H.P. se encuentran interviniendo los distintos efectores de salud y protección de derechos del niño, por cuanto desde ese momento sus padres se encuentran ausentes en el ejercicio de su responsabilidad, mediando por tanto un incumplimiento de todos los deberes derivados de la responsabilidad parental, por lo que corresponde al Estado el dictado de medidas definitivas de protección de derechos del niño a fin de brindarle un ámbito de crecimiento y formación adecuado, estable con el apoyo afectivo que solo puede brindar un familiar; que luego del agotamiento de un razonable esfuerzo por mantener al niño en el seno de su familia de origen, dicho intento no dio el resultado esperado por lo que corresponde reenfocar la estrategia de protección de sus derechos; que en consecuencia corresponde declarar que el niño H.P. se encuentra en situación de adoptabilidad.

II) A fs. 322/328 expresa agravios la apelante por intermedio de apoderada judicial.

Luego de hacer referencia a los antecedentes fácticos que dieran origen a la adopción de la medida excepcional cuya solicitud de control de legalidad diera origen a las presentes actuaciones, se agravia por cuanto, al contrario de lo sostenido en la resolución apelada, tanto su familia ampliada como los guardadores administrativos y los de hecho le brindaron al niño los cuidados necesarios y adecuados a su edad y salud, dándole la posibilidad de crecer dignamente en una familia que lo quería y protegía. Se queja por cuanto considera que en el decisorio impugnado no se ha valorado adecuadamente las pruebas producidas. Agrega que en el mismo se desconoce el derecho de la madre biológica a elegir a los guardadores de su hijo, lo que no solo no se encuentra prohibido sino que existen normas que expresamente lo permiten tales como los arts. 274 y 382 del Código Civil. Afirma que manifestó su deseo de entregar la tenencia provisoria del niño a C. R. y a su esposo mediante nota dirigida al O.A.L. Manifiesta no querer entregar a su hijo en adopción al primero de la lista del Registro de Aspirantes, al ser desconocidos para ella y que por el contrario, quiere que los futuros padres de su hijo sean C. R. y A. B.

Sostiene que la resolución apelada no tiene en cuenta el interés superior del menor, al no considerar que un niño entregado extrajudicialmente en guarda ya ha sufrido una pérdida al desprenderse de su mamá biológica y luego de su familia de guarda.

Arguye que el juzgador de primera instancia vulnera el derecho del menor a permanecer en una familia.

Afirma que dos caminos diversos –la entrega voluntaria o una disposición de la justicia- pueden generar la adoptabilidad del niño debiendo existir en ambos casos una decisión judicial que ordene en tiempos oportunos las acciones tendientes a otorgarle una nueva familia. Concluye que el niño H. tiene derecho a ser protegido en el ámbito que para él ha sido su familia desde sus primeros días de vida que es la familia de guarda que su parte ha elegido.

Aduce, asimismo, que el juez de grado desconoce el derecho a la salud del menor causante toda vez que, de las pruebas producidas se desprende que el mismo nació con problemas de salud debido a las condiciones socio biológicas y salubres de sus padres, en tanto que, durante el período de guarda recibía los controles médicos apropiados a su edad y estado de salud.



III) A fs. 335/338 se admiten parcialmente las pruebas ofrecidas por la recurrente.

IV) A fs. 406, en atención a lo dispuesto por el art. 608 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación se corre vista de todo lo actuado a la DINAF.

V) A fs. 409/412 comparece la Dirección de Cuidados Alternativos de DINAF, solicitando se declare desierto en recurso incoado, por las razones que expone a las que nos remitimos en honor a la brevedad.

VI) A fs. 416 dictamina el Ministerio Pupilar quien aconseja el rechazo del recurso promovido por los motivos que expresa a los que también remitimos brevitatis causa,

VII) Previo a todo corresponde analizar la solicitud de deserción del recurso impetrada por la parte recurrida.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sostenido que la expresión de agravios, para ser tal, debe contener una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia, en la que se demuestre punto por punto la existencia de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el juzgador de primera instancia, o las omisiones, defectos, vicios o excesos que pueda contener, no pudiendo calificarse como agravios las simples expresiones reiterativas de argumentaciones antes vertidas en similares términos en la primera instancia del proceso y que han sido desechadas por el juez con fundamentos no contradichos por el recurrente.

“Es imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para los cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestran argumentalmente el error de juzgamiento que se le atribuye” (cfr. CNApelCiv., sala J. 14/09/078, Expte. N° 22.066/00 “Andrés. Lidia Fabiana c/ Swiiss

Medical Group y ots p/ daños y perjuicios”, Diario Judicial).

Cuando un sujeto realiza el acto de disconformidad con una resolución judicial, que implica la interposición de un recurso, contrae la obligación procesal de dar al Tribunal que debe resolver el recurso, las razones de hecho y jurídicas, que lo fundamenten. Si no lo hace deja de cumplir con la obligación (rectius-carga) procesal, negándose a contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la recta aplicación del derecho, y debe ser considerado rebelde y sancionarse esa rebeldía con

la deserción del recurso. (Podetti, Ramiro, “Tratado de los Recursos”, Buenos Aires, Ediar, 1.975, pág. 288)

La simple disconformidad con la resolución atacada, discrepando con la interpretación dada y sin fundamentar la oposición o sin expresar los argumentos jurídicos que dan sustento a un distinto punto de vista no es expresar agravios.

Es decir, la expresión de agravios o la fundamentación del recurso debe constituir una exposición jurídica completa y autosuficiente que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución impugnada, caso contrario con sujeción al art. 137 del C.P.C., debe declararse desierto el recurso de apelación. (Hadid, Husain, Comentario a los arts. 133 y sgtes., en Gianella Horacio (Coordinador), “Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza”, Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág. 1.024 y sgtes.)

Tal como ya se expresara en anteriores pronunciamientos este Cuerpo, a fin de valorar la suficiencia de la expresión de agravios, sigue un criterio amplio de tal forma que compatibilice con el respeto del derecho defensa en juicio y con el sistema de la doble instancia adoptada por la ley, sin que esa flexibilidad llegue a tal extremo que implique en la práctica la derogación lisa y llana de los presupuestos exigidos por la ley formal.

Y con este razonamiento se aprecia que en el caso no es procedente la pretensión en el sentido que se declare la deserción de la apelación, pues la lectura del libelo recursivo pone de manifiesto, a pesar de su escaso desarrollo y sin perjuicio de su procedencia o no, lo que será luego meritado, que la recurrente cuestiona la valoración de la prueba efectuada por el juez a-quo.

Entendemos, entonces, a semejanza del precedente dictado por la Suprema Corte de Justicia de fecha 4/09/2013 (Expte N° 105.673, caratulada: "MAIRAN GLADYS DEL VALLE EN J° 13.658/238 MAIRAN GLADYS DEL VALLE EN J° 117.563 MAI-RAN PABLO P/ SUCES. P/ INCID. S/ INC. CAS) que dicha pieza recursiva cumple, mínimamente, con las exigencias del art. 137 del C.P.C., por lo que, declarar desierto el recurso, en ejercicio de las facultades conferidas por dicha norma, resulta excesivamente rigorista. Dijo el máximo Tribunal provincial, que “esta potestad debe ser interpretada de modo restrictivo, dado que importa, en definitiva, confirmar la sentencia de primera instancia sin analizar la cuestión de fondo planteada en la apelación, lo que obliga a los Tribunales a tener una mirada más



profunda de las cuestiones ventiladas y no abroquelarse en un argumento meramente formal”.

VII) Antes de comenzar con el análisis de la queja, consideramos necesario expedirnos respecto del derecho aplicable, dada la sanción –con posterioridad al dictado de la resolución apela del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 cuyo Art. 1° sustituyó el Art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

El tema ha sido abordado ya por este Tribunal (autos N° 2006/11/1F-332/14 caratulados “DINAF P/ LOS MENORES S. L., N. B., K. E. Y R. A. P/ CONTROL DE LEGALIDAD, de fecha 02/09/2015) y así hemos dicho: “...*los problemas de derecho transitorio se presentan cuando un hecho, acto, relación, situación jurídica, se prolonga en el tiempo durante la vigencia de dos o más normas. Es decir la dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones in fieri, que no se agotan instantáneamente, sino que prolongan en el tiempo, o que su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte, al inicio, al concertarse o nacer, caen bajo el imperio de una norma, y en parte, o partes, al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, caen en otras (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, `La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes , pág. 20, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015).*

El art. 7 del C.C.C.N. el que reproduce el art. 3 del C.C. según la ley 17.711 (salvo en su párrafo final) establece que `a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Dos son los principios que deben primar en los temas de derecho transitorio: la casi absoluta irretroactividad de la ley y la aplicación inmediata de la nueva ley a partir de su entrada en vigencia. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad

que justamente impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos.

Moisset de Espanés, al referirse a la antigua normativa, arriba a las siguientes conclusiones: a) el primer párrafo del art. 3 establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias ``futuras de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos; b) el segundo párrafo del art. 3 consagra como principio básico la irretroactividad de la ley; c) el principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas; d) los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al efecto inmediato (cfr. Moisset de Espanés, Luis, , “La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código Civil (derecho transitorio), pág. 19, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976;

Las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua ley, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, serán por ella reguladas.

Así la más calificada doctrina destaca que el régimen actual conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la reforma de la ley 17.711 consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (Conf. Rivera Julio Cesar Medina Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. I, (comentario al Art. 7° por Ernesto Solá). Edit. La Ley. Avellaneda (Pcia. de Bs.As.), 2014. pp. 77/78; Ghersi Weingarten. Directores. Código Civil y Comercial. T. I., Edit. Nova Tesis. Rosario (Pcia. de Santa Fe), 2014, pp. 34/40), reconociéndose que el tema que inicialmente causará mayores dificultades será el de su aplicación a los juicios en trámite, ya que su regulación emerge como insuficiente para evitar inconvenientes en el paso de una ley a otra, lo que no es una cuestión menor por su vinculación con la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas en trámite”.



El problema, reiteramos, se presenta en el caso de las situaciones en curso de ejecución, como podría considerarse el caso de autos, en donde la resolución impugnada declara la situación de adoptabilidad del menor H.P., situación jurídica ésta que no se encuentra agotada al día de la fecha, debiendo este Tribunal expedirse si los presupuestos que autorizan tal declaración se encuentran o no cumplimentados, como así también si resulta adecuada la intervención del RUA –EIA ordenada a los fines de evaluar las condiciones de una futura vinculación adoptiva del niño causante

En el precedente antes citado también expresamos que *“respecto de las situaciones jurídicas en curso de constitución, Moisset de Espanés las explica afirmando que antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos, aptos, para comenzar la gestación de una situación jurídica y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. En ese caso entiende que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumido íntegramente. ``En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo, deberá juzgárselo de acuerdo a la ley vigente en el momento en que completa el proceso de gestación. Y con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica, o a las consecuencias que ella engendre, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación (aut, cit. op. cit. pág. 23).*

No obstante ello, y en la materia específica que hoy nos toca abordar- declaración judicial de la situación de adoptabilidad- podría afirmarse que el cambio de legislación ha sido solo aparente, por cuanto el nuevo código se ha limitado a incorporar soluciones jurisprudenciales o doctrinarias que ya integraban el sistema jurídico, de manera que no se ha producido un cambio real en el de derecho vigente, y la nueva norma no encuentra dificultades para su aplicación inmediata, pues los problemas continúan solucionándose en el mismo sentido que antes de su incorporación (cfr. Moisset de Espanés, op. cit. pág. 96).

En efecto dice el art. 607 del C.C. y C. que “la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres

tomaron 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 días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días”.

Tal como lo expresara este Tribunal en autos N° 36.107/01-468/13 caratulados “COMPULSA EXPTE 35.357/01 “N.N. HIJO DE ESTELA LORCA P/ MEDIDAS TUTELARES” (fallo de fecha 07/08/14), en referencia al antiguo régimen, no se preveía un marco procesal específico para declarar el estado de desamparo moral y material de un menor de edad,

En tanto que el nuevo código regula el trámite de declaración de situación de adoptabilidad en forma expresa, consistiendo el mismo en “un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida familiar. Su fundamento es de orden constitucional, pues se apoya en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7°, 8°, 9°, 20 CDN; arts. 14 y 75, inc. 22, CN)” (cfr. González de Vicel Mariela, comentario al art. 607 en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, coor. Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, tomo 1, pág. 87, Sistema Argentino de Información Jurídica).

Se estima que casos como el de autos en donde la cuestión a dilucidar versa en determinar si los niños encuentran o no situación de adoptabilidad, sin que haya recaído resolución firme al respecto, y sin perjuicio de los efectos que la cosa



juzgada tiene en esta materia, se impone la aplicación inmediata de la nueva ley toda vez que estamos en presencia de una situación jurídica que se venía gestando, que no es instantánea, que no se ha consumido sino que, por el contrario, perdura en el tiempo. Se trata de una consecuencia no agotada de una situación jurídica, al decir del maestro Moisset de Espanés,

``La ley toma a la relación ya constituida...o a la situación...en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituir la (o sea, la situación o relación está in fieri), entonces rige la nueva ley (cfr. Moisset de Espanés, Luis ``La irretroactividad de la ley y el efecto diferido en J.A. Doctrina 1972-819, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, op. cit. pág. 29).

Con este criterio recientemente la Corte Federal ha resuelto que “a la luz de la doctrina según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado arto 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7 del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse... No cabe pensar que la inscripción del menor ante el registro pertinente según las pautas establecidas por la ley 18.248 hoy derogada el hijo debía llevar primero el apellido paterno, configure una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de la irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones el hijo puede llevar opcionalmente en primer lugar el apellido (C.S.J.N., ``D. I. P., V. G. Y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo 6/8/2015”).

Adelantamos que en el caso el recurso interpuesto por la Sra. P. resulta improcedente en tanto se dan en el caso los presupuestos que autorizan la declaración de la situación de adoptabilidad del menor causante y la intervención a tales fines del RUA-EIA.

La apelante en rigor se queja de que se no se haya mantenido al niño bajo el cuidado de la familia que ella eligió, sin precisar bajo qué figura tal medida debía llevarse a cabo.

Ante el confuso desarrollo del libelo recursivo analizaremos por un lado si se observan las condiciones de procedencia de la declaración de la situación de adoptabilidad del niño H.P. y la inmediata intervención al RUA o si por el contrario corresponde que se otorgue la guarda del mismo a los Sres. C. R. y A. B.

Esta última cuestión ha sido abordada en los autos N° 366/15/3FLH-

481/15 caratulados “R. C. E. y B. A. D. por el niño P. H. por medida autosatisfactiva” (fallo del 3/11/2015), citados por la Sra. Asesora de Menores en su dictamen de fs. 416/418, en los que este Tribunal confirmó el decisorio de primera instancia en el que se rechazó in limine la medida autosatisfactiva solicitada por los Sres. R. y B. tendiente a que se les otorgara la guarda del menor causante.

Tal como lo hemos sostenido en numerosos precedentes, no escapa a este cuerpo colegiado que, la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 10. 1. que: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posible...”.

Ahora bien, estas mismas normas prevén la posibilidad de separar a los niños de sus familias de origen cuando ello resulte necesario en su mejor interés, sobre todo cuando los mismos son víctimas de violencia intrafamiliar o de trato negligente en el desempeño de los roles parentales (arts.9, 19 y cc. CDN; arts. 9, 39 y cc. ley 26061). Los arts. 19 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen la protección de todos los niños contra toda forma de "...abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación...mientras se encuentren bajo la custodia de los padres...", agregando que los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su "...superior interés exija que no permanezcan en ese medio..." debiendo garantizar "...otros tipos de cuidado para esos niños..." (arts. cit. de la Conv. sobre los Derecho del Niño).



El artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño tras establecer que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de su familia contra la voluntad de éstos, establece como excepción que tal separación sea necesaria en el interés superior de los mismos.

Es decir que, si los progenitores no son idóneos para cumplir con la función esencial asignada por la ley, de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad, al punto de representar un serio riesgo para su normal desarrollo, los hijos, tienen derecho a crecer y desarrollarse dentro de otras familias, donde puedan satisfacer tales necesidades vitales.

Tanto la Convención como la ley 26.061 establecen que en toda decisión judicial, administrativa o proveniente de organismos intermedios de la sociedad (familia, escuela, club, etc.) la consideración primordial para resolver cualquier conflicto de intereses en que estén involucrados los derechos de menores de edad, será priorizar sus intereses por sobre el de los adultos (art.3.1. CDN y art.3 de la ley 26061).

Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el nuevo código disponiendo el art. 706 inc. c) que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Cecilia Grosman señala que este interés superior del niño cumple una función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico (cfr. "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia", LA LEY, 1993-B, 1089). D'Antonio concibe el interés superior del niño como un *standart* jurídico, es decir, "una medida media de conducta social correcta", la cual encierra un contenido empírico que vive de las circunstancias, de los hechos y que por ello es flexible, adecuado a las cambiantes modalidades de la vida (cfr. "Convención sobre los Derechos del Niño", Comentada y Anotada, Ed. Astrea, p. 45). Cita este autor a Hairou que señala que la regla del derecho reviste caracteres de generalidad e importa una justicia abstracta en tanto que el *standart* jurídico constituye una justicia más particularizada y es un elemento evolutivo de acuerdo a las circunstancias y tal flexibilidad representa en el derecho su elemento de movilidad y acercamiento a la realidad.

Desde esta perspectiva, resulta claro que a través de las pruebas producidas en autos, en especial los informes de fs. 16, 19 y 62/64 ha sido acreditado el sustrato fáctico que autoriza la declaración del estado de adoptabilidad del menor H.P.

surgiendo la absoluta incapacidad de su progenitora y su familia ampliada para poder criar al niño. Lo expuesto se ve corroborado por la situación en la que se encuentran algunos de los hermanos del menor causante, respecto de los cuales se han dictado una serie de medidas de protección (cfr. fs. 59/61).

Dicho extremo, por otra parte, no es controvertido por la apelante, por cuanto al expresar agravios no solicita que el niño le sea reintegrado a ella o a su familia ampliada, sino a unos terceros, concretamente a la pareja R.-B.

En cuanto a la queja esgrimida respecto a que no se ha respetado lo que invoca como su derecho a elegir la familia con la cual su hijo debe permanecer, la misma resulta inatendible.

El art. 318 del código anteriormente vigente ya contenía la prohibición de entregar en guarda a menores mediante escritura pública o acto administrativo, eliminando así la posibilidad prevista por el art. 11 inc. c) de la ley 19.134. La prohibición tenía como finalidad evitar que alrededor de la entrega directa se cometiera un hecho ilícito (como el tráfico de niños) y que éstos fueran objeto de transacciones comerciales en vulneración de sus preciados derechos fundamentales.

Con esta misma finalidad se crearon a nivel nacional y provincial los registros de pretensos adoptantes a los efectos de otorgar guardas con fines adoptivos sólo a aquellas personas debidamente inscriptas en los mismos.

Frente a la antigua normativa y a los casos que se presentaban en la práctica judicial respecto de las entregas directas realizadas por los padres biológicos en favor de terceras personas, se vislumbraron en la jurisprudencia y la doctrina, tres corrientes interpretativas en torno a la posibilidad de admisión de estas guardas a los fines adoptivos.

En algunos supuestos se resolvió a favor de la guarda de hecho, prescindiendo de la inscripción de los pretensos adoptantes en los registros pertinentes (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 29/05/2013, "G., K. M., G., F. E.", AR/JUR/22703/2013; Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, "P., J. J. s/ guarda con fines de adopción (expte. 1668)", 11/12/2013, DFyP 2014 (abril), 77; LLLitoral 2014 (abril), 319. Cita online: AR/JUR/85809/2013). Se



interpretaba que las guardas de hecho originadas en la entrega directa se encontraban admitidas, por cuanto el derecho no las prohibía y que tal entrega derivaba del propio ejercicio de la responsabilidad parental, con fundamento en la autonomía de la voluntad por parte de la madre biológica en la elección de los adoptantes. Consecuentemente con este criterio, desde distintas miradas interdisciplinarias se ha dicho que la familia tiene derecho a elegir a quién entregar a su hijo (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I, 30/06/2011, "NN o A., G. M. s/abrigo" con nota de MEDINA, Graciela: "La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer"; DFyP 2012 (enero-febrero), 01/01/2012, AR/DOC/5608/2011. Con nota de YUBA, Gabriela "El derecho de la madre biológica a elegir los guardadores y las guardas de hecho". DFyP 2012 (abril), 01/04/2012, 103, AR/DOC/897/2012. Véase también: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala I, "P., G. O. y otro s/ guarda con fines de adopción", 01/10/2013, Sup. Const. 18/02/2014, 45, LL 2014-A-330, DFyP 2014 (mayo), 101, AR/JUR/95427/2013)

La segunda posición, sostenía la prohibición de la entrega directa fundándose en una interpretación literal de los arts. 317 y 318 del CCiv., entendiendo que al entregar al niño, la madre le otorgaba facultades al ámbito judicial para resolver en torno a la situación del mismo, quedando así prohibido cualquier supuesto de guarda otorgada contractualmente, con el fin de evitar irregularidades. En ese sentido se agregaba que el sistema judicial es el encargado de elegir a los guardadores preadoptivos (cfr. Juzgado de Familia n. 5, San Isidro, 28/08/2013, "V. K. T. s/ guarda con fines de adopción". AR/JUR/60672/2013).

Finalmente una corriente intermedia postulaba que lo que tiene que primar es el interés superior del niño, merituando las especiales circunstancias que rodean el caso (cfr. BALIERO DE BURUNDARENA, María de los Ángeles; CARRANZA CÁSARES, Carlos A.; HERRERA, Marisa "La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño". LL 2001-F-1101. Cita Online: AR/DOC/5191/2001, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS, 16/09/2008, "G., M. G.", con nota de JAUREGUI, Rodolfo G., LL 10/10/2008, 4; LL 2008-F-57. Cita online: AR/DOC/2713/2008.)

El actual art. 611 del C.C.yC.N. establece: "Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita

al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su presunto guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los presuntos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” .

En consonancia con esa norma el 600 inc. b) dispone como requisito para la adopción, que debe encontrarse el presunto adoptante inscripto en el registro de adoptantes, en tanto que el art. 613, prevé los mecanismos de elección del guardador, estableciendo que el juez debe seleccionar a los presuntos adoptantes de la nómina emitida por el registro.

Como puede observarse sin un mayor esfuerzo interpretativo, el código vigente resulta categórico al prohibir la entrega directa de niños previendo sanciones al respecto.

No obstante ello, como bien lo pone de resalto, la doctrina especializada

(cfr. Méndez, Romina A., y Roveda, Eduardo G., “El interés superior del niño como determinante para la validez de la guarda de hecho”, DJ 26/08/2015 , 24) corresponde tener en cuenta los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial elaborados por la Comisión 191/2011, por cuanto no resultan coincidentes con la actual redacción del art. 611, en tanto en la redacción original de la norma se incorporaba como excepcionalidad a la regla principal de prohibición de la guarda de hecho, no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también la de un vínculo afectivo con el niño.

Los autores citados consideran que el proyecto original procuraba contemplar el mejor interés del niño en supuestos específicos en el que la entrega directa no hubiera estado rodeada de la noción de ilicitud, en concordancia con la tendencia jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria. Así dicen que se explica en los fundamentos: "El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la correspondiente declaración de situación de adoptabilidad, como así también estar debidamente inscripto en el registro de adoptantes



pertinente siendo esta omisión una causal de nulidad absoluta ... rechaza la práctica conocida como "pacto de entrega directa", materializada fuera de todo ámbito institucional, administrativo o judicial, que reduce a los niños y niñas a la condición de objeto de transacción —onerosa o gratuita— a través de mecanismos irregulares o ilegales, de un modo más o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales".

No obstante ello, al momento de aprobación del Código Civil y Comercial el supuesto de excepción fundado en la afectividad fue eliminado.

En el caso como medida de protección se otorgó la guarda del menor causante a su tía materna Sra. R. P., y al Sr. C. R., supuesta pareja de esta última (cfr. fs. 20/22).

Según los dichos de la recurrente quienes se hicieron cargo en los hechos del cuidado del niño desde la adopción de la medida (13/05/2014) hasta que fuera dejada sin efecto por las irregularidades detectadas desde el OAL con fecha 10/12/2014, fueron el Sr. C. R., la hermana de éste C. R. y la pareja de esta última A. B. La Sra. P. solicita expresamente "que los futuros padres de su hijo sean determinadas personas, es decir C. R. y A. B." (ver fs. 324 segundo párrafo).

No se soslaya que, la norma "habilita" al juez a quitar la guarda de hecho otorgada por los padres biológicos, por lo que ello puede no suceder en todos los supuestos, debiendo el juez evaluar en cada caso concreto cuál es la solución que mejor se adapta al interés superior del niño.

Estimamos que, a pesar de la prohibición legal contenida en la primera parte del art. 611 del C.C.yC.N., la guarda así originada en principio podría ser convalidada judicialmente, en caso de no mediar un ilícito en su origen, si de las circunstancias del caso se advierte que la decisión contraria producirá un daño irreparable en el niño, al haberse consolidado un fuerte vínculo afectivo con sus guardadores.

Como lo expresan Eduardo Róveda y Romina Méndez en el artículo citado "En definitiva deberá evaluarse el impacto (positivo o negativo) que producirá separación del niño de la familia de hecho y su posterior residencia en un hogar hasta la resolución definitiva de la causa en el que pueden transcurrir varios años... creemos que es la consideración primordial del interés del niño/a y adolescente conforme art.

3.1 de la CDN, art. 3° de la ley 26.061— la que se impone como criterio superior en todos los asuntos concernientes a aquellos que tomen tanto los tribunales, como las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Esta pauta rectora cobra fundamental importancia en las situaciones como se describen en el presente caso. Es por ello que el CCiv.yCom. lo enumera dentro de los principios rectores que rigen la adopción (art. 595)”.

Con este criterio y conforme se expresara nuestro máximo Tribunal Nacional ha convalidado las entregas directas, mediando una serie de circunstancias que, adelantamos, en el caso no se presentan: así, recientemente revocó la decisión de segunda instancia que ordenaba el cese de la guarda que de hecho venía ejerciendo una mujer a quien la progenitora le había entregado la niña al momento de nacer, situación que perduró durante un lapso de un año y medio, encontrándose inscripta la guardadora en el Registro de pretensos adoptantes y reuniendo condiciones para asumir la crianza de la niña. La CSJN consideró al factor tiempo como elemento determinante en situaciones como las que se suscitaron en el caso, refiriendo al efectivo cumplimiento del interés superior del niño como principio rector enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Y observó que la revocación de decisión adoptada en segunda instancia, no implicaba validar el modo de obtener la guarda, que presentaba aristas observables, sino poner de resalto que la solución, lejos de hacer hincapié en lo que aparece como más favorable al interés superior de la niña, la sometía a una nueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo(cfr.

C.S.J.N., 27/05/2015 “M., M. S. s/ guarda”, Editorial: Abeledo Perrot, CIV 90032/2013/CS1).

Este Tribunal, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, también ha dado primacía a la guarda de hecho en supuestos excepcionales en donde se consideró que el factor tiempo, jugaba un papel preponderante (Autos N°

194/10, “D. F. A.P/ MEDIDA TUTELAR”, fallo del

18/03/2011). En el caso se trataba de una niña que llevaba más de dos años conviviendo con los guardadores de hecho a quienes identificaba como padres.

En el supuesto examen se estima que la situación excepcional que autorizaría a convalidar la guarda de hecho que según la recurrente habrían ejercido respecto del niño H.P. la pareja R.-B., no se presenta, razón por la que, por el contrario, la decisión apelada luce acertada, al disponer el estado de adoptabilidad del niño y el



PODER JUDICIAL

MENDOZA

seguimiento de los carriles correspondientes a los fines de su inserción en una familia adoptiva.

En efecto, por un lado no se ha acreditado que el niño haya estado en los hechos a cargo de la pareja propuesta como pretensa adoptante por la recurrente. De las constancias de la causa, surge que el OAL otorgó la guarda del niño a su tía materna y al Sr. C. R. en su calidad de pareja de esta última.

La testimonial de fs. 365/366 da cuenta que el niño estaba bajo el cuidado de C. R. y que solo cuando este último se ausentaba por trabajo, el menor H.P. era cuidado por C. R. y su pareja.

A dicha conclusión arribó este Tribunal en los autos N° 366/15/3FLH-481/15 caratulados “R. C. E. y B. Al. D. por el niño P. H. por medida autosatisfactiva”, en donde no tuvimos por probada la existencia de un vínculo afectivo sólido y estable entre los pretendidos guardadores y el niño.

Desde el dictado de dicha resolución (2/11/2015) a la fecha de la presente, no se ha modificado la plataforma fáctica que se tuvo en cuenta a los fines de confirmar la decisión que desestimó el pedido de guarda formulado por la pareja RíosBurgoa.

Tampoco se ha probado por medio alguno que la decisión que dejó sin efecto dicha guarda, tuviera repercusiones negativas en el menor.

Por ello y más allá de que el derecho vigente no autoriza la convalidación de la guarda ante la existencia de un vínculo afectivo entre el menor y sus guardadores, lo cierto es que, aún adoptando una postura amplia en aras de la satisfacción del interés superior del menor, en el caso no se ha probado por medio alguno, la existencia de un estrecho vínculo entre H.P. y quienes son propuestos como pretendidos adoptantes por su progenitora.

Por otra parte, del informe que glosa a fs. 352 surge que el menor H.P. luego de que fuera separado de sus guardadores con fecha 10/12/2014 y permaneciera internado en el microhospital, el 28/08/2015 fue incluido en el programa de familias cuidadoras, encontrándose en “excelente estado, adaptándose positivamente al grupo familiar”.

Ha sido mayor el tiempo que H.P. ha permanecido internado y en el programa referido que con los supuestos guardadores, por lo que el factor tiempo no resulta relevante.

Por lo demás, y como bien lo pone de resalto la DINAF, tanto la progenitora como quienes se designaron a priori guardadores, han tenido una conducta de ocultamiento, y de engaño, frente a las autoridades administrativas y judiciales.

C. R. fue designado guardador en su carácter de pareja de R. P., y por ende “tío materno” del menor. Luego él reconoce que en rigor tenía otra pareja, que se hizo pasar por pareja de P. a fin de satisfacer su deseo de ser padre (ver fs. 28 y vta). A lo que cabe agregar que según los dichos de la recurrente, el niño permanecería al cuidado de la hermana de R. y su pareja los días que éste trabajaba, incumpliendo el deber asumido en oportunidad de haberse adoptado la medida de protección instrumentada a fs. 8/22.

No podemos dejar de resaltar la importancia que tendría para el niño un nuevo vínculo basado en la seguridad y la confianza, que le permitiera un crecimiento sano y armónico, una relación de apego seguro en la infancia, para poder establecer en el futuro relaciones de confianza, intimidad, amor. Vínculo que difícilmente podrá originarse en base a las mentiras y engaños de los adultos encargados de velar por su integridad.

Por último urge definir la situación del menor a los fines de lograr la estabilidad necesaria para su inserción en el seno de una familia.

Por ello concluimos que la decisión recurrida es la que se ajusta a la directriz prevista por el art. 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La ley 26.601 —art. 3 in fine— establece que cuando exista conflicto entre los intereses de los niños frente "a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". La Corte Federal tiene dicho que ante un conflicto de intereses, se prioriza el del niño, ya que el niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. Frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño ("S.C. S/adopción", JA 2005-D-87, JA 205-IV-22; mismo sentido SCBA Ac. 84.418 19/06/02; Ac. 87.832 28/07/04).

Reiteramos, que el interés que se debe proteger en esta decisión es el del menor H.P. que es superior y a la luz del cual se debe resolver la cuestión. Este



interés al que nos referimos tiene jerarquía constitucional a través de la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al plexo de nuestra Constitución en forma conjunta con otros tratados de Derechos Humanos que regulan el ejercicio de los derechos de los menores y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad (art. 75 inc. 22 de la C.N.). "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3° Convención sobre los Derechos del Niño).

Surge evidente que el interés superior del menor tutelado hace imperiosa la estabilidad de su inserción en una familia adoptiva, brindándole la posibilidad de continuar desarrollándose en un ámbito familiar estable, que propicie un adecuado crecimiento integral, garantizándole así el ejercicio de sus derechos constitucionales y la posibilidad de una vida digna.

Debemos tener en cuenta que el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño sostiene que éste "...para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

Conforme a todo lo expuesto consideramos que la decisión que ordena el estado de adoptabilidad del niño H.P. y la inmediata intervención del RUA-EIA, a los fines de lograr su pronta inserción en una familia adoptiva, debe ser confirmada, imponiéndose el rechazo del recurso promovido.

VIII) Las costas se impondrán a la apelante por resultar vencida (art.36 I C.P.C.).

Por lo expuesto la Cámara

RESUELVE:

I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 230 en contra de la decisión dictada a fs. 225/226 la que se confirma en todas sus partes.

II. Imponer las costas de esta alzada a la apelante vencida.

III- Regular los honorarios profesionales de la Dra. M. M. J. H. y R. D. L. en las respectivas sumas de pesos dos mil (\$ 2.000) y pesos mil cuatrocientos (\$ 1.400) (arts. 10 y 15 de la ley 3641).

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y BAJEN.

Dra. Carla Zanichelli
Juez de Cámara

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara