

Derecho De Familia Guarda Tenencia Proteccion Del Menor Interes Superior Del Nino

JURISPRUDENCIA

Derecho de familia. Guarda. Tenencia. Protección del menor. Interés

superior del niño Se ordena la restitución de una menor -que había sido derivada a un hogar de tránsito- a la guardadora a quien su madre la había entregado días después de nacer, teniendo en miras el interés superior del niño y el vínculo ya existente entre la menor y la actora, pese a la inobservancia de las normas que regulan el sistema de adopción. Buenos Aires, 27 de mayo de 2015 Vistos los autos: "M., M. S. s/ guarda". Considerando: Que los agravios de los recurrentes encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad. Que dada la importancia que el factor tiempo tiene en estos asuntos, este Tribunal estima conveniente encomendar a la magistrada de grado a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño, y de evitar que pueda prolongarse aún más la incertidumbre sobre la situación de la niña y su posibilidad de crecer en el seno de una familia. Por ello, se desestiman los recursos extraordinarios de fs. 339/348, 351/361, 368/373 y 375/390. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI ELENA I. HIGHTON de NOLASCO JUAN CARLOS MAQUEDA Suprema Corte: -I- La niña M.S.M. nació el 26 de octubre de 2012 en el Hospital Carlos G. Durand de esta ciudad (v. fs. 1/2 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante). Desde su quinto día de vida habría quedado al cuidado de la Sra. S.N.V. en virtud de la entrega efectuada por la madre biológica de la pequeña, Sra. C.F.M., documentada en un instrumento privado fechado el 30 de octubre de 2012 (cfse. fs. 13). El 29 de octubre de 2013, la Sra. S.N.V. inició el proceso judicial de guarda con miras a la adopción de la bebé, oportunidad en la que manifestó que la progenitora -a quien conocía desde hacía tiempo por intermedio de una amiga-, le cedió la crianza de la recién nacida ante la imposibilidad de hacerse cargo de ella (cfr. fs. 166-169). En ese marco, tanto la Defensora Pública de Menores e Incapaces como la Tutora Pública -designada tutora ad litem- se opusieron al pedido de adopción y a la guarda previa en atención a las condiciones irregulares que, a su entender, habrían rodeado la génesis de la custodia de hecho. Se agregó a ello la edad de la presentante (a esa fecha, 60 años). En consecuencia, requirieron como medidas precautorias el cese de esa guarda y la derivación de la menor a una familia de tránsito (cfse. fs. 183/190, 201 y 202/205). Previo a decidir, se citó a la Sra. C.F.M., quien compareció el 26 de noviembre de 2013 y, en presencia de la jueza de mérito y de la representante del Ministerio Pupilar, ratificó su voluntad de entregar la niña a la actora, a quien manifestó conocer desde hacía tiempo por una amiga en común, e indicó que no medió ningún tipo de ofrecimiento por parte de la peticionaria. A su vez, expresó que se veían con ella con frecuencia y que la consideraba la mejor persona para hacerse cargo de su hija. Expuso que, aun en el caso de contar con ayuda económica, no cambiaría de parecer respecto de la entrega, que su padre conocía la situación, que su madre la abandonó a los cinco años, que la niña, su segunda hija, había sido fruto de una relación ocasional y que ignoraba el paradero del padre biológico (fs. 191 y 194/195). El 27 de diciembre de 2013, la magistrada de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar propiciada por el Ministerio de la Defensa y ordenó la derivación de la menor a un hogar de tránsito o familia de acogimiento a designar por la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad, destino éste que fue posteriormente sustituido por un hogar convivencial, al que M.S.M. ingresó el 15 de abril de 2014, en horas de la noche, previa consulta médica en un hospital público (v. fs. 207/209, 258, 259, 278 y 291 vta.). Para así decidir, adujo centralmente que, si bien la entrega directa no se encuentra expresamente prohibida, la legislación intenta evitarla al disponer que la guarda deba ser judicial y al vedar que la entrega se verifique mediante escritura pública o acto administrativo (arts. 316 a 318, C.C.; art. 21, convención aprobada por ley 23.849, y ley 1.417). De tal manera, razonó que la entrega directa sólo puede admitirse en circunstancias excepcionales, basadas fundamentalmente en una relación cercana, de parentesco o amistad o de gran conocimiento previo entre la progenitora y los pretendidos guardadores, extremos éstos que -según valoró- no aparecen claros en las actuaciones ni fueron suficientemente justificados en las explicaciones provistas personalmente por las interesadas. Reconoció que si bien, tras la convivencia, la separación de la actora podría aparejarle angustia a la infanta, tales consecuencias negativas eran responsabilidad de la peticionaria. Cabe consignar que, luego de haber evaluado el caso el equipo de profesionales de "Familias Abiertas Asociación Civil de Contención del Niño en Riesgo", concluyó que no era conveniente el ingreso de M.S.M. a la institución "... ya que por su situación social, requiere de particular atención, tiempo y contención emocional...", sin que se cuente con una familia disponible que reúna tales condiciones (fs. 235, 242/243 y 250). En ese marco, y asintiendo a la solicitud del Ministerio Pupilar en orden a impedir que el vínculo entre la actora y la niña se siga afianzando, la jueza dispuso, con carácter cautelar, la inclusión de esta última en un

hogar convivencial hasta que surja la vacante mencionada (v. fs. 253, 255, 258 y 259). -II- Apelada la decisión por la peticionaria, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la revocó y ordenó la urgente restitución de la niña a quien fuera su guardadora de hecho, previa entrevista personal con esa parte (fs. 271, 279/289, 310, 316 y 317/320). A tal efecto, el tribunal indicó que la cuestión a resolver consiste en determinar cuál es el superior interés de M.S.M. en un supuesto en el que no media conflicto entre la guardadora -con legajo aprobado ante el registro de adoptantes, R.U.A.G.A.- y la madre biológica, quien transcurrido un lapso prolongado desde el cese del estado puerperal, ha ratificado en sede judicial la firme voluntad de no tener vínculo con su hija. Con cita de Fallos: 328:2870 y 331:147 -entre otros-, subrayó la enseñanza de esa Corte en el sentido de que los tribunales deben ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad; con lo cual, deben mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles. En tal sentido, la cámara recordó que la misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso. Partiendo de tales premisas, ponderó que la separación de la niña de quien ejercía su guarda de hecho se sostuvo en consideraciones genéricas, sin mayor evaluación de las circunstancias del caso, sin que existiera peligro de daño irreparable y sin contar con informes técnicos que avalaran esa decisión. Los magistrados insistieron en que, tratándose de una medida innovativa -en tanto alteró esencialmente la situación existente-, era menester demostrar el riesgo de daño irreparable, lo cual no consta que se haya observado. Por el contrario, entendieron que todo parecía indicar que el perjuicio se produciría al alejar a M.S.M. del afecto de quien la ha cuidado durante su escaso tiempo de vida. Finalmente, recordaron que la ley vigente veda la guarda mediante escritura pública o acto administrativo y resta virtualidad a las guardas extrajudiciales a los fines del juicio de adopción. Por ende, aclararon que el convenio privado agregado a las actuaciones resultaba inadmisibles, como guarda extrajudicial, para habilitar el juicio respectivo. No obstante, ponderaron que la situación era susceptible de ser convalidada por el tribunal, teniendo en cuenta que debe prevalecer la integración familiar y afectiva del niño, consolidada durante el período de guarda de hecho, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento del vínculo no responde al interés del menor de edad (fs. 317/320 y 323). Contra el pronunciamiento el Tutor Público, el Ministerio Pupilar, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad y la Defensoría Zonal de la Comuna 2, dedujeron remedios extraordinarios, los que fueron replicados y concedidos en tanto se puso en tela de juicio la inteligencia de disposiciones federales, leyes 23.849 y 26.061 (cfr. fs. 338/348, 350/361, 366/373, 374/390, 392/401, 412/423 y 432). -III- En suma, los apelantes esgrimen que la decisión irroga un agravio irreparable por cuanto, atendida a un excesivo rigor formal, prescribe que se restituya la niña a quien la obtuvo de manera irregular, comprometiendo así su desarrollo psíquico, su historia y su subjetividad, y negándole la posibilidad de una pronta inserción en una familia adecuada, elegida con arreglo a la ley y a su mejor interés. Alegan, en particular, que al referir que la guarda directa puede ser convalidada jurisdiccionalmente para hacer prevalecer la integración afectiva y familiar consolidada durante su transcurso, la alzada se ha expedido sobre el fondo del asunto y el pronunciamiento resulta equiparable a uno definitivo. Exponen que se encuentra involucrada una cuestión federal, la que versa sobre la inteligencia del interés superior del menor, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y por preceptiva concordante (arts. 3º, CDN, y 75, inc. 22, C.N.), cuya vigencia -puntualizan- no habilita a convalidar las acciones ilegítimas de los adultos. Refieren, además, que la sentencia es arbitraria por carecer de una debida fundamentación y por vulnerar los derechos de la niña a la integridad psíquica, a la salud y a vivir en una familia alternativa a la biológica -cuando su mejor interés exija que no permanezca en ella- seleccionada con apego a lo que mandan reglas nacionales e internacionales. En ese marco, denuncian el desconocimiento del debido proceso legal y de los principios de legalidad y supremacía constitucional y aducen un caso de gravedad institucional. Hacen hincapié en que la guarda directa, sin intervención judicial, no es válida en un juicio de adopción; que la actora recurrió a una forma contractual que repugna al orden público y que el transcurso del tiempo -y el consecuente afianzamiento del vínculo con la niña-, no tornan el proceder de esa parte menos dudoso y reprochable, a la luz, especialmente, de las leyes 23.849, 24.779, 25.854 y 26.061 y de la situación de vulnerabilidad de la menor de edad. Arguyen que la niña adquirió una estabilidad familiar y emocional por fuera del régimen de adopción, en cuyo marco la pretensora -viuda de 60 años- pese a hallarse inscripta en el registro respectivo, difícilmente hubiera accedido a la guarda de una recién nacida. Concluyen que pronunciamientos como el apelado, que convalidan un accionar contrario a la preceptiva en vigencia, favorecen conductas vinculadas con la intermediación de menores, y que en el caso no se acreditó la existencia de una relación cimentada en el afecto entre la progenitora y la guardadora que se situara más allá de lo coyuntural y que justificara una excepción a las reglas previstas en materia de adopción (v. fs. 338/348; 350/361, 366/373 y 374/390). A fojas 444, se confirió vista a la Defensoría Oficial ante esa Corte, la que fue evacuada solicitando que se revoque el pronunciamiento apelado. Entre otras consideraciones, la magistrada expresa, con cita de normas nacionales e internacionales, que se ha preterido el trámite dispuesto para el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva y se ha validado, en cambio, una práctica

irregular como es la entrega directa de menores. Manifiesta su preocupación en orden a la edad de la actora, como eventual guardadora y adoptante, lo que permite augurar potenciales problemas en el desarrollo del vínculo, en especial a futuro, al tiempo que peticona la pronta resolución de la disputa, dado que la permanencia de la niña bajo una custodia irregular y precaria afecta su interés superior (v. fs. 445/451). -IV- Configurado así el asunto propuesto en esta instancia, aprecio que las cuestiones materia de los recursos encuentran suficiente respuesta en el antecedente del Alto Tribunal, del 04 de noviembre de 2014, recaído en autos "G., B. M. s/ guarda" (S.C. G. 834, L. XLIX), a cuyos términos y consideraciones incumbe remitir, por razón de brevedad. Entre otros aspectos, interesa rescatar de lo entonces señalado que, el detalle de los defectos del fallo que dispuso el secuestro de la niña no implica validar el modo de obtener la guarda, que presenta aristas observables, sino poner de resalto que la solución, lejos de hacer hincapié en lo que aparece como más favorable para la niña, la somete 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. Asimismo, se enfatizó allí que cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución propiciada no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad. Se añadió que el secuestro ordenado, dirigido a enmendar el obrar irregular de los presentantes, configuró una solución desvinculada del marco de la causa pues, desde que todo cambio implica un "trauma" para la niña, debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave y, en ese contexto, los tribunales deben ser sumamente cautos cuando se trata de modificar situaciones de hecho respecto de niños, evitando así el surgimiento de nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles. A la luz de esas pautas, se observó que las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas podían provocar en su desarrollo integral y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto. Cabe acotar que en el sublite, como en el antecedente reseñado, la actora -con quien la niña vivió cerca de un año y medio- figuraba inscrita en el registro de adoptantes y fue entrevistada personalmente por los integrantes de la alzada civil; y la progenitora, tras exponer su realidad familiar, ratificó judicialmente su voluntad de no tener vínculo con su hija -ni aun contando con auxilio económico-, y de entregarla a la peticionaria. Se añade a lo expuesto que, como lo apuntó la cámara, la decisión de separar a la pequeña de la pretensora se tomó sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo de la niña, ni indagar cuál era su deseo, pese a su corta edad, en un plano en el que no se comprobó, concretamente, la comisión de delito alguno. En consecuencia, atendiendo a que la sentencia impugnada guarda coherencia, en lo principal, con los criterios explicitados en el pronunciamiento al que se remite, el que -cabe puntualizarlo- se detiene en el necesario seguimiento del proceso de revinculación entre los implicados y en el contralor estricto de la guarda pre-adoptiva, lo que implicará concretar las evaluaciones que resultare menester, opino que corresponde desestimar los recursos extraordinarios. Buenos Aires, 10 de abril de 2015. Marcelo Adrian Sachetta Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Subrogante ADRIANA N. MARCHISIO Prosecretaria Administrativa Procuración General de la Nación Correlaciones: V. Q., M. E. c/K. N., A. s/tenencia de hijo - Cám. Nac. Civ. - Sala H - 31/05/2010 G., V. D. c/C., R. S. s/incidente de familia - Cám. Nac. Civ. - Sala G - 12/10/2010

001122E