

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 2 de agosto de 2005.

Vistos los autos: "S., C. s/ adopción".

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que —al rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley— confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

2°) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado.

Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el "orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable", y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió

que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3°) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el *sub lite* el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño

Corte Suprema de Justicia de la Nación

—art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Tal principio, contenido en ése y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone, entre las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

6°) Que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente.

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del

Corte Suprema de Justicia de la Nación

menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8°, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9°, 1).

7°) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces.

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273).

8°) Que en el caso particular de autos surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en

particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs. 235/244 "se cortó totalmente la comunicación". No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que —como lo

Corte Suprema de Justicia de la Nación

informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244— la señora S. "no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...".

Ese informe revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240).

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en conse-

cuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) Disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3°) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT,
DON E. RAUL ZAFFARONI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que según resulta de autos, C. S. nació el 13 de enero de 1997 en la localidad de Pigüe, Provincia de Buenos Aires. Su madre, D. M. S., de 32 años de edad a esa fecha, suscribió, en los términos del entonces vigente art. 11 inc. c, de la ley 19.134, al día siguiente de su nacimiento, un acta notarial de entrega en guarda al matrimonio formado por H. R. S. y P. N. H., quienes iniciaron el 11 de febrero de 1997 el trámite de adopción.

El 4 de julio de ese año D. M. S. se presentó al tribunal y solicitó el reintegro de su hija. Después de que se agregó un informe ambiental y otro psicológico, prueba testifical y previo dictamen del Asesor de Incapaces, el Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca —por mayoría— dispuso hacer lugar al pedido de restitución con fecha 13 de octubre de 1997. Para decidir de ese modo, expresó que no existía una situación de extrema gravedad que impidiera el reintegro, más allá del trauma para la niña, que sólo se había relacionado con la familia guardadora. También que la resolución se hallaba fundada en el "natural derecho de la niña a vivir con su grupo familiar, en beneficio de ella y en reconocimiento de sus derechos" (fs. 108 vta./109). De acuerdo con la parte resolutive del fallo, la "inmediata" restitución de la niña debía llevarse a cabo el 24 de octubre de 1997.

Esta restitución nunca se cumplió. Los guardadores solicitaron el cambio de la fecha de la audiencia fijada para el día 24, pues hicieron saber que interpondrían recurso de inaplicabilidad de ley. Dicha solicitud no fue denegada ni otorgada, sino que el juez de trámite proveyó "Téngase presente y hágase saber". El día 24, el matrimonio S. no concu-

rrió a la sede del tribunal (fs. 129). Una vez más, nada proveyó el a quo. A fs. 134, se encuentra glosado el recurso de inaplicabilidad de ley que fue declarado admisible el 10 de noviembre de 1997 (fs. 150), pese a la oposición del asesor de menores (fs. 148). De acuerdo con la interpretación que de las leyes procesales locales ha practicado el superior tribunal provincial, la concesión del recurso de inaplicabilidad de ley tuvo efecto suspensivo de la resolución impugnada, es decir, la orden de restituir la niña a su madre biológica.

El Subprocurador General dictaminó el 4 de febrero de 1998 y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó —por mayoría— el remedio local, el 12 de septiembre de 2001.

Contra esta decisión los guardadores de la niña interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/203 vta.

Los recurrentes impugnan la sentencia con el argumento de que lo que está garantizado constitucionalmente por medio de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño es el interés superior de éste y no su identidad biológica y destacan que se ha prescindido del espíritu de las normas de ese tratado internacional al descalificarse el instituto de la adopción y aplicarse modelos prefijados con un total desentendimiento de las pruebas producidas en la causa.

Como medida para mejor proveer, esta Corte dispuso que se efectuase un informe ambiental y otro psicológico respectivamente, sobre la situación personal y familiar de las personas involucradas en la causa, con particular referencia a la niña C., en el hogar de sus guardadores y en el de su madre biológica, ya que en el expediente únicamente obraban las pericias agregadas el 18 de julio de 1997 por el tribunal de

Corte Suprema de Justicia de la Nación

familia (fs. 213). Luego de realizadas (fs. 238/244; 293/ 301; 318/320; 352/353), dictaminó el señor Procurador General (fs. 355/357 vta.)

2°) Que en relación con la cuestión federal sometida a consideración de esta Corte, la parte recurrente había criticado la sentencia del Tribunal de Familia en los siguientes términos: "Se ha violentado no sólo lo establecido expresamente en la Convención sobre los derechos del niño en sus arts. 3°, inc. 1 y 9°, inc. 1, sino toda su filosofía y la de la ley vernácula en materia de adopción (Ley 24.779) al no analizar la conveniencia del menor, considerándose que sobre ella debe primar el derecho de la madre de sangre y aun el de su familia biológica." (fs. 140, segundo párrafo).

El tribunal superior provincial entendió que el recurso interpuesto por los guardadores que aspiran a la adopción, contradecía el interés superior del niño. Entre los fundamentos dados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se argumenta que la restitución de la niña a su madre biológica constituye, contrariamente a lo alegado en el recurso, una medida obligatoria desde la perspectiva del resguardo del interés superior del niño. El voto que hizo mayoría, textualmente dice: "La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2,24)". "No existe, en consecuencia, interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre y hermanos y abuelos, rescatándosela de una pérdida de identidad personal que de otro modo, va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida. Como ya gravita negativamente en la vida de su madre (y la sentencia en recurso da cuenta de ello)" [el subrayado es agregado].

3°) Que los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso interpuesto, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14.3 de la ley 48). Por otro lado, la cuestionada interpretación del "interés superior del niño" ha sido una premisa concluyente en la sentencia apelada y, por ende, guarda relación directa con el agravio que sirve de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48).

4°) Que el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al

Corte Suprema de Justicia de la Nación

interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo es una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés del niño respecto del de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su madre y padre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores.

Cuando se afirma en el fallo de la Corte provincial que C. debe incorporarse a su familia de origen y abandonar la de sus guardadores, lo hace por entender que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo, incluso del trauma que, según se acepta en la sentencia del Tribunal de Familia, se derivará para la niña. Pero este razonamiento implica un punto de partida equivocado: es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno. Si la entrega de C. a su madre biológica supone un daño para la niña, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo.

En tales condiciones, la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se aparta de la pauta señalada por el art. 3.1 y 21, párrafo introductorio, de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y contemplada en

nuestra legislación interna en el art. 321, inc. i, del Código Civil; en esa medida merece ser revisada en cuanto a sus fundamentos constitucionales.

5°) Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca "de acuerdo a derecho", no lo será.

6°) Que no obstante, lo dicho no implica negar que el derecho vigente —en particular la Convención sobre los Derechos del Niño— prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños. Dicha precedencia no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La niña C. S., como ya se describió, desde su nacimiento hasta la actualidad (más de ocho años) ha vivido con el

Corte Suprema de Justicia de la Nación

matrimonio S. - H., quienes en los hechos desempeñaron los roles de padre y madre, dato que no puede dejar de ponderarse si se repara en que, en un caso como este, la identidad filiatoria no necesariamente coincide con la verdad biológica. Así también, ha quedado demostrado que su integración a ese grupo familiar es óptima como su desarrollo evolutivo y psíquico (fs. 235/244).

También debe tenerse en cuenta que la niña llegó a manos de estas personas, a partir de una guarda extrajudicial otorgada por medio de una escritura pública, supuesto permitido durante la vigencia de la ley 19.134, en la que la madre biológica prestó libremente su consentimiento.

Si el acento debe ponerse en los efectos emocionales y psicológicos que la decisión puede tener sobre la persona de C., no resulta posible tomarla, de acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin reparar en el factor tiempo que cuando se trata de un niño, cuya personalidad se encuentra en formación, tiene un efecto constitutivo, pues es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje. Es en este punto donde más evidente resulta el carácter dogmático con que el a quo ha interpretado el interés de la niña, pues remite a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el tribunal de familia casi cuatro años antes como si la situación en ese entonces y la que se presentaba al momento de fallar la Corte provincial no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Sin embargo, en esos años y los que han transcurrido desde entonces, C. ha avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que no se reduce a un dato histórico, sino que abarca todo un proceso vital.

7°) Que teniendo en consideración el marco descripto,

se advierte que separarla de sus guardadores implicaría asignar un alcance excesivo de los arts. 7, 8 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, ante el conflicto, darle preeminencia al interés de la progenitora, que es justamente lo contrario a lo que propicia la pauta interpretativa cuya inteligencia se cuestiona.

8°) Que resulta acorde con lo expresado el criterio que señaló la perito Bielsa en su informe de fs. 352/353 en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación especialmente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Por ello, y concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) disponer que la niña C. S. quede en guarda de H. R. S. y P. N. H.; 3°) devolver el expediente al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DOÑA ELENA I.
HIGHTON de NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que —al rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley— confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

2°) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado.

Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el "orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable", y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió

que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3°) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el *sub lite* el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño

Corte Suprema de Justicia de la Nación

—art. 3°.1— impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Tal principio, contenido en ése y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos.

6°) Que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente.

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad

Corte Suprema de Justicia de la Nación

filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8°, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9°, 1).

7°) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social. La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces.

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a

los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273).

8°) Que, en primer lugar, cabe señalar que el caso de autos presenta el carácter de excepcionalísimo dadas las particularidades que reviste y que serán objeto de análisis a continuación.

Ha llegado el momento del punto de equilibrio entre la familia adoptiva y la familia biológica en la medida que no haya mediado delito y que se hayan dado todos los pasos legales.

Que surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

La intención de entrega de la menor con la plena conciencia por parte de la madre biológica se advierte al tratarse de una madre adulta (contaba con 32 años de edad al momento de la entrega), con dos hijos de 12 y 9 años (fs. 52 vta.), lo que da cuenta que no era madre primeriza.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

De la declaración de la testigo Mónica Gladys Lorenzo (médica que vio a la señora S. al quinto mes de embarazo y luego al final de éste y la atendió en el parto) surge que la decisión de entregar a su hija no fue tomada en el alumbramiento por la señora S., sino que en las dos o tres oportunidades en que la testigo habló con ella, antes del parto, le manifestó que iba a dar a su bebé en adopción (ver fs. 90 vta.). Esta testigo conocía a la señora S. por ser paciente de ella y además manifestó que ya la trataba desde el nacimiento de su hija anterior a C., lo cual denota un conocimiento previo (ver fs. 90 vta., séptima pregunta).

La asistente social del Tribunal de Familia de Bahía Blanca informa que la madre de la señora S. le manifestó que tanto su hijo D. como la esposa de él se sentían molestos por la reacción de D. de querer recuperar a su hija para sí, pues, según la madre, ellos pretendían hacerse cargo de la niña y cuidarla junto con sus otros hijos (ver fs. 68). También con

referencia a la madre y el hermano de la señora S., la asistente social designada por este Tribunal, en el informe socio-ambiental presentado, señala que ambos la "presionaron" para que solicitara el reintegro de su hija, comprometiéndose su madre a ayudarla en la crianza, ya que reconoció que "sola no podía asumirla" (ver fs. 242 vta./243).

Debe tenerse presente lo dicho por el padre de la señora S. a la asistente social en cuanto a que él siempre se ocupó de sus nietos y lo sigue haciendo pero piensa que "teniendo en cuenta la situación actual y el tiempo transcurrido sería conveniente que C. permaneciera con las personas que la criaron" (ver fs. 243).

Informa la asistente social que el grupo familiar conviviente de la señora S. y sus dos hijos funciona como tal, se observan dificultades de relación entre sus miembros, algunos explicitados, tales como la relación del hijo con su madre (el que inclusive manifestó "no entender a su madre ni reconocerla y respetarla como tal") y de ésta con el mismo como así también la mala relación entre los hermanos (ver fs. 242/243 vta.). Agrega que sus hijos, especialmente el varón, manifiestan que el reintegro de C. "no sería bueno ni para C. ni para ellos", y alegan "no entender la postura materna".

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs. 235/244 "se cortó totalmente la comunicación". No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que —como lo informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244— la señora S. "no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente

Corte Suprema de Justicia de la Nación

a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...".

También reviste importancia lo informado por la defensora de provincia en cuanto a que la madre biológica le manifestó que no existía voluntad de su grupo familiar (hijos y concubino) para someterse a la posible realización de pericias psicológicas ampliatorias (ver fs. 347).

El informe de la asistente social Martínez de Uberto revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240). C. está totalmente integrada a las familias S. - H., se desenvuelve con naturalidad y seguridad por la vivienda, desempeñando con comodidad su rol de hija, nieta, sobrina y prima. Se la ve muy estimulada y demuestra un nivel intelectual mayor a su edad cronológica (ver fs. 237/237 vta.).

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el transplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especial-

mente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en "el seno de la familia", en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude también a la familia adoptiva, que no es menos familia que la biológica.

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1°) declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2°) disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3°) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **H. R. S. y P. N. H. de S.**, con el patrocinio de **la Dra. Karina Mariel Mahon**
Traslado contestado por **D. S.**, representada por **la defensora general departamental: Dra. María G. Cortázar**
Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca**