

Buenos Aires, 13 de marzo de 2007.

Vistos los autos: "A., F. s/ protección de persona".

Considerando:

1º) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decretado el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron concedidos por el *a quo*.

2º) Que, para decidir como lo hizo y en lo sustancial, el tribunal sostuvo que las resoluciones cuestionadas habían sido dictadas sin previa citación de la progenitora, advirtiéndose que el juzgado debió haber extremado los medios a su alcance para que compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía. Con ello, entendió la cámara, se enervaba la finalidad perseguida por el art. 317, inc. a, del Código Civil. Agregó que de la prueba producida surgía que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol y que la decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849, que revestía, tras la reforma del año 1994, incuestionable jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; confr. fs. 352/361).

3º) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles en la medida en que las cuestiones propuestas

importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Por otro lado, el principio liminar que dicha norma prevé, la protección del "interés superior del niño" —que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso—, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que sirven de fundamento a los recursos (art. 15 de la ley 48).

4º) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros).

5º) Que, en este orden de ideas, cabe recordar que en la misma resolución en la que ordenó la restitución del niño a su madre biológica (por entonces, también menor), el tribunal dispuso que el cambio de guarda y la vinculación consecuente se realizaran de manera gradual y bajo la supervisión de un centro asistencial que específicamente designó al efecto (Equipo de Adopción Reanudar de la "Fundación Campos del Psicoanálisis"). Esta decisión no sólo no fue cuestionada en momento alguno por las partes en pugna sino que fue expresamente avalada por ellas (confr. fs. 360 vta., *in fine*; 364; 459; 463/489; 490/516; 523; 540 y 544). Sobre esta base y tras su notificación y aceptación, la presidente de la entidad (y asesora general del equipo mencionado), tomó intervención

en el juicio y convino con aquéllas la metodología a seguir para la concreción del encargo asignado, que se plasmó en un plan de trabajo dividido en cuatro etapas, consistente en la realización de sucesivas entrevistas con todos los involucrados en el conflicto y, asimismo, de reuniones entre ellos (confr. fs. 365; 445; 459; 520 y 531/537).

6º) Que, transcurrido un lapso de aproximadamente tres meses desde el acuerdo citado, el apoderado de la progenitora solicitó que la profesional llevara a cabo "una pormenorizada información acerca de la labor desempeñada y los resultados obtenidos", lo cual fue cumplido por aquélla en dos momentos distintos. Según constancias de la causa, la supervisión de la reconstrucción del vínculo materno - filial y de la relación con los guardadores fue efectuada por un equipo especializado de acuerdo al tiempo necesario para que el niño pudiera elaborar "una circunstancia conmocionante en su vida", e incentivada en todo momento por las propias partes. Dicha labor se prolongó desde su aceptación (junio de 2004) hasta octubre de 2005, plasmándose en una serie de nueve informes de minucioso contenido (confr. fs. 459; 523/525; 529/537; 540, punto 2; 544/544 vta.; 585/588 y 595/633).

7º) Que de tales observaciones surgen conclusiones contundentes que permitirán apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes. Así, los informes indicaron:

a. que "no hubo a lo largo de todas las entrevistas ninguna explicitación de algún orden —respecto de los hechos ocurridos con F.— de responsabilidad y por lo tanto alguna manifestación de culpa en alguno de los integrantes de la familia biológica. Esta familia, que se caracteriza por la desunión, produjo una unión desde una posición de reivindicación para llegar a 'tenerlo' a F." (Informe N° 2, fs. 605);

b. que "no se verificó en la familia biológica una trama

familiar consistente. La inconsistencia puede comprobarse entre otras cuestiones con el no anoticiamiento del embarazo por parte del padre y madre, lo cual ubicó a L. como una menor en riesgo: durante 9 meses de embarazo no fue mirada por sus padres. Como menor en riesgo realiza un intento de suicidio. Se trata de un grupo familiar en el que el lugar de la madre estuvo ocupado por la abuela materna, ahora fallecida, produciéndose luego de este hecho la separación de los padres de L. Desaparecido el personaje aglutinante, colapsó la familia" (Ibíd. Asimismo, Informe Nº 2, fs. 605);

c. que L. "dispone de la posibilidad de escindir y por lo tanto ser 'una' y 'otra' al mismo tiempo, se trata de una 'severa escisión del yo'. Esto fue lo ocurrido durante el embarazo: era 'la de siempre' y 'estaba embarazada' al mismo tiempo. Esto tuvo efectos sobre ella. Sostuvo una simulación durante 9 meses que no le permitió enterarse cabalmente de que estaba embarazada, por lo tanto cuando llega al parto, nace un niño pero no tiene un hijo, por eso puede dejarlo abandonado: no tuvo un hijo" (Ibíd.);

d. que "no aparecen manifestaciones que permitan saber algo de lo que el niño realmente representa para ella, de lo que el niño vino —finalmente— a colmar en ella. A la inversa sí habla acerca de lo que —supuestamente— ella significa para el niño. (...) En su discurso no aparecen signos que indiquen que pasaron casi tres años desde que dejó de verlo (con un día de vida), consecuencia de ello es que sólo puede ver en él lo igual a ella, o al padre del niño. No ve las marcas que la crianza en manos de otros dejaron en el niño. En esta omisión aparece dicha continuidad entre el primer día de vida de F. y el vínculo que comienza a entablar tres años después: L. [dice que] 'sabe lo que le pasa a F.' y lo conoce como si hubiera estado siempre junto a él; no lo ve a él, ve lo que quiere ver

(...). Su presentación excesivamente 'maternal' revela en realidad una posición reivindicativa solidaria de una falla de un genuino deseo de maternidad. Se trataría más de una impostura que de una posición con la que ha consentido. Se presenta con insistencia el *ser reconocida como madre, más allá de la significación que el niño tendría para ella*. A esto nos referimos con que en su relación con F. hay una respuesta sintomática en el lugar de un real deseo de ser madre del niño" (Informe N° 3, fs. 613 *in fine*/614);

e. que existieron, en la primera semana de entrevistas, tres versiones distintas respecto de la identidad del padre biológico: la de la abuela y la del padre maternos, y la de la progenitora, lo cual fue "un comienzo inconveniente cuando media la justicia" (Informe N° 2, p. 606);

f. que "fueron reiteradas las muestras de apuro de la madre biológica y sus padres, quedando en evidencia que nadie pensó en F. sino en las necesidades de cada uno. El apuro da cuenta del no tener el lugar del hijo, nieto, aún para la familia biológica. Incluso, en las entrevistas, el abuelo biológico lo ha nombrado a F. como 'tipo', 'piedra' o de otros modos muy bizarros y singulares" (Informe N° 2, fs. 606. Asimismo y con relación a este integrante, ver Informe N° 3, fs. 620/621);

g. que "el primer acto de irresponsabilidad fue hablarle L. aparte a F. por cuenta propia sin haberlo convenido y a escondidas de los guardadores que son los que lo criaron y los que el niño reconoce como padres. Luego de los primeros encuentros, el siguiente paso era que L. saliera con F. a solas. A partir de verificar que había escenas de complicidad con F. que fueron evaluadas como inconvenientes por el Equipo, se postergó la decisión. Los niños entran solos en com-

plicidades, es importante no ayudarlos. Se consideró que se trataba de agregar una familia, no hacer trampa para suplantarla. (...) Si no hubiera habido trampas hubiéramos recomendado que la familia biológica viera a F. a solas pero consideramos una irresponsabilidad lo antedicho: haber hablado aparte, a solas con F. la segunda vez que lo vio L.; eso es no tener idea de qué es un niño o qué es un hijo. No fue tomado por L. en cuenta ni como hijo ni como niño de 2 años y medio, fue un verdadero exceso. Se decidió velar por lo que entendemos es el mejor interés para el niño" (Informe Nº 2, fs. 606). Con mayor detalle y sobre las consecuencias nefastas de tal conducta, ver Informe Nº 4, fs. 622/623 e Informe Nº 5, fs. 624/625. En el primero se señala, a raíz de ciertas manifestaciones del menor aparentemente inducidas por la madre biológica —que deseaba arrojarse por la ventana—, que "en el período donde el control de esfínteres se está produciendo un niño realiza la operación de distinción entre lo que sirve y la basura 'caca' lo que no sirve, los restos que se tiran. La frase de F. presenta que en vez de tirar basura se tira él. Realizo una segunda lectura. Este niño está más desalojado que el año pasado, está al riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia. Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada". Por su parte, en el Informe Nº 6 se destaca que "F. en sus entrevistas ha dicho respecto de su madre biológica que le ha dicho: 'que A. y A. [los guardadores] son viejitos, son como tus abuelos'. Esto verifica que en las instancias en que L. está sola, atenta en secreto contra los soportes de F. Ir contra el lazo paterno final vigente es altamente peligroso. Es posible calcular que con la aptitud para la escisión que le permitió 'estar y no estar' al mismo tiempo, esa misma escisión le

permite ser muy amable en todas las entrevistas y simultáneamente actuar en un sentido totalmente contrario a escondidas con F. Esa complicidad la coloca indebidamente en un lugar excesivamente par respecto de F." (fs. 626). Esta circunstancia, observada en forma reiterada y contra lo originalmente pactado, importó que se retrasara el avance de la vinculación con los abuelos maternos (Informe N° 7, fs. 627/629). Además, la dualidad de marras fue advertida con relación a un hecho personal afirmado por la progenitora —la concurrencia a la universidad—, que no era tal. "Las mentiras constituyen un síntoma respecto de la relación del orden simbólico con lo real: las palabras van por un lado y los hechos van por otro. Esta relación distorsionada a la palabra, dificulta o impide la posibilidad de pactar. No se trata de un abordaje moral del estatuto de la mentira, sino de un abordaje ético. Es decir, no se trata de que esté mal o bien mentir, sino de la imposibilidad de pactar en un recorrido de vinculación donde necesariamente se trata del consentimiento a sucesivos pactos. La mentira impide disponer de confianza en que se cuide el mejor interés del niño" (Informe N° 9, fs. 632/633);

h. que los abuelos biológicos cuestionaron "la decisión del Equipo de ir progresando en la vinculación por generaciones e importancia del lazo según les fue propuesto: primero la madre, segundo los abuelos, luego la tía, es decir la hermana de L. argumentan que no podrían conseguir que su hija R. entienda que primero conocerían ellos a F. y luego R. con este pedido de simultaneidad declaran que no pueden decirle que 'no' a su hija, lo cual da cuenta de un problema de autoridad en la familia, ya que ésto le sucede a ambos padres" (Informe N° 2, fs. 606 *in fine*);

i. que "ninguno de los integrantes de la familia bioló-

gica ha pensado que el niño tenía que metabolizar la existencia de dos familias: esto necesita tiempo, más tiempo que un adulto porque no dispone del recurso del lenguaje para dar cuenta de las experiencias que va viviendo" (Informe N° 2, fs. 607); y, finalmente,

j. que "para F. la madre es A. y el padre es A. Gracias a que eso funcionó, no es hoy un psicótico. F. dispone de la función del padre y lugar de la madre en su estructura subjetiva, contruidos a partir de los guardadores y ocupados dichos lugares por éstos. El niño se conformó en relación a la función del padre y el lugar de la madre con ellos (...). Con esta estructura familiar se constituyó la subjetividad [del niño]. Se necesita tiempo para que entienda que tiene dos familias, el lazo con los guardadores está constituido y sería absolutamente no aconsejable someterlo a una nueva pérdida, sería una nueva adopción ya que el lazo de sangre sin el vínculo no es una referencia para nadie..." (Ibíd.). "En este momento, F. sólo reconoce a sus guardadores como sus padres, no hay espacio psíquico en este niño para pensar otra posibilidad familiar. Se puede calcular que mediante un trabajo psicoanalítico será posible la entrada de la familia biológica agregándose a la familia de crianza" (Informe N° 3, fs. 618/619).

8º) Que de lo descripto precedentemente se desprende que uno de los fundamentos esenciales que tuvo en cuenta el *a quo* para resolver de la forma en que lo hizo, esto es, la aptitud exigible a la madre biológica (confr. fs. 357 vta. *in fine*), no presenta actualmente la calidad de tal. Ello es así, pues de la actuación del equipo profesional que la propia cámara designó para intervenir en el proceso de restitución del menor surge con meridiana claridad que ni su progenitora ni sus abuelos maternos se encontrarían —por el momento— en

una situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza, y así brindarle la contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual, en el marco de la difícil contingencia en la que se encuentra inmerso. Por el contrario, las observaciones formuladas en dichos estudios —cuyo valor convictivo es concluyente por su mayor precisión, inmediación con la evolución de la situación y proximidad temporaria con ella— son reveladoras de la falta de aptitud actual de la familia biológica para concretar por sí sola tal cometido, lo cual, a su vez, demuestra que el cambio de guarda no haría efectiva la protección del interés superior que la sentencia apelada intentó defender.

9º) Que la conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados "lazos de sangre" y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar —siquiera implícitamente— algún tipo de preeminencia material a la familia adoptiva respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar —de modo expreso o solapado— a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 312:371, disidencia de los jueces Fayt y Baqué, en especial, considerandos 6º y 7º).

10) Que, en este sentido y en época reciente, este Tribunal ha puntualizado que la precedencia sanguínea "no es

con todo absoluta, sino que constituye una presunción conec-
tada —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 tam-
bién 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 dog-
mático 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" (confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaf-
faroni y Argibay, considerando 6º).

11) Que, de acuerdo a lo expuesto y en hipótesis
como la de autos, la preservación del "interés superior" que
ampara la Convención sobre los Derechos del Niño puede alcan-
zarse mediante la concreta realización del denominado "trián-
gulo adoptivo - afectivo" mediante el cual el menor F., su
familia de sangre y los guardadores entablen una relación que
continúe hasta su mayoría de edad.

En efecto, frente a la constitución psico - emotiva
que presenta el niño respecto del matrimonio guardador y al
hecho de que la vinculación biológica se encuentra en la ac-
tualidad indiscutiblemente producida, por lo que no hay peli-
gro de desvanecimiento (confr. fs. 608; 624, *in fine* y 626, *in
fine*), no aparece como mejor alternativa, a juicio de esta
Corte, que la de propender a afianzar los lazos existentes en
forma pautada y progresiva, prestando especial atención a la
salud integral de F. Ello, como lo puntualiza la Procuración
General, con el pertinente apoyo profesional para todas las
partes —y tratando de salvaguardar, en lo posible, los dere-

chos en conflicto—, a fin de superar la crítica situación que atraviesan. Llevado en debida forma, el proceso redundará en un beneficio general para todos los involucrados teniendo en cuenta que la existencia real de "dos familias" lleva ínsita una renuncia para todos y cada uno de sus integrantes: "L. que desea ocupar el lugar de A., esto no le va a ser posible. A. y A. [los guardadores] que hubieran deseado continuar criando a F. solos, no les va a ser posible. Y para F. también hay una pérdida: de paz, pues de tener padre y madre ahora tiene que hacer el trabajo de comprender y consentir con que tiene otra familia, la biológica" (fs. 608, *in fine*).

12) Que, en este orden de ideas, en un estudio de reciente aparición difundido por la Academia Nacional de Ciencias Norteamericana y llevado a cabo por un equipo interdisciplinario que incluyó al economista y premio Nobel James Heckman, se puso de relieve que las experiencias vividas por las personas a temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva o económica (Knudsen, Eric I., Heckman, James J., Cameron, Judy L. & Shonkoff, Jack P. "*Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America's future work-force*"¹).

¹Publicado en "*Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of América*", el 26 de junio próximo pasado. Dada su

reciente aparición, el texto íntegro puede consultarse en Internet en la siguiente dirección: "www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0600888103".

Y hace algunos años, el Consejo Científico Nacional para el Desarrollo de la Niñez de Estados Unidos —que agrupa a los científicos líderes en desarrollo infantil de ese país— recordaba que la crianza como la existencia de relaciones estables con adultos responsables son esenciales para un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. "Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan —confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no-violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal—. (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: '... para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su respecto una relación emocional irracional. Alguien tiene que 'perder el juicio' por la criatura. Eso es lo primordial. El principio, el final, siempre"².

2

"Young children develop in an environment of relationships". National

Scientific Council on the Developing Child. Working paper N° 1. El texto íntegro de este ensayo puede consultarse en internet, en la siguiente dirección:
"http://www.earlychildhoodnm.com/Documents/Early%20Ed%20Report.pdf".

13) Que, para finalizar, viene al caso recordar lo dispuesto recientemente en el decreto 415/2006, que aprueba la reglamentación de la ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Así y mediante dicho acto, se reitera que el concepto "familia" o "núcleo familiar" no sólo comprende a los progenitores y a las personas vinculadas a los menores por líneas de parentesco, sino también a "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección" (confr. decreto citado, art. 7º).

14) Que una mención especial merece la forma en que tanto el ministerio público de segunda instancia como el *a quo* defendieron las posiciones que adoptaron en el presente juicio. Así, la formulación de aiosos enunciados —más propios de un ámbito académico que judicial—, como la existencia de reproches mutuos sobre la actuación que les cupo y su fundamento, algunos implícitos y otros no tanto, no condicen con la mesura y serenidad de espíritu que deben gobernar la actuación de la magistratura y del ministerio pupilar en la excelsa misión de impartir justicia y de colaborar con ella; máxime en casos como el de autos, en que se hallan en juego derechos particulares de la más alta sensibilidad y relevancia que, a su vez, interesan a la sociedad en su conjunto. En este orden de ideas, es oportuno rememorar las palabras que en alguna ocasión refirió Colmo al señalar que la administración de justicia resulta *"hasta un ideal de belleza. Arraiga en pasiones i conflictos que en definitiva (...) tienen que ver con la noción de lo solidario i el sentimiento de altruismo. I supone una tarea en que los elementos más elevados del espíritu, la inteligencia, la cultura, la ecuanimidad i todo*

lo demás, son puestos a contribución para prevenir diferencias, aplacar resquemores, restablecer situaciones vulneradas, reprimir inconductas, en una palabra, para hacer imperar las normas de distributiva i armónica cooperación, que es fuente de coeducación, prenda de paz i base de esfuerzos conjugados que permiten la unidad i el engrandecimiento del conjunto i de todos. (...Así,) i con sobrado motivo, ha podido sentar Voltaire que 'la plus belle fonction de l'humanité est celle de rendre la justice' (Colmo, Alfredo. "La Justicia". Obra póstuma. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1957. Pág. 135 y sgtes.).

Por ello, y lo dictaminado en concordancia por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: 1º) declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos y dejar sin efecto el fallo apelado; 2º) disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M.; 3º) devolver los expedientes al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los términos de esta sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvanse los autos. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia) - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto) - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-//--TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decretado el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron concedidos por el a quo.

2º) Que, para decidir como lo hizo y en lo sustancial, el tribunal sostuvo que las resoluciones cuestionadas habían sido dictadas sin previa citación de la progenitora, advirtiéndole que el juzgado debió haber extremado los medios a su alcance para que compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía. Con ello, entendió la cámara, se enervaba la finalidad perseguida por el art. 317, inc. a, del Código Civil. Agregó que de la prueba producida surgía que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol y que la decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849, que revestía, tras la reforma del año 1994, incuestionable jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional; confr. fs. 352/361).

3º) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles en la medida en que las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza

federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Por otro lado, el principio liminar que dicha norma prevé, la protección del "interés superior del niño" —que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso—, ha sido una premisa concluyente en el fallo en cuestión. Por ende, lo decidido guarda relación directa con los agravios que sirven de fundamento a los recursos (art. 15 de la ley 48).

4º) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales de protección referidas al derecho de los niños a gozar de aquellas, establecidas en el art. 19 de la misma convención, constituyen "límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados" en relación a los menores, reconociendo que se "ha dado vida al contenido sustantivo de dicha norma, incorporando para su interpretación y aplicación el corpus normativo y doctrinario que han permitido ampliar los estándares en la materia, fenómeno que se ha visto desarrollado en el concepto de "interés superior del niño", todo lo cual ha permitido un avance sustancial en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, asegurándoles una mejor y más acabada garantía en el ejercicio de sus derechos y garantías..." y, bajo tal supuesto, agrega algunas consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de "interés superior del niño", afirmando que "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma

del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención".

A este respecto señala que el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece que "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios...para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad...", reconoce que el principio anterior se reitera y desarrolla en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone "que una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

A su vez, considera que tanto el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño como el art. 19 de la Convención Americana determinan que la necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales de protección "provienen de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia". En conclusión, debe ponderarse "no sólo el requerimiento de medidas especiales sino las características particulares de la situación en la que se hallan los niños".

En este contexto recuerda que el art. 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta "...Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre..." Y, a los efectos de brindar algunas pautas para resolver los casos concretos ha manifestado que "Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño".

Al respecto la directriz 14 de Rial ha establecido que "cuando exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad de ayudar a los padres en ese aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y adopción, que en la medida posible deberán reproducir un ambiente de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro".

En tal sentido señala que "La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño...debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor...en conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal..." (Opinión Consultiva OC -17 /2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28 de agosto de 2002 Cap. VII puntos 56, 57, 58, 62, 73, 74, 75, 77). En el voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade se sostiene que "En el propio derecho de familia —enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional— el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el "interés superior del niño", cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en

fin autonomía propia..." "la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que les son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño 'como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección (párr.28)...' reconocida de ese modo 'su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres...' (puntos 36, 38, 40,41 del voto indicado). A su vez, el juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente, se interroga acerca de" ¿cómo negar, en efecto que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay?..." y al referirse a los conflictos o dilemas en la materia sostiene que "Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina, su íntima razón de ser y devolvería a la palabra tutela su sentido genuino" (puntos 23 y 24 del voto indicado).

5°) Que, a partir de estas consideraciones es posible concluir que en los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cuales-

quiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. Por ello, y más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y, por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiera provocar.

6°) Que las circunstancias fácticas presentes por dolorosas que sean son la consecuencia de hechos ajenos al niño, que lo colocaron en una situación de desamparo que imperiosamente debía ser revertida. Al tiempo de nacer el interés superior del niño estaba representado por la urgencia en satisfacer sus necesidades vitales, las que excedían en mucho las meramente materiales, ya que apuntaban al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual, para el cual los primeros tiempos de vida son trascendentes. Para ello, el principio constitucional de proveer una tutela efectiva en el caso concreto se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al recién nacido un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en la

construcción de su personalidad.

El Tribunal Constitucional Español al pronunciarse en similares cuestiones a las que dan origen al presente conflicto, y a los efectos de ponderar la relevancia de valorar en el ámbito de un proceso "el riesgo para la salud psíquica" de un menor, ha sostenido que "...cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado...", estándar que le habilita a sostener que "no es preciso que la lesión a la integridad moral haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (SSTC 221/2002).

7º) Que, en el sentido expuesto, la declaración de nulidad de todo el procedimiento con el único fundamento de no haber extremado el juez de primera instancia los recaudos para notificar a la madre biológica peca de un exceso de rigorismo formal que impide ponderar equilibradamente las circunstancias fácticas del caso al tiempo de producirse los actos procesales que se cuestionan. Asimismo, concluir que, al no haberse extremado los recaudos de notificación, se ha afectado el derecho de defensa de la madre biológica, a partir de considerar que la notificación efectuada en los autos era insuficiente, omite evaluar que aquella ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde el momento de su

presentación judicial.

8°) Que, teniendo en cuenta que el desamparo del niño al momento de su nacimiento fue el hecho que determinó la intervención judicial, la restitución de aquel a su madre biológica necesariamente debe sustentarse en la conveniencia de tal medida para los intereses del menor en el contexto de su realidad. Por ello, el análisis de tal conveniencia debe integrarse, por lo menos, con la ponderación de dos factores. Uno de ellos, el grado de riesgo de provocar un daño psíquico y emocional al niño al modificar su emplazamiento actual y, por el otro, la aptitud exigible a la madre biológica para minimizar los posibles o eventuales riesgos. La verificación de tales extremos, que constituyen los presupuestos constitucionales para dar contenido sustantivo a la garantía de protección del interés superior del niño, es absolutamente relevante para justificar la restitución del menor y de apreciación ineludible para los jueces. Para la valoración de dichos extremos el instituto procesal de la nulidad no parece constituir un medio razonable que brinde una respuesta sustantiva acorde con la protección del interés superior del niño.

9°) Que, por aplicación de tales principios, y partiendo de la regla según la cual todo niño tiene el derecho de vivir, de ser posible, con sus progenitores, no es posible soslayar la necesidad de que tales vínculos que hacen a la identidad filiatoria de una persona se sustenten 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 aquella. De acuerdo con ello, "la verdad biológica" no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros

años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del menor. Ello, claro está, respetando el derecho de aquel a conocer y preservar su identidad, tal como los estados partes firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (arts. 8°, 1 y 9°, 1) (conf. considerando 6 del voto de la mayoría en Fallos: 328:270).

10) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, entre muchos otros).

11) Que, en este orden de ideas, cabe recordar que en la misma resolución en la que ordenó la restitución del niño a su madre biológica (por entonces, también menor), el tribunal dispuso que el cambio de guarda y la vinculación consecuente se realizaran de manera gradual y bajo la supervisión de un centro asistencial que específicamente designó al efecto (Equipo de Adopción Reanudar de la "Fundación Campos del Psicoanálisis"). Esta decisión no sólo no fue cuestionada en momento alguno por las partes en pugna sino que fue expresamente avalada por ellas (confr. fs. 360 vta., *in fine*; 364; 459; 463/489; 490/516; 523; 540 y 544). Sobre esta base y tras su notificación y aceptación, la presidente de la entidad (y asesora general del equipo mencionado), tomó intervención en el juicio y convino con aquéllas la metodología a seguir para la concreción del encargo asignado, que se plasmó en un plan de trabajo dividido en cuatro etapas, consistente en la

realización de sucesivas entrevistas con todos los involucrados en el conflicto y, asimismo, de reuniones entre ellos (confr. fs. 365; 445; 459; 520 y 531/537).

12) Que, transcurrido un lapso de aproximadamente tres meses desde el acuerdo citado, el apoderado de la progenitora solicitó que la profesional llevara a cabo "una pormenorizada información acerca de la labor desempeñada y los resultados obtenidos", lo cual fue cumplido por aquélla en dos momentos distintos. Según constancias de la causa, la supervisión de la reconstrucción del vínculo materno - filial y de la relación con los guardadores fue efectuada por un equipo especializado de acuerdo al tiempo necesario para que el niño pudiera elaborar "una circunstancia conmocionante en su vida", e incentivada en todo momento por las propias partes. Dicha labor se prolongó desde su aceptación (junio de 2004) hasta octubre de 2005, plasmándose en una serie de nueve informes de minucioso contenido (confr. fs. 459; 523/525; 529/537; 540, punto 2; 544/544 vta.; 585/588 y 595/633).

13) Que de tales observaciones surgen conclusiones contundentes que permitirán apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes. Así, los informes indicaron:

a. que "no hubo a lo largo de todas las entrevistas ninguna explicitación de algún orden —respecto de los hechos ocurridos con F.— de responsabilidad y por lo tanto alguna manifestación de culpa en alguno de los integrantes de la familia biológica. Esta familia, que se caracteriza por la desunión, produjo una unión desde una posición de reivindicación para llegar a 'tenerlo' a F." (Informe Nº 2, fs. 605);

b. que "no se verificó en la familia biológica una trama familiar consistente. La inconsistencia puede comprobarse entre otras cuestiones con el no anoticiamiento del embarazo por parte del padre y madre, lo cual ubicó a L. como una menor

en riesgo: durante 9 meses de embarazo no fue mirada por sus padres. Como menor en riesgo realiza un intento de suicidio. Se trata de un grupo familiar en el que el lugar de la madre estuvo ocupado por la abuela materna, ahora fallecida, produciéndose luego de este hecho la separación de los padres de L. Desaparecido el personaje aglutinante, colapsó la familia" (Ibíd. Asimismo, Informe Nº 2, fs. 605);

c. que L. "dispone de la posibilidad de escindirse y por lo tanto ser 'una' y 'otra' al mismo tiempo, se trata de una 'severa escisión del yo'. Esto fue lo ocurrido durante el embarazo: era 'la de siempre' y 'estaba embarazada' al mismo tiempo. Esto tuvo efectos sobre ella. Sostuvo una simulación durante 9 meses que no le permitió enterarse cabalmente de que estaba embarazada, por lo tanto cuando llega al parto, nace un niño pero no tiene un hijo, por eso puede dejarlo abandonado: no tuvo un hijo" (Ibíd.);

d. que "no aparecen manifestaciones que permitan saber algo de lo que el niño realmente representa para ella, de lo que el niño vino —finalmente— a colmar en ella. A la inversa sí habla acerca de lo que —supuestamente— ella significa para el niño. (...) En su discurso no aparecen signos que indiquen que pasaron casi tres años desde que dejó de verlo (con un día de vida), consecuencia de ello es que sólo puede ver en él lo igual a ella, o al padre del niño. No ve las marcas que la crianza en manos de otros dejaron en el niño. En esta omisión aparece dicha continuidad entre el primer día de vida de F. y el vínculo que comienza a entablar tres años después: L. [dice que] 'sabe lo que le pasa a F.' y lo conoce como si hubiera estado siempre junto a él; no lo ve a él, ve lo que quiere ver (...). Su presentación excesivamente 'maternal' revela en realidad una posición reivindicativa solidaria de una falla de un genuino deseo de maternidad. Se trataría más de una

impostura que de una posición con la que ha consentido. Se presenta con insistencia el ser reconocida como madre, más allá de la significación que el niño tendría para ella. A esto nos referimos con que en su relación con F. hay una respuesta sintomática en el lugar de un real deseo de ser madre del niño" (Informe N° 3, fs. 613 *in fine*/614);

e. que existieron, en la primera semana de entrevistas, tres versiones distintas respecto de la identidad del padre biológico: la de la abuela y la del padre maternos, y la de la progenitora, lo cual fue "un comienzo inconveniente cuando media la justicia" (Informe N° 2, p. 606);

f. que "fueron reiteradas las muestras de apuro de la madre biológica y sus padres, quedando en evidencia que nadie pensó en F. sino en las necesidades de cada uno. El apuro da cuenta del no tener el lugar del hijo, nieto, aún para la familia biológica. Incluso, en las entrevistas, el abuelo biológico lo ha nombrado a F. como 'tipo', 'piedra' o de otros modos muy bizarros y singulares" (Informe N° 2, fs. 606. Asimismo y con relación a este integrante, ver Informe N° 3, fs. 620/621);

g. que "el primer acto de irresponsabilidad fue hablarle L. aparte a F. por cuenta propia sin haberlo convenido y a escondidas de los guardadores que son los que lo criaron y los que el niño reconoce como padres. Luego de los primeros encuentros, el siguiente paso era que L. saliera con F. a solas. A partir de verificar que había escenas de complicidad con F. que fueron evaluadas como inconvenientes por el Equipo, se postergó la decisión. Los niños entran solos en complicidades, es importante no ayudarlos. Se consideró que se trataba de agregar una familia, no hacer trampa para suplantarla. (...) Si no hubiera habido trampas hubiéramos recomen-

dado que la familia biológica viera a F. a solas pero consideramos una irresponsabilidad lo antedicho: haber hablado aparte, a solas con F. la segunda vez que lo vio L.; eso es no tener idea de qué es un niño o qué es un hijo. No fue tomado por L. en cuenta ni como hijo ni como niño de 2 años y medio, fue un verdadero exceso. Se decidió velar por lo que entendemos es el mejor interés para el niño" (Informe Nº 2, fs. 606). Con mayor detalle y sobre las consecuencias nefastas de tal conducta, ver Informe Nº 4, fs. 622/623 e Informe Nº 5, fs. 624/625. En el primero se señala, a raíz de ciertas manifestaciones del menor aparentemente inducidas por la madre biológica —que deseaba arrojarse por la ventana—, que "en el período donde el control de esfínteres se está produciendo un niño realiza la operación de distinción entre lo que sirve y la basura 'caca' lo que no sirve, los restos que se tiran. La frase de F. presenta que en vez de tirar basura se tira él. Realizo una segunda lectura. Este niño está más desalojado que el año pasado, está al riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia. Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada". Por su parte, en el Informe Nº 6 se destaca que "F. en sus entrevistas ha dicho respecto de su madre biológica que le ha dicho: 'que A. y A. [los guardadores] son viejitos, son como tus abuelos'. Esto verifica que en las instancias en que L. está sola, atenta en secreto contra los soportes de F. Ir contra el lazo paterno final vigente es altamente peligroso. Es posible calcular que con la aptitud para la escisión que le permitió 'estar y no estar' al mismo tiempo, esa misma escisión le permite ser muy amable en todas las entrevistas y simultáneamente actuar en un sentido totalmente contrario a escondidas con F. Esa complicidad la coloca indebidamente en

un lugar excesivamente par respecto de F." (fs. 626). Esta circunstancia, observada en forma reiterada y contra lo originalmente pactado, importó que se retrasara el avance de la vinculación con los abuelos maternos (Informe N° 7, fs. 627/629). Además, la dualidad de marras fue advertida con relación a un hecho personal afirmado por la progenitora —la concurrencia a la universidad—, que no era tal. "Las mentiras constituyen un síntoma respecto de la relación del orden simbólico con lo real: las palabras van por un lado y los hechos van por otro. Esta relación distorsionada a la palabra, dificulta o impide la posibilidad de pactar. No se trata de un abordaje moral del estatuto de la mentira, sino de un abordaje ético. Es decir, no se trata de que esté mal o bien mentir, sino de la imposibilidad de pactar en un recorrido de vinculación donde necesariamente se trata del consentimiento a sucesivos pactos. La mentira impide disponer de confianza en que se cuide el mejor interés del niño" (Informe N° 9, fs. 632/633);

h. que los abuelos biológicos cuestionaron "la decisión del Equipo de ir progresando en la vinculación por generaciones e importancia del lazo según les fue propuesto: primero la madre, segundo los abuelos, luego la tía, es decir la hermana de L. argumentan que no podrían conseguir que su hija R. entienda que primero conocerían ellos a F. y luego R. con este pedido de simultaneidad declaran que no pueden decirle que 'no' a su hija, lo cual da cuenta de un problema de autoridad en la familia, ya que ésto le sucede a ambos padres" (Informe N° 2, fs. 606 *in fine*);

i. que "ninguno de los integrantes de la familia biológica ha pensado que el niño tenía que metabolizar la existencia de dos familias: esto necesita tiempo, más tiempo que un adulto porque no dispone del recurso del lenguaje para dar

cuenta de las experiencias que va viviendo" (Informe N° 2, fs. 607); y, finalmente,

j. que "para F. la madre es A. y el padre es A. Gracias a que eso funcionó, no es hoy un psicótico. F. dispone de la función del padre y lugar de la madre en su estructura subjetiva, construidos a partir de los guardadores y ocupados dichos lugares por éstos. El niño se conformó en relación a la función del padre y el lugar de la madre con ellos (...). Con esta estructura familiar se constituyó la subjetividad [del niño]. Se necesita tiempo para que entienda que tiene dos familias, el lazo con los guardadores está constituido y sería absolutamente no aconsejable someterlo a una nueva pérdida, sería una nueva adopción ya que el lazo de sangre sin el vínculo no es una referencia para nadie..." (Ibíd.). "En este momento, F. sólo reconoce a sus guardadores como sus padres, no hay espacio psíquico en este niño para pensar otra posibilidad familiar. Se puede calcular que mediante un trabajo psicoanalítico será posible la entrada de la familia biológica agregándose a la familia de crianza" (Informe N° 3, fs. 618/619).

14) Que, en aspectos directamente ligados con el interés del menor es preciso destacar algunas consideraciones realizadas en los informes presentados por el equipo de profesionales indicado. A tales efectos es necesario tener presente que:

1.- "Este niño está más desalojado que el año pasado, está el riesgo que en el futuro no sea hijo de nadie, lo cual es quedarse sin destino. No se puede decidir sin pasar por la experiencia. Entiendo que la frecuencia de la vinculación es excesiva y necesita ser revaluada..." (Informe N° 4 diciembre de 2004 p. 623).

2.- "Es una gran responsabilidad intervenir en un caso en

el que por la edad del menor su estructura psíquica se está conformando: a menor edad del menor mayor vulnerabilidad...Era absolutamente calculable que hubiera efectos sobre la salud mental de F como consecuencia del proceso de vinculación...Es nuestra responsabilidad informar que, más allá de lo calculado, los efectos en F son peores que los calculados. Contando con que tiene casi un año más que la edad del comienzo de la vinculación, encontramos una llamativa labilidad psíquica y el riesgo de que termine siendo 'hijo de nadie', con la consiguiente pérdida de identidad. No se puede atentar contra los soportes con los que se construye la estructura de una persona, sus referentes, los que funcionaron como padres. Hay que avanzar lentamente...es necesario contemplan los tiempos propios, es decir el tiempo subjetivo de F, no la necesidad de los mayores..." (Informe N° 7 agosto de 2005 fs. 629).

3.- "Por el momento hablar de dos madres es dirigirnos en el futuro que no haya ninguna, está todavía constituyéndose el lugar fundamental y fundacional desde su estructura mental, que es el lugar de la madre..." (Informe N° 8 octubre de 2005 fs. 629).

15) Que de lo descripto precedentemente se desprende que uno de los fundamentos esenciales que tuvo en cuenta el a quo para resolver de la forma en que lo hizo, esto es, la aptitud exigible a la madre biológica (confr. fs. 357 vta. *in fine*), no presenta actualmente la calidad de tal. Ello es así, pues de la actuación del equipo profesional que la propia cámara designó para intervenir en el proceso de restitución del menor surge con meridiana claridad que ni su progenitora ni sus abuelos maternos se encontrarían —por el momento— en una situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza, y así brindarle la

contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual, en el marco de la difícil contingencia en la que se encuentra inmerso. Por el contrario, las observaciones formuladas en dichos estudios —cuyo valor convictivo es concluyente por su mayor precisión, inmediación con la evolución de la situación y proximidad temporaria con ella— son reveladoras de la falta de aptitud actual de la familia biológica para concretar por sí sola tal cometido, lo cual, a su vez, demuestra que el cambio de guarda no haría efectiva la protección del interés superior que la sentencia apelada intentó defender.

16) Que la conclusión que antecede no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados "lazos de sangre" y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar —siquiera implícitamente— algún tipo de preeminencia material a la familia adoptiva respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar —de modo expreso o solapado— a la progenitora por la conducta que adoptó en el caso. Por el contrario, se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego (legítimos desde cada óptica, por cierto) el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 312:371, disidencia de los jueces Fayt y Baqué, en especial, considerandos 6º y 7º).

17) Que, en este sentido y en época reciente, este Tribunal ha puntualizado que la precedencia sanguínea "no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conec-tada —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" (confr. Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6º).

18) Que, asimismo, surge de los informes del equipo de profesionales designados un concreto riesgo, cuyos efectos han comenzado a percibirse, para la integridad psíquica del niño y su desarrollo futuro si se produce el cambio de su situación.

La preservación del interés superior del niño en situaciones de grave conflicto como la que motiva la intervención de esta Corte, encuentra en el sistema legal argentino alternativas que en el contexto del régimen de adopción permiten, por un lado, garantizar aquel interés superior en una estructura estable y previsible, y por el otro, y en razón de las especiales circunstancias de la causa, configurar soluciones equilibradas para contener el conflicto y asegurar la efectiva tutela de la "verdad biológica" en una de sus vertientes sustantivas que es el derecho del menor a saber y a decidir en un momento determinado. Si bien en la práctica puede ser considerado un "triángulo adoptivo-afectivo", encuadrado en el marco legal específico y disponible importa una clara definición de derechos y obligaciones (conf. arts. 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

19) Que, en este orden de ideas, en un estudio de reciente aparición difundido por la Academia Nacional de Ciencias Norteamericana y llevado a cabo por un equipo interdisciplinario que incluyó al economista y premio Nobel James Heckman, se puso de relieve que las experiencias vividas por las personas a temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva o económica (Knudsen, Eric I., Heckman, James J., Cameron, Judy L. & Shonkoff, Jack P. "*Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America's future work-force*"³).

³Publicado en "*Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of América*", el 26 de junio próximo pasado. Dada su reciente aparición, el texto íntegro puede consultarse en Internet en la siguiente dirección: "www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.0600888103".

Y hace algunos años, el Consejo Científico Nacional para el Desarrollo de la Niñez de Estados Unidos —que agrupa a los científicos líderes en desarrollo infantil de ese país— recordaba que la crianza como la existencia de relaciones estables con adultos responsables son esenciales para un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. "Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan —confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal—. (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: '...para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su respecto una relación emocional irracional'. Alguien tiene que 'perder el juicio' por la criatura. Eso es lo primordial. El principio, el final, siempre"⁴.

20) Que, para finalizar, viene al caso recordar lo

4

*"Young children develop in an environment of relationships". National Scientific Council on the Developing Child. Working paper N° 1. El texto íntegro de este ensayo puede consultarse en internet, en la siguiente dirección:
"http://www.earlychildhoodnm.com/Documents/Early%20Ed%20Report.pdf".*

dispuesto recientemente en el decreto 415/2006, que aprueba la reglamentación de la ley 26.061 sobre "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Así y mediante dicho acto, se reitera que el concepto "familia" o "núcleo familiar" no sólo comprende a los progenitores y a las personas vinculadas a los menores por líneas de parentesco, sino también a "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección" (confr. decreto citado, art. 7º).

21) Que una mención especial merece la forma en que tanto el ministerio público de segunda instancia como el *a quo* defendieron las posiciones que adoptaron en el presente juicio. Así, la formulación de airosos enunciados —más propios de un ámbito académico que judicial—, como la existencia de reproches mutuos sobre la actuación que les cupo y su fundamento, algunos implícitos y otros no tanto, no condicen con la mesura y serenidad de espíritu que deben gobernar la actuación de la magistratura y del ministerio pupilar en la excelsa misión de impartir justicia y de colaborar con ella; máxime en casos como el de autos, en que se hallan en juego derechos particulares de la más alta sensibilidad y relevancia que, a su vez, interesan a la sociedad en su conjunto. En este orden de ideas, es oportuno recordar las palabras que en alguna ocasión refirió Colmo al señalar que la administración de justicia resulta *"hasta un ideal de belleza. Arraiga en pasiones i conflictos que en definitiva (...) tienen que ver con la noción de lo solidario i el sentimiento de altruismo. I supone una tarea en que los elementos más elevados del espíritu, la inteligencia, la cultura, la ecuanimidad i todo lo demás, son puestos a contribución para prevenir dife-*

rencias, aplacar resquemores, restablecer situaciones vulneradas, reprimir inconductas, en una palabra, para hacer imperar las normas de distributiva i armónica cooperación, que es fuente de coeducación, prenda de paz i base de esfuerzos conjugados que permiten la unidad i el engrandecimiento del conjunto i de todos. (...Así,) i con sobrado motivo, ha podido sentar Voltaire que 'la plus belle fonction de l'humanité est celle de rendre la justice" (Colmo, Alfredo. "La Justicia". Obra póstuma. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1957. Pág. 135 y sgtes.).

Por ello, y lo dictaminado en concordancia por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: 1º) declarar procedentes los recursos extraordinarios deducidos y dejar sin efecto el fallo apelado; 2º) disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M.; 3º) devolver los expedientes al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los términos de esta sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvanse los autos. JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

VO-//-

-//--TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DON CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó lo resuelto en la instancia anterior y declaró la nulidad de las resoluciones mediante las que se había decretado el estado de abandono del menor F. y otorgado su guarda con miras a su futura adopción al matrimonio D. y M. En consecuencia, ordenó la restitución del niño a su madre biológica. Además, dispuso la rectificación de la partida de nacimiento correspondiente por haberse asentado en ella un nombre falso. Contra esta sentencia, los guardadores y el defensor de menores ante la cámara interpusieron sendos recursos extraordinarios federales que fueron concedidos por el *a quo*.

2°) Para así decidir, los jueces sostuvieron que las resoluciones cuestionadas habían vulnerado el artículo 317, inciso a, del Código Civil, pues habían sido dictadas sin que el juzgado hubiera extremado los medios a su alcance para que la progenitora compareciera a estar en juicio, a fin de darle la intervención que le correspondía.

Añadieron, que la prueba producida en la causa daba cuenta de que la madre biológica se hallaba en condiciones físicas y psicológicas suficientes para asumir ese rol, por lo que su decisión se adecuaba al fin superior que amparaba la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994 en el artículo 75, inciso 22 (fojas 352/361).

3°) Que los recursos interpuestos resultan formalmente admisibles, pues el *a quo* ha tomado una decisión contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella (artículo

14, inciso 3° de la ley 48) apartándose 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. 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 321, inciso i, del Código Civil.

4°) El art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe 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". Es decir, que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito.

5°) Cabe destacar, que el amplio margen interpretativo de los primeros abordajes judiciales dado por la indeterminación de la norma, fue acotándose con el correr del tiempo.

Esta Corte, en su rol de máximo intérprete de la Constitución Nacional estableció pautas que deben guiar la interpretación y aplicación del principio rector establecido por el artículo 3°.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el expediente "S.C. s/ adopción", (Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay).

6°) Entre otras cosas, se afirmó que, la regla establecida en dicha norma 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 interés del niño, la premisa de que es mejor para éste último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente.

7°) En el fallo impugnado en esta oportunidad los camaristas afirman que "Si su futuro ya se encuentra comprometido porque no se ignora que la restitución requerirá un nuevo y fundamental cambio en la vida del menor, mucho más lo estará de no adoptarse la solución que se propicia, ya que nunca podrá sostenerse que la guarda —si se hubiera confirmado— fue producto del abandono de su madre, de su desamor, cuando como en estas actuaciones quedará la huella imborrable del reclamo materno". (fs. 359).

Puede advertirse que el razonamiento empleado es similar al que inspiró la sentencia publicada en Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay". Que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo.

En consecuencia, resulta de aplicación lo ya dicho por la Corte en el precedente citado en cuanto a que esa idea implica un punto de partida equivocado en términos constitucionales: es la conveniencia del niño 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.

De lo dicho se deriva, que si la entrega de F. a su

madre biológica suponía un daño para el niño, entonces los jueces debieron haber justificado 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.

8°) Este Tribunal también ha sostenido, que la precedencia que la Convención sobre los Derechos del Niño da a la familia biológica, no es absoluta. Que sólo establece una presunción conectada con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial en la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. Pero que sin embargo, esto no es una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida desde los primeros momentos de la vida derivándose una identidad filiatoria que no necesariamente coincide con la verdad biológica .

En el caso examinado, cuando los camaristas se pronunciaron, F. llevaba, toda su vida, tres años y medio, viviendo con sus guardadores, quienes en los hechos desempeñaban los roles de padre y madre, a lo que se suma que su integración a ese grupo familiar resultaba óptima como su desarrollo evolutivo y psíquico. Es decir, que el niño ya había avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que —según lo dicho por esta Corte (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay"— no se reducía a un dato histórico, sino que abarcaba todo un proceso vital que debía ponderarse. Como puede advertirse, la presunción a favor del vínculo biológico se ve rebatida en casos como el presente.

9) Teniendo en consideración el estado emocional y psicológico del niño respecto del matrimonio guardador (confr.

fs. 608; 624, *in fine*, y 626 *in fine*) y el hecho de que la vinculación se encuentra en la actualidad indiscutiblemente producida, se advierte que separarlo de ellos implicaría tomar como absolutos los derechos consagrados en los artículos 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.

Por todo lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, corresponde hacer lugar a los recursos extraordinarios, dejar sin efecto la resolución recurrida, disponer que el niño F. quede en guarda del matrimonio D. y M. y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo al presente. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y devuélvanse los autos principelas. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que los recursos extraordinarios de fs. 370/443 y 446/453 son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestiman los mencionados recursos extraordinarios. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

Recursos extraordinarios interpuestos por **el Dr. Alejandro C. Molina, defensor público de menores e incapaces y A.M.D. y A.E.M.**, patrocinado por los Dres. **Ricardo Entelman y Alberto M. García Lema**
Traslado contestado por **L.S.A.**, representado por el Dr. **Mauricio L. Mizratti**
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86**