



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

“LA PROHIBICIÓN DE LA GUARDA DE HECHO
CON FINES DE ADOPCIÓN Y SU CONFRONTACIÓN
CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

Carrera: Abogacía.

Asignatura: Seminario Final.

Tutor de la Asignatura:

Apellido y Nombre del alumno: Jansen, Maricel

Legajo: VABG70787

Año: 2019.

Resumen

Este trabajo académico tiene como objetivo analizar la posibilidad de invocar, a los fines adoptivos, una guarda nacida al amparo de una entrega directa de un niño, niña o adolescente en favor de terceros. Los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales recabados permiten concluir que, en algunos casos los vínculos socioafectivos creados entre los menores y sus guardadores deben ser protegidos por la justicia, en pos del interés superior del niño, soslayando la prohibición legal del art. 611 del CCCN y deviniendo inconstitucional dicha prescripción en el caso concreto. De esta manera, la aceptación judicial de tales vínculos con el correlativo otorgamiento de la adopción, implica el reconocimiento de una relación afectiva de hecho que otorga a los niños, niñas y adolescentes el status de hijo que venían desarrollando dentro de una familia.

Palabras claves: Interés superior del niño, guarda de hecho, adopción, vínculo socioafectivo, inconstitucionalidad.

Abstrac

This academic work aims to analyze whether the new legal prohibition of art. 611 Civil and Commercial Code of the Nation, with respect to the de facto guardianship as a basis for judicial petitions of adoptive filiation, violates the best interests of the children and adolescents involved. The doctrinal and jurisprudential background gathered allow us to conclude that, in some cases, the socio-affective bonds created between minors and their guardians must be protected by justice, in the best interest of the minor, avoiding the normative prescription and becoming unconstitutional. In this way, the judicial acceptance of such links with the correlative granting of the adoption, implies the recognition of a de facto affective relationship that grants children and adolescents the status of a child that they were developing within a family.

ÍNDICE

CAPITULO I – INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	8
I.1. Antecedentes doctrinarios	8
I.2. Marco normativo	12
I.3. Definición y alcance del interés superior del niño	17
I.4. El interés superior del niño y su relación con el derecho a ser oído	23
I.5. El derecho del niño a ser escuchado	24
I.6. Conclusiones parciales	28
CAPITULO II – GUARDA DE HECHO	29
II.1 Definición de guarda de hecho	29
II.2. Evolución legislativa de la guarda	35
II.3. La guarda de hecho en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	37
II.4. La guarda de hecho en el derecho comparado	41
II.5 Conclusiones parciales	43
CAPITULO III – ADOPCIÓN	45
III.1. Antecedentes legislativos	45
III.2. Conceptualización del instituto de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación	46

III.3. El principio general del interés superior del niño y su relación con el instituto de la adopción	48
III.4. El vínculo socioafectivo y la filiación adoptiva	51
III.5. La adopción y la prohibición del art. 611 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	55
III.6. La supremacía constitucional en el pedido judicial de filiación adoptiva	59
III.7. Conclusiones parciales	62
CONCLUSIÓN FINAL	64
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
ANEXOS	70

Introducción

Con la reforma del Código Civil y Comercial de nuestra República Argentina, se introdujeron diversos cambios en las instituciones jurídicas que componen el derecho de familia, entre ellos en relación a la adopción. En este TFG se abordará la nueva prohibición legal en relación a la guarda de hecho con fines adoptivos, regulada por el art. 611 de dicho cuerpo normativo y su colisión con el interés superior del niño.

En este sentido, debemos recordar que el derogado Código Civil no establecía una prohibición para “*la guarda de hecho*” con fines de adopción, ni tampoco imposibilidad alguna para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos. Sin embargo, debido a la innegable existencia del tráfico de niños, niñas y adolescentes en nuestro país, que en algunas oportunidades los llevan a encontrarse bajo una situación irregular, como lo es la guarda de hecho, la nueva regulación buscó una solución específica a través del art. 611, que prescribe: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”. (El subrayado me pertenece)

Pese a la buena intención de la reforma, creo que la problemática social que se busca resolver a partir de la legislación vigente pone en evidencia que, en materia de adopción, no

es posible apelar a fórmulas inflexibles, ya que no todas las guardas de hecho parten del tráfico de menores, existiendo situaciones que hacen procedente la filiación adoptiva por sobre la prohibición legal, en miras a la protección del interés superior de los niños involucrados. Pero además, porque el “mejor interés de la infancia” es un concepto abierto que se completa en su significado con las circunstancias que rodean cada caso y, en consecuencia, los tribunales son los organismos que están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar soluciones que se ajusten a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Es por ello que, a partir del análisis jurisprudencial, doctrinario y de la normativa nacional e internacional vigente, es que se abordará la nueva prohibición legal de la guarda de hecho con fines adoptivos a efectos de determinar si es una medida que promueve y protege el interés superior de los niños, niñas y adolescentes o lo conculca.

Este TFG parte del siguiente interrogante: ¿De qué manera la prohibición de la guarda de hecho en la adopción vulnera el interés superior del niño, niña o adolescente? Así, se procede a analizar la prohibición de la guarda de hecho en la adopción, con el objetivo de conocer si la misma vulnera el Interés Superior del Niño contemplado en el art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el inc. a) del art. 595 del Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 3 de la Ley Nacional N° 26.061 y en el art 3 de la Ley Provincial N° 9.944. Ello, debido a que el art. 611 del CCCN establece que la transgresión a dicha prohibición, es decir cuando exista una guarda de hecho a partir de la cual se peticiona una adopción, se “(...) *habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador (...)*”.

En este sentido, entiendo que la facultad que la norma otorga al juez pone en peligro el interés superior de los niños que se encuentran en situaciones de guarda de hecho, con

cuyos guardadores se ha generado un vínculo afectivo, lo que a todas luces promete ser una decisión que no garantiza la protección del niños, niñas y adolescentes involucrado, ya que al momento de solicitarse la adopción los Tribunales pueden separar al niño de sus guardadores, soslayando innegablemente el interés superior del mismo.

El objetivo general de la presente tesis es analizar si la prohibición de la guarda de hecho en la adopción vulnera el Interés Superior del Niño.

Los objetivos particulares que se buscan abordar son los siguientes:

- Analizar el concepto de Interés Superior del Niño, como derecho, como principio y como norma de procedimiento.
- Definir y establecer la naturaleza jurídica de la guarda de hecho en nuestro ordenamiento jurídico como así en el derecho comparado.
- Analizar la normativa respectiva a adopción a la luz del nuevo Código Civil y Comercial.

La presente investigación se llevara a cabo realizando un *estudio descriptivo*, mediante la recolección de datos e información y su posterior evaluación, de antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y legislación vigente, a los fines de poder dar respuesta al problema planteado como así alcanzar los objetivos propuestos.

No se realizará ni utilizarán datos de encuestas o entrevistas, limitándose a recabar información ya existente sobre el tema.

Esta investigación se abordara desde una *metodología cualitativa*, mediante un *procedimiento interpretativo*, utilizándose el *razonamiento inductivo* y objetivo, a través de la evaluación directa de las fuentes de información utilizadas -doctrina, jurisprudencia, legislación provincia, nacional e internacional- para la realización de este trabajo.

La hipótesis planteada en esta TFG es la siguiente: “La prohibición de la guarda de hecho en la adopción *puede* vulnerar el Interés Superior del Niño, contemplado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley 26.061, por lo que corresponde que el Poder Judicial analizar en caso concreto si corresponde hacer operativa la norma del art. 611 del CCCN o declarar su inconstitucionalidad”.

CAPÍTULO I – INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Antes de comenzar a abordar de manera directa el tema del presente trabajo, corresponde se analice la noción del Interés Superior del Niño, ya que el Poder Judicial, al momento de tramitar y resolver peticiones particulares de adopción en las que se encuentran configurada la *prohibición de la guarda de hecho*, deberá limitarse a dicho principio para que al momento de dictar sentencia logre arribar a una solución que proteja de manera integral los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

I.1- Antecedentes doctrinarios

Según la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, en América Latina hubo una evolución en el derecho de la infancia, que se presentó con mucha claridad a partir del dictado de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. Una de las paradojas de ésta evolución es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos que involucran a niños, niñas y adolescentes, con especial preocupación en el ámbito de la aplicación. El principio del interés superior del niño fue uno de los principales mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido.

Dicha Observación General entiende que, este nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina se fundamenta en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (art. 41 de la CIDN).

Esta evolución del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

Por lo que, la mencionada Observación General confirma la idea de que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general. En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete esos lineamientos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que *emana de la doctrina universal de los derechos humanos*.

En lo que respecta al interés superior del niño, la Observación General N° 14 señala que generalmente se cree que es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el *carácter indeterminado* de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica (Observación General N° 14, 2013).

En tal sentido, me pareció acertada la definición que el doctrinario Miguel Cillero Bruñol (1996) proclama, en cuanto afirma que “*el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos*”.

Por lo que, en este trabajo se intentara desarrollar una conceptualización jurídica precisa del interés superior del niño, que reduzca razonablemente la indeterminación y sea

congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, para los casos concretos en los que se solicita la filiación adoptiva preexistente a una guarda de hecho.

I.2.- Marco normativo

La noción de Interés Superior del Niño nace de la mano de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, aprobada el 20 de noviembre de 1989, momento a partir del cual se marca un cambio de paradigma a nivel mundial con respecto a la infancia, ya que implica una concepción integral de los niños como sujetos de derechos con necesidades propias, transgrediendo una doctrina de situación irregular a la actual *doctrina de protección integral*.

A partir de la existencia de la CIDN, se los reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, dignidad y libertad, y ya no como objetos pasivos de intervención por parte de la familia, el Estado y la sociedad. Ello en virtud de que la mencionada Convención impone a los Estados Parte, el deber de garantizar el reconocimiento y ejercicio de todos los derechos que le competen a los niños.

El Interés Superior del Niño, que forma parte del conjunto de derechos y garantías que le asisten a los niños, niñas y adolescentes, se encuentra expresamente reglamentado en la CIDN, normativa aprobada en todas sus partes por la Ley N° 23.849 e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, ostentando así jerarquía constitucional. También la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 y la Ley provincial N° 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes de la provincia de Córdoba regulan de

manera expresa el Interés Superior del Niño. Por lo que, en nuestro país, el Interés Superior del Niño se encuentra presente en todo el ordenamiento jurídico y tiene jerarquía constitucional.

Derecho internacional: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: El art. 3 dispone que: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”*.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 en la sede la Asamblea General de las Naciones Unidas, representa un hito importantísimo en las concepciones doctrinarias, en las construcciones jurídicas y en las estrategias de acción relacionadas con la niñez y que modifica la situación irregular de los niños plasmada en la ley de Patronato de la Infancia Decreto Ley 10.067/83, actualmente derogada.

Dicha Convención fue aprobada por Ley 23.849 e incorporada a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, con jerarquía superior a las leyes (art. 75 inc. 22). La

ratificación de la Convención implica el compromiso de brindar a los niños y adolescentes protección integral.

Tiene su origen en los principios básicos contenidos en la Declaración de Ginebra de 1924, que sirvió de fundamento a la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

Este instrumento fue ratificado por veinte países al año de su proclamación (mínimo requerido conforme el art.49 de la CIDN para su entrada en vigor) convirtiéndola así en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos, siendo además el tratado de derechos humanos más ratificado en la historia de todos los tratados de derechos humanos (Grosman, 1997).

Con la aprobación de la Convención en América Latina se genera la oposición de los grandes modelos para entender y tratar con la infancia. Las leyes y prácticas que existían respondían a un “modelo tutelar” que tenía al menor como objeto de protección; a partir de la Convención se empezó a considerar a los niños y jóvenes como sujeto pleno de derechos, en el marco de un sistema de protección integral.

En lo concerniente al interés superior del niño, lo destaca como único orientador en las decisiones sobre cuestiones relacionadas con la infancia, las cuales son sometidas a la decisión de las autoridades competentes.

Derecho nacional: **Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061:** El art. 3 dispone: *“Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno*

desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Ley N° 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes de la provincia de Córdoba: Su art 3° expresa: *“Interés superior. A los efectos de la presente Ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción -integral y simultánea- de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley y los que en el futuro pudieren reconocérsele. La determinación del interés superior debe respetar: a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos; b) Su derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta; c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, y f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida de la niña, niño y el adolescente a la residencia o lugar donde ellos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución de*

la niña, el niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

La definición del interés superior prescripta por nuestro ordenamiento jurídico interno la refiere como que la máxima satisfacción de los derechos y garantías, reconociendo que estos derechos universales funcionan como principios jurídicos, que debe alcanzar su máxima realización y que esto depende de su aplicación integral, de modo que se tenga en cuenta la totalidad de los derechos, aun cuando se logre solamente una aplicación incompleta de alguno de ellos. Pero también la forma de aplicación debe ser simultánea, lo que impela a aplicarlos en un mismo tiempo, sin dilaciones y en toda su extensión (Garate, 2016).

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida (Grosman, 2006). Si bien, la sociedad suele observar perpleja el enfrentamiento entre el bienestar, el interés del menor y el interés personal de padres desavenidos, esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño.

Recordemos que los niños y adolescentes no tienen plena capacidad para ejercer por sí mismos todos los derechos. Sin embargo, esto no quita que tengan plena aptitud para ser titulares de derechos. La Convención no protege la colectividad o el grupo social, sino a cada niño en particular reconociéndolo como el sujeto de estos derechos. La intervención judicial en la vida de un joven o un niño debe estar motivada en una situación de posible o total desprotección de esa persona en particular (Garate, 2016). Dicha intervención no representa

un fin en sí mismo, sino que debe procurar el restablecimiento del equilibrio jurídico afectado dentro del menor tiempo posible.

La Ley 9.944, coincide en muchos de sus aspectos con la ley nacional, sobre las condiciones de su aplicación, y ambas se enuncian como normas irrenunciables y de orden público. Los principios, derechos y garantías descriptos por ambas normas son similares, sin ser extensiva una respecto a la otra, sino que ambas aseguran los mismos derechos a favor de los niños de nuestro país y tiene una misma finalidad: *asegurarle al niño todos sus derechos, brindándole una protección que impida cualquier vulneración de sus derechos fundamentales*. Asimismo, en cuanto al sistema de protección planteado por dichas normas, ambos contienen las mismas herramientas, que son medidas de promoción, de protección, excepcionales para asegurar la operatividad de los derechos de los niños.

Sin embargo, una de las diferencias importantes entre la ley nacional y provincial, es que Córdoba reglamenta lo atinente respecto al procedimiento penal infantil, la competencia de los tribunales provinciales para entender en las causas en las que estén involucrados niños, niñas o adolescentes y plantea pautas procesales que son de obligatorio cumplimiento tanto para los organismos administrativos, jurisdiccionales como los administrados, mientras que la Ley 26.061 no hace mención sobre tal aspecto.

I.3.- Definición y alcance del Interés Superior del Niño

El concepto de Interés Superior del Niño tiene antecedentes en el sistema internacional de derechos humanos, en instrumentos ajenos a la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, como en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención sobre la

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), entre otros. Sin embargo, con la adopción expresa en la CIDN, el interés superior del niño se constituyó en un elemento determinante para la protección de la infancia.

La formulación de éste principio en el artículo 3.1 de la CIDN permite desprender las siguientes características: *es una garantía*, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es una *norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos*, ya que se debe tener en cuenta dicho principio al momento de otorgar una solución a la situación de los menores involucrados; finalmente es una *orientación o directriz política* para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

También la CIDN nos indica que toda medida que se tome respecto de un niño, niña y/o adolescente deberá ser la menos estigmatizante, y que debemos situarnos en un contexto en los que se presenten múltiples variables en cuanto decisiones a tomar, por lo que se sugeriría elegir entre las medidas que sean menos lesivas, dañinas o gravosas para el niño. Para ello, es importante tener presente que el “*interés superior del niño*” implica el ejercicio pleno de sus derechos, considerado como principio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño, por lo que el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

La noción de Interés Superior del Niño casi siempre fue invocada en el marco de la promoción y de la protección de los derechos del niño, sin ser definida claramente en los textos internacionales, hasta aún después del dictado de la Convención Internacional sobre

Derechos del Niño, por ello el **Comité de los Derechos del Niño** efectuó una interpretación, por medio de la *Observación General N° 14*¹ intitulada, y destaca en primer lugar que “*el interés superior del niño se define en relación con los demás principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño (CIDN)*” (p.259) y luego, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

“a) Un derecho sustantivo: *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*

b) Un principio jurídico interpretativo funda mental: *si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

c) Una norma de procedimiento: *siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta*

¹ UNICEF - Observaciones Generales Del Comité De Los Derechos Del Niño -WEB (2014), <https://www.unicef.org/> [Fecha de consulta: 30/06/2018]

explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” (p. 260).

Dicha Observación expone que *“el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales” (p.266).*

López Contreras (2015) establece que la evaluación y determinación del interés superior del niño conllevan *dos etapas* que deben ser respetadas antes de tomar cualquier decisión:

La evaluación del interés superior, que consiste en evaluar y sopesar todos los elementos necesarios, circunstancias y particularidades para tomar una decisión, en una determinada situación, para un niño o un grupo de niños en concreto.

La determinación del interés superior, que a tales fines deben considerarse las opiniones del niño –en la medida de su capacidad progresiva-, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, los cuidados, la protección y la seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y su derecho a la salud y a la educación.

Lopez Contreras señala que es posible que todos elementos nombrados no sean pertinentes en todos los casos y que haya variaciones entre un niño y otro, y entre un contexto y otro, pero la exigencia de un equilibrio objetivo en la evaluación y determinación del interés superior del niño es un intangible. Por lo que, para analizar la prohibición de la guarda de hecho en la adopción, se deben tener en cuenta varios elementos cuando está en juego el interés superior del niño, como:

El contexto de los hechos concretos del caso,

Los elementos pertinentes para la evaluación y determinación del interés superior del niño,

El equilibrio de cada elemento respecto de los demás.

Asimismo, hay que seguir un procedimiento que asegure las garantías legales y una aplicación adecuada del derecho. Por ello, considero que entre las garantías procesales destinadas a asegurar la protección del interés superior del niño, se deben respetar los siguientes elementos:

El derecho del niño a expresar sus opiniones,

El establecimiento de los hechos por profesionales formados que tengan la experiencia requerida en un ambiente y circunstancias adaptados a los niños,

La percepción del tiempo,

La asistencia jurídica,

La motivación, justificación y explicación legales de todas las decisiones,

El mecanismo de examen y de revisión de ciertas decisiones, y

La evaluación del impacto de la decisión sobre el disfrute de los derechos por parte del niño.

Por último, y como precedentemente se indicó, el Interés Superior del Niño es una norma de interpretación o de resolución de conflictos, al actuar como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos, tal y como se puede visualizar en los casos jurisprudenciales que se citan en este TFG, al concluirse en todos la inconstitucionalidad del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación en miras a la protección del interés superior de los niños involucrados.

En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia estableció en la sentencia “*S., C. s/ adopción - 02/08/2005*” (Fallos: 328:2870)² que la atención principal al interés superior del niño a que alude el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas: por un lado, constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y por el otro, ser un criterio para la intervención institucional, destinado a proteger al menor, 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.

² La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, confirmó la sentencia del Tribunal de Familia de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña, quienes interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido. La Corte dejó sin efecto la sentencia y dispuso que la menor quedara en guarda de sus tenedores. En su voto los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay opinaron que la regla jurídica que ordenaba sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tenía el efecto de separar conceptualmente aquel interés como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos y que si bien la Convención sobre los Derechos del Niño prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños, esta pauta no es una barrera infranqueable. Los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti en su voto sostuvieron que el interés superior del niño representaba 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 que resultaba útil asociar dicho interés con sus derechos fundamentales.

I.4.- El interés superior del niño y su relación con el derecho a ser oído

El Interés Superior del Niño resulta indisociable del derecho a ser escuchado. La Observación General (OG) N°14³ del Comité de los Derechos del Niño, precisa los términos del artículo 12 de la Convención sobre la libertad de expresión, estableciendo la metodología para incluir a los niños en todos los asuntos que los afecten y escuchar sus opiniones. Evidentemente, el grado de aplicabilidad de este derecho a ser oído depende del estadio de desarrollo del niño, su madurez y su capacidad para intervenir en las decisiones que le concierne, de manera que a medida que el niño madura, sus opiniones deben tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

En este sentido, la Corte Interamericana en el caso “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*” Sentencia de 24 de febrero de 2012⁴ reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

³ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 de mayo de 2013

⁴ Los hechos del presente caso inician en el año 2002, cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002, la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003, el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.

Además, la Corte Interamericana considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean, y que tal convocatoria no debe de generar situaciones estigmatizantes para el niño, niña y/o adolescente en cuestión.

Es importante señalar que el espíritu del texto del Art. 12 CIDN plantea el ejercicio de un derecho, en consecuencia el sujeto portador del mismo, en este caso niño, niña, adolescentes, puede hacer uso de aquel o decidir no hacerse oír, sin que por ello sea compelido por la fuerza a prestar declaración ante los estrados judiciales.

Se busca así que la aplicación de la normativa internacional en cuestión impida que el niño sea objeto de algún tipo de presión, para que manifieste o preste declaración, puesto que siendo él el titular de dicho derecho, es él mismo quien puede decidir hacerse o no oír, no pudiéndose tomar ningún tipo de acción o medida ante su negativa.

En concordancia con el texto del Art. 12 de la CIDN, el art. 40.2 b) IV del mismo instrumento internacional, estipula que todo niño, niña, y/o adolescente tiene derecho a participar activamente en el procedimiento en el que se encuentre involucrado, no pudiendo ser obligado a prestar testimonio.

En cuanto a la aplicación práctica de ambos principios, de acuerdo a los antecedentes jurisprudenciales analizados a lo largo del presente trabajo, se ha protegido y garantizado tanto el interés superior del niño (Art. 3 CIDN), como el respeto de las opiniones del niño (Art. 12 CIDN), ya que de lo contrario no sería procedente declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de la guarda de hecho en la adopción que exige el art. 611 del nuestro derecho positivo.

I.5.- El derecho del niño a ser escuchado

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchado se encuentra estipulado en el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en los siguientes términos:

1. *“Los Estados Partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.*

Debe entenderse por niño, a toda persona que tuviera menos de 18 años al momento en que su presencia fuera requerida en sede judicial; en cualquier carácter de figura procesal que revistiera en la tramitación del proceso, gozan de un status jurídico “especial”, puesto que son portadores de los mismos derechos y garantías que un adulto, pero cuentan además con los especiales de su condición, al ser amparados por legislación específica.

Es decir, actualmente el niño es un sujeto portador de derechos idénticos a los de un adulto, pero con la diferencia que posee un conjunto de derechos propios que se los brinda su propio *statu quo* de niño, niña y adolescentes.

Coincidente con dicha idea, se halla la idea de Grosman quien sostiene que además de los derechos propios de todos los seres humanos, los niños tienen derechos específicos, necesarios para su desarrollo y formación, que requieren determinadas condiciones materiales, educativas y psicológicas para que pueda llevarse a cabo el proceso de socialización (Grosman, 2008).

El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que “*sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tomada en cuenta, de modo de considerar lo que él o ella consideren respecto al problema en el que está involucrado*” (Grosman, 2008: 17).

El derecho del niño a ser oído establece la posibilidad de que el niño se exprese en cualquier especie de proceso en el cual esté en juego la afectación a sus intereses, ésta misma, en concordancia con el *statu quo* especial del que gozan los niños, niñas y adolescentes, deb verse como una instancia de diálogo entre el menor y la autoridad que requiera la presencia del mismo, revestida de un procedimiento especial, con el fin de evitar consecuencias estigmatizantes para el niño, niña y/o adolescente.

El derecho del niño a ser oído representa la manifestación más relevante de la asunción por parte de los Estado que han ratificado dicha convención de que estos no son ya más objetos procesales ni personas incapaces, sino *sujetos de derechos*.

Es decir, el derecho del niño a ser oído refiere al hecho de que el niño niña y/o adolescente pueda participar activamente del proceso en el que se afecte algún interés del mismo, siendo el estado el que debe brindar medios idóneos que posibiliten el ejercicio de dicho derecho. En este sentido, el derecho del niño a ser oído es un derecho y no una carga procesal (Garate, 2016).

La afirmación expresada puede relevarse a través del análisis del citado art. 12 de la CDN. Si se estudia de manera detallada la norma indicada, puede observarse que en ningún momento la misma utiliza la palabra “deber”, “carga” u “obligación procesal”, sino que se encuentran como palabras claves utilizadas la siguiente:

Inciso 1 (...) expresar su opinión libremente (...)

La CIDN no fija una edad mínima para que el niño pueda expresar sus opiniones.

Es decir, “el Art. 12 no obliga al niño a expresar sus opiniones, el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo”⁷.

"En todos los asuntos que afecten al niño"

Debe interpretarse esta idea de modo no taxativo, atento a que la letra de la ley no lo dispone de ese modo, permitiendo el ejercicio de este derecho en todo aquello que afecte el interés superior del niño.

Inciso 2: (...) oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño (...)

Se aplica al niño capaz de formarse un juicio, insistiendo en que los más pequeños también deben tener oficialmente el derecho a ser escuchados. La disposición según la cual se da al niño la oportunidad de ser escuchado sugiere la obligación activa por parte del estado de brindarle esta posibilidad, aunque no se le puede exigir que exprese su opinión (Garate, 2016).

Este derecho puede ser ejercido por sí o por medio de un representante que haga valer la voz del niño. Se estima que la vía más transparente y apropiada es que el niño haga valer su derecho por sí mismo, que se haga oír, pudiendo entonces generarse una situación más rica mediante la intermediación entre la cabeza del órgano judicial en cuestión y el niño, niña y/o adolescente.

El derecho a ser oído no es una obligación de hacerse oír, es decir el fin del mismo es la regulación de un derecho, por lo que el niño, niña y/o adolescente puede decidir hacer uso

o no de él sin que ello implique la renuncia al derecho a ser oído. El Art. 12 refiere a que el niño tenga la posibilidad de ser oído, de expresarse libremente y que su opinión sea tenida en cuenta.

Es decir, se está ante circunstancias de poder afirmar que este derecho es un modo de manifestación del Art. 13 CDN, refiriéndose con ello al derecho de libertad de expresión, que se concreta mediante el derecho a ser oído.

I.6.- Conclusiones parciales

A lo largo del desarrollo del presente acápite se hizo una descripción de todos los aspectos concernientes al principio del Interés Superior del Niño, visualizando su carácter multifacético y su múltiple función en el marco de un proceso judicial de adopción.

Podemos afirmar entonces que la existencia del Interés Superior del Niño que atraviesa todo nuestro ordenamiento jurídico desembocando en la cúspide del mismo, implica que al momento de otorgarle aplicación práctica, los miembros del Poder Judicial deben circunscribirse a la situación concreta del o de los niños, niñas o adolescentes involucrados, otorgándole contenido a tal principio mediante las directrices establecidas por la legislación nacional e internacional pero también con las particularidades de la realidad fáctica que rodea al niño.

La operatividad de ello permite que, las decisiones jurisdiccionales a las que se arriben no afecten derechos o intereses de niños o adolescentes, por lo que se permite así que los miembros del poder judicial de nuestro país puedan flexibilizar el derecho positivo nacional frente a la protección de una directriz de carácter constitucional como lo es el Interés Superior del Niño.

Es decir, el Interés Superior del Niño no solo implica la protección de todos los derechos que le asisten a los niños, niñas y adolescentes, en virtud de las leyes nacionales y tratados internacionales mencionados durante este capítulo sino que además conlleva la protección de su situación particular, definiendo cada niño el contenido de su superior interés de acuerdo a su propia realidad.

CAPÍTULO II – GUARDA DE HECHO

El presente capítulo aborda una de las instituciones jurídicas que componen la problemática planteada en el presente trabajo. Hay que aclarar que en la actualidad nuestro derecho positivo no la define, pero toma relevancia porque se encuentra expresada en el art. 611 del Código Civil y Comercial, como una prohibición legal que acarrea la aplicación de una sanción, por lo tanto es necesaria su conceptualización debido a que es la pre existencia de una situación de guarda de hecho la que opera como impedimento del pedido filiatorio de adopción.

II.1.- Definición de guarda de hecho

En primer lugar, es apropiado mencionar que nuestro ordenamiento jurídico actual no contemple una definición legal de *guarda de hecho*, por lo que en este apartado se expondrán una serie de conceptualizaciones doctrinarias en relación a la misma.

La Dra. Medina (2016) denomina con la expresión “guarda de un hijo” cuando refiere a la guarda de hecho, identificando ello como la situación por la cual una persona menor de edad está bajo el cuidado de otra u otras. Desde un aspecto jurídico, la palabra “guarda” posee significados diferentes. Se puede entender por “guarda” al acto jurídico por el cual se le entrega a una persona la custodia de otra; o también como el estado que para las partes deriva de este acto, y finalmente como un proceso.

Medina (2016) hace referencia a la “guarda” como acto o fuente de derechos y obligaciones; de esa manera puede mencionarse la “entrega de la guarda”, la “dación de guarda”, la “forma de la guarda”. En otro sentido, “guarda” es el estado o la situación jurídica en que se encuentran las partes; en esta acepción se habla de la “duración de la guarda”, del

“plazo de guarda”, etc. En su última interpretación, “guarda como proceso”, es el procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda.

Belluscio (2012) expresa que es relevante tener presente el triple significado jurídico del término “guarda” para poder determinar con posterioridad su naturaleza jurídica.

Díaz de Guijarro (2008) señala a la “guarda de hecho” como un acto voluntario lícito familiar, que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. En algunos casos este acto es bilateral, en otros, unilateral. Es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en “guarda de hecho”. Es unilateral cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en “guarda de hecho” y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio y/o intereses.

La guarda no se agota en el acto jurídico de su otorgamiento sino que también constituye un estado. En este sentido consideramos que la guarda como estado, es un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda.

La guarda de hecho tiene como elemento característico que se constituye sin ningún tipo de formalidad y sin intervención de autoridad administrativa o judicial alguna, con lo cual no es posible hablar de un “proceso de guarda de hecho”.

Podemos definir así a la guarda de hecho como: *“Aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor”* (Pérez Martín 2013, p.98).

Los doctrinarios Picasso y Herrera (2015) afirman que:

La guarda de hecho se produce a partir del momento en que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando éste a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial. Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto. (p.431)

Si nos centramos en la realidad social a la que refiere cuando se habla de guarda de hecho, son varias las situaciones que le dan inicio, como puede ser la entrega directa y la inscripción como propio de un hijo ajeno, la consolidación de un vínculo en situaciones de desequilibrio socioestructural o de vulnerabilidad social, o puede ser también una elección materna o paterna fundada en el conocimiento o vínculo previo, sea este de confianza o de parentesco. En esos supuestos hablamos de una guarda que comienza por fuera del sistema judicial es decir una guarda extrajudicial.

Jurídicamente la palabra “*guarda*” posee diversos significados. En un primer aspecto, “*guarda*” es el acto jurídico por el cual se le entrega a una persona la custodia de un niño o incapaz, en un segundo aspecto, es el estado que para las partes deriva de este acto; y finalmente, puede entenderse a la guarda como un proceso.

También se puede hablar de “*guarda*” como acto o como fuente de derechos y obligaciones; así se puede mencionar la “*entrega de la guarda*”, la “*dación de guarda*”, la “*forma de la guarda*”. En otro sentido, “*guarda*” es el estado o la situación jurídica en que se encuentran las partes; en esta acepción se habla de la “*duración de la guarda*”, del “*plazo de guarda*”, entre otros. En su última acepción, guarda como proceso, es el procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda judicial.

Medina (2016) expresa que es relevante tener presente el triple significado jurídico del término “guarda”, a los efectos de poder determinar con posterioridad su naturaleza jurídica: como acta, como estado y como proceso.

La “guarda de hecho” como acto es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda.

Medina (2016), entiende que en algunos casos este acto es bilateral, en otros, unilateral. Por ejemplo, es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en “guarda de hecho”; es unilateral cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en “guarda de hecho” y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio y/o intereses.

La guarda no se agota en el acto jurídico de su otorgamiento sino que también constituye un estado. En este sentido considero que la guarda como estado, es un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda.

La guarda de hecho posee como elemento característico el que se constituye sin ningún tipo de formalidad y sin intervención de autoridad administrativa o judicial alguna, con lo cual no es posible hablar de un “proceso de guarda de hecho”.

Es decir, que se considera la guarda de hecho como *“aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor”* (Medina, 2016: 5).

Como se señaló en el principio de éste apartado, la situación de guarda de hecho no está definida por nuestro ordenamiento jurídico actual, pero el art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación hace mención al mismo. En los comentarios respectivos de dicha norma, los doctrinarios Picasso y Herrera (2015) expresan que la guarda de hecho se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial.

La guarda de hecho, nace así con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de desobjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto. Aparece en situaciones muy disímiles como puede ser la entrega directa y la inscripción como propio de un hijo ajeno, el desprendimiento de la crianza y consolidación de vínculo en situaciones de desequilibrio socioestructural entre la familia que entrega y la que recibe (vulnerabilidad social), o puede ser también una elección materna o paterna fundada en el conocimiento o vínculo previo, sea este de confianza o de parentesco. En esos supuestos el contacto entre las familias y la convivencia del niño en la que no es la de origen, da comienzo *por fuera del sistema judicial*. (Picasso y Herrera, 2015)

La necesidad de regular desde el derecho estas situaciones de entregas directas aparece cuando la situación es llevada a los tribunales para regularizar el ejercicio de derechos y obligaciones a partir de la pretensión de una guarda con fines adoptivos.

Picasso y Herrera (2015) entienden que la ley, por su parte, no puede silenciar estas relaciones gestadas a partir de un “ahijamiento” irregular, pero que en definitiva, en muchos casos están fundadas en una socioafectividad genuina que se va consolidando con el tiempo. En estos casos, se procede a declarar la situación de adoptabilidad a partir de una transgresión de un adulto ya que la guarda de hecho está prohibida, pero dado el fuerte vínculo afectivo

que se gesta entre el guardado o guardadores con el niño, se prosigue con el proceso de adopción. En ese tipo de casos se colocan en tensión varios principios, como la autonomía de voluntad de los adultos, el interés superior del niño y la judicialidad de la filiación adoptiva, siendo el principio de realidad que informa el motor de la toma de posición sobre el tema.

En la legislación adoptiva derogada se reguló la prohibición de las entregas directas plasmadas en escrituras públicas o actos administrativos, en un intento para evitar el circuito extrajudicial del que dieron cuenta muchos trámites judiciales donde a partir de verdaderas redes organizadas los pretensos adoptantes contactaban a mujeres con dificultades de diversa índole que se desprendían —sin ningún tipo de asesoramiento ni contención— de la crianza de los hijos. Esa modalidad implicaba la violación de varios derechos, pero fundamentalmente incidía en la dignidad, la identidad, la preeminencia de la familia biológica o la coparentalidad no solo respecto del niño, sino también de sus padres biológicos o incluso sus hermanos u otros familiares.

Se explica en los Fundamentos de elevación del Proyecto del Código: *“El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad”* (Picasso y Herrera, 2015, p. 405).

El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción, se trate de un recién nacido o de mayor edad, es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental. Objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles

provistos por sus principales responsables (los padres y otros miembros de la familia de origen) dando lugar a la intervención estatal.

La guarda de hecho a la que da lugar esa entrega nace por fuera del Sistema de Protección que tiene direccionado su desempeño a la restitución de los derechos de los niños, puntualmente, su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs.).

Para Picasso y Herrera (2015), la solución legislativa que otorga el art. 611 del CCCN pretende reafirmar la prohibición que ya observaba el derogado art. 318 CC, colocando las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio, garantizado con control estatal organizado a esos efectos, el que cobra relevancia, por aplicación del principio nodal de su interés superior, autónomo e independiente de los adultos. Además, conforme al concepto legal plasmado en el art. 594 CCCN, si el objeto de la adopción es que una sentencia judicial emplace a un niño en una familia porque la de origen no pudo cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental, la selección de quien satisfará ese cometido la hará el Estado y no los progenitores.

II.2.- Evolución legislativa de la guarda

El instituto de la guarda ha sufrido una interesante transformación a lo largo de los cuatro regímenes legales de adopción vigentes en la República Argentina desde 1948. En la primera Ley de Adopción N° 13.252, de 1948, eran necesarios dos años de guarda anteriores al pedido de adopción como requisito de admisibilidad de la acción y no se reglaba esta situación previa en modo alguno. La práctica remitía tácitamente a entregas por los organismos benéficos, privados o administrativos, guardas dispuestas por juzgados “de

menores” o a situaciones de hecho ya socialmente extendidas, tema entendible en una sociedad en la que la adopción había desaparecido como instituto legal desde el siglo XIX. Antes de la Ley de Adopción, la jurisprudencia había aceptado efectos de tales guardas benéficas, incluso en cuanto al uso del apellido de la familia por parte de los niños acogidos. (Peyrano, 2016, p.4)⁵

En 1971, la Ley N° 19.394, en su afán por facilitar la adopción y silenciar o hacer desaparecer a la familia de origen, redujo el plazo de guarda a un año, pero, sobre todo, lo convirtió en un elemento de prueba coetáneo con la acción adoptiva, desnaturalizándolo así como etapa previa autónoma del proceso de adopción mismo. Además, al permitir en su cuestionado art. 11 la expresión de voluntad de los padres por acto administrativo o instrumento público, tendía a que la guarda como tal fuera una decisión extrajudicial y que la sentencia convalidara un hecho ya consumado por acuerdos entre adultos.

La reforma introducida en 1997, por la Ley N° 24.779 cortó con esos abusos y estableció la *guarda judicial* como regla previa a la adopción, es decir un acto público, de naturaleza jurisdiccional, rodeado de garantías procesales, mediante el cual se inviste a los guardadores con fines adoptivos de las responsabilidades y atribuciones propias de la función.

El Código Civil y Comercial ha avanzado mucho en este tema al establecer y reglar la guarda como el segundo de los procesos adoptivos, a continuación de la declaración de situación de adoptabilidad, ambos de estricta competencia judicial. El importante art. 611 de dicho cuerpo normativo veda las guardas por contrato entre adultos y ambas etapas son previas al proceso de adopción propiamente dicho, en el cual la sentencia culmina una continuidad de intervenciones públicas coordinadas.

⁵ Peyrano, G. (2016), El Derecho - Diario de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Ed. 266 <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016> [Fecha de consulta: 30/11/2018]

Por lo tanto, la guarda preadoptiva ya no es una mera situación de hecho que se crea o interrumpe por voluntad de las partes adultas, sino una etapa del cumplimiento estatal de obligaciones hacia los niños huérfanos o abandonados, a tenor del art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí su importancia, su fuerza y la existencia de responsabilidades emergentes de incumplir las obligaciones libremente asumidas por los adultos.

II.3.- La guarda de hecho en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Tanto la legislación derogada como la vigente no se han tomado el trabajo de definir de manera expresa y directa el instituto de la guarda de hecho, pero entre sus articulados contemplaban la situación al presentarla en forma de prohibición.

Por su parte, el Código Civil Velezano, en su art. 318, prohibía el otorgamiento de guarda de hecho con fines de adopción por intermedio de escribanos o funcionarios de la administración pública, pero no establecía una prohibición para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, sin embargo el art. 611 del nuevo CCCN incorporó expresamente tal prohibición.

En la derogada normativa se consideraba que no se podía negar a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, y además se contemplaban otras situaciones que lo permitían expresamente, como lo era el art. 383 que admitía que un padre designe tutor para sus hijos menores en caso de fallecimiento, o el art 274 del mismo cuerpo normativo que establecía que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que estos le hubieren asignado.

Se contemplaba así que nada impedía a los padres biológicos entregar la guarda de hecho a quienes en el futuro serían los padres adoptivos. Y cualquier juez, ante una guarda de

hecho, donde se hallaba consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta duración que ésta tanga, no podía negar la situación: por el bien del menor, por respeto a los derechos de la familia guardadora y de los padres biológicos, que podían querer y tener razones fundadas para escoger a determinados guardadores.

Es que durante la vigencia del Código Civil, la guarda de hecho era una modalidad que reposaban en la falta de prohibición expresa de la legislación (que se refería únicamente a las entregas plasmadas en escrituras o actos administrativos), el respeto por la voluntad familiar, la subsidiariedad de la intervención estatal, la posibilidad jurídica de que los padres designen tutores a sus hijos y la analogía con la figura de la tutela.

Sin embargo, estas situaciones siempre fueron cuestionadas al entenderse que la admisión del contacto directo podía esconder situaciones de vulnerabilidad de los progenitores, captación de voluntad por parte de los guardadores, incluso situaciones de ilicitud como aquellos casos en los que existe pago o contraprestación alguna por parte de los guardadores (pretensos adoptivos), a favor de la familia de origen.

Por lo que, con el fin de evitar la cosificación de los niños, niñas y adolescentes, en miras a su protección, a partir del 1 de agosto de 2015, en el art. 611 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se estableció la prohibición expresa de invocar una guarda de hecho para fines adoptivos y se impuso una sanción para los casos en que había operado por parte de los guardadores una transgresión a esta prohibición.

Así el vigente derecho argentino, dispone que la guarda con fines de adopción debe ser otorgada por el juez, y es al magistrado quien debe examinar la idoneidad de los guardadores, porque ante la existencia de una guarda de hecho ejercida durante años, operaría la prohibición legal del art. 611 del CCCN y podría acarrear como sanción la separación de los niños o adolescentes involucrados de sus guardadores de hecho.

En este sentido, el juez puede otorgar la guarda judicial al guardador de hecho, pero no se encuentra habilitado para recepcionarle un pedido de filiación adoptiva, ya sea que se haya ejercido una guarda de un menor huérfano o abandonado o que la guarda haya sido entregada por los progenitores, porque en ambos casos procede la transgresión de la prohibición legal del art. 611 CCCN.

Como ya se mencionó, el legislador al otorgarle al juez la facultad de aplicar la sanción que establece el art. 611 CCCN –separar al menor involucrado de su guardador- busca la protección de los niños, niñas y adolescentes respecto de una posible cosificación y uso para tráfico o venta de los mismos; sin embargo, el magistrado no puede desentenderse de la realidad fáctica en la que el niño se encuentra *insito* y si sus guardadores de hecho reúnan las condiciones necesarias que permitan dar operatividad al interés superior del menor involucrado, éstos deben ser siempre preferidos a quienes son extraños al menor, sin que sea necesario así que el Juez haga ejercicio de la facultad mencionada.

Al respecto, el Dr. Lorenzetti (2015) en el comentario del art. 611 del CCCN, refiere a la guarda de hecho y expresa que:

Cuando se habla de “guarda de hecho” implica reparar en situaciones de entregas directas a favor de terceros con quienes exista un conocimiento/vínculo afectivo previo y las llamadas situaciones de “chico puesto”, ajenas a la afectividad y relacionadas con la directa cosificación del hijo que, cual objeto –e independientemente de la existencia de retribución o de la cualidad, entidad de la misma- es circulado de un núcleo familiar a otro, con los que no le une lazo biográfico, afectivo o histórico alguno”. Continúa diciendo: “cualquiera de estas situaciones da nacimiento a una guarda de hecho que se aproxima a conocimiento de la justicia en ocasión de que se

pretende validarla y cualificarla a los fines de la petición de guarda preadoptiva. Es en ese momento que al magistrado le corresponde evaluar la situación del niño dentro de ese grupo familiar, así como el origen de la guarda, la existencia de contraprestaciones o liberalidades relacionadas con el acto de entrega y la vinculación preexistente entre madre y peticionantes. (p. 118)

Bien señala el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que invocar una guarda de hecho para obtener un vínculo filiatorio adoptivo implica un riesgo debido al sistema legalmente impuesto por la nueva normativa de fondo.

Sin embargo, debemos resaltar el noble fin que acompaña el dictado del art. 611 CCCN al establecer la prohibición legal de la guarda de hecho a los fines adoptivos, ya que con fundamento se intenta eliminar de la realidad social la implícita admisión de “acuerdos” entre progenitores y terceros respecto al cuidado y futura guarda del hijo, como así la “cosificación” del niño y su consecuente riesgo de tráfico.

El problema lo encontramos ante situaciones en donde la verificación de la configuración de una guarda de hecho nacida de una entrega directa viene acompañada de la existencia de un vínculo afectivo que haya justificado la elección voluntaria de la madre y sus guardadores o de otro tipo de situaciones en donde no hay rastros de ilicitud en la entrega ni cosificación de los menores, por lo que en ese punto radica la importancia de la función jurisdiccional para evaluar y llenar de significado el interés superior del niño involucrado.

Es que, tal y como así lo muestran los antecedentes jurisprudenciales que se citan en el presente trabajo, la práctica judicial da cuenta de las situaciones de entrega directa a pesar de la prohibición legal, lo que complejiza la cuestión ya que generalmente se forma un vínculo afectivo que se consolida por el transcurso del tiempo.

Se explica en los Fundamentos de elevación del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: *“El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad.”*

La solución legislativa reafirma la prohibición del derogado art. 318 Código Civil, y mandar implícitamente un mensaje social: *“es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio -garantizado con control estatal organizado a esos efectos- por aplicación del principio de su interés superior”* (Lorenzetti, 2015, p. 120).

II.4.- La guarda de hecho en el derecho comparado

Medina (2014) explica que el Derecho Español no define con precisión esta institución, pero le concede un capítulo dentro del título X. Así, el Capítulo V *De la guarda de hecho*. Estipula en el art. 303 del Código Civil Español que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona, bienes del menor o del presunto incapaz y de sus actuaciones en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas⁶”*.

El art. 303 del Código Español distingue dos supuestos de guarda de hecho: a) el guardador de hecho de menores o presuntos incapaces sobre los que puede nacer la

⁶ Medina, G. (2014). La guarda de hecho y la adopción. <https://docplayer.es/4092751-Guarda-de-hecho-y-adopcion.html>, [Fecha de consulta: 28/03/2018].

constitución de tutela; y, b) los casos de guarda respecto de sujetos sobre los que no procede ésta.

Respecto de los primeros, el artículo establece que la autoridad judicial deberá requerirle al guardador para que informe acerca de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y, por sobre todo, deberá promover con el Ministerio Fiscal la declaración de incapacidad (art. 203 del C.C.) o la constitución de tutela (art.228 C.C.).

El segundo supuesto, refiere la guarda de hecho de menores respecto de los cuales no puede constituírsele la tutela. Se daría en los casos en los que los titulares de la patria potestad delegan sus funciones en una tercera persona, ante la imposibilidad temporal de cuidar a sus hijos y sin que exista causa de privación de la patria potestad ni desamparo de los mismos.

Ante esta circunstancia, también la autoridad judicial que toma conocimiento de este hecho, “puede requerirle al guardador que informe de la situación de la persona y de los bienes del menor, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”.

Medina (2014) expresa que la palabra “podrá” posee importancia en su redacción ya que, si el guardador en condiciones normales está ejerciendo correctamente sus funciones, no es necesaria e imprescindible la intervención judicial, que quedará limitada solamente para los casos en que el ejercicio estuviera en contra del interés del menor, ante lo cual se requerirá un informe al guardador sobre la situación del menor y sus bienes y, teniendo en cuenta el resultado, se procederá a establecer las medidas de control y vigilancia que se consideren adecuadas.

El art. 304 del Código Civil Español dice que: *“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”*.

De la normativa del mismo Código se desprende que la guarda de hecho se ejerce y se regula teniendo siempre como prioritario el interés del menor, porque los actos que realiza el guardador, ya sea de alimentación, formación, custodia, educación, cuidado, y eventualmente sobre los bienes de menor, no podrán ser impugnados.

En coincidencia con ello, el art. 306 asimila el actuar del guardador a la gestión de negocios; por ello la norma remite a las disposiciones del art. 220 del Código Civil. Esta última refiere a la posibilidad de que el guardador sufra daños y perjuicios por su gestión. En tal caso, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del menor, salvo que pudiese obtener ese resarcimiento por otros medios.

II.5. Conclusiones parciales

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 611 asume la realidad y prescribe una solución con el fin de reducir los efectos que las entregas directas generan a todos los niños, niñas y adolescentes involucrados. Expresamente, prohíbe la guarda de hecho otorgada en cualquiera de sus formas, esto es: acto administrativo, escritura pública o que la realice alguno de los progenitores u otro familiar.

Sin embargo, con la sola circunstancia de verificar la transgresión a la prohibición, el legislador le ha otorgado a la justicia una potestad específica: separar al niño de los guardadores, siempre que no se trate de una persona vinculada a éste por un lazo de parentesco.

Por lo que, es el magistrado quien tiene el poder y deber de proteger a ese niño involucrado en una situación de guarda de hecho prohibida por la ley, de la cual es solo un espectador de las decisiones de los adultos, resolviendo en cada caso concreto y en miras al interés superior del niño, un desenlace que permita el desarrollo integral de todos los derechos que le asisten. Ésa es la única directriz que debe seguir el Juez cuando tenga en sus manos el futuro de un niño, niña o adolescente.

CAPÍTULO III: ADOPCIÓN

En el presente acápite se hablará sobre la adopción, con el propósito de adentrarnos en el último tema que encierra el eje central de este trabajo, relacionando dicha institución del derecho de familia con el interés superior del niño y los vínculos socioafectivos que se pueden generar en las situaciones de guarda de hecho.

III.1.- Antecedentes legislativos

La adopción es un instituto nuevo en la legislación argentina, ya que fue incorporado en nuestro ordenamiento positivo en el año 1948, casi a los 100 años de vigencia del Código Civil, el que en su redacción originaria no lo contemplaba (Medina, 2016).

La norma que legisló sobre el instituto fue la Ley N° 13.252/48, que otorgaba la adopción a quienes tuvieran 40 años u 8 años de casados, preveía un periodo de guarda de dos años y contemplaba un solo juicio para lograrla.

En el año 1971, la Ley N° 13.252 fue reemplazada por la Ley N° 19.134, que disminuyó tanto la edad para ser adoptante (de 40 a 35 años), como el plazo de casados (de 8 a 5 años), al mismo tiempo bajó el plazo de guarda (de 2 años a 1 año) y mantuvo la necesidad de un solo proceso para obtener la filiación adoptiva.

En el año 1997, la Ley N° 19.134 fue cambiada por la Ley N° 24.779, que también implicó la disminución de la edad para ser adoptante (de 35 a 30 años), como el plazo de casados de 5 a 3 años, abajó el tiempo de guarda (de 1 año a 6 meses o 1 año, según el caso), aumentó la cantidad de procesos para lograr la adopción; mientras antes se requería solo el juicio de adopción, a partir de la vigencia de la nueva norma se necesitan dos procesos, el de guarda con fines de adopción y el de adopción y por último reformulo el régimen de adopción

de manera concordante a las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN).

Finalmente, la Ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), legisla sobre adopción en el libro Segundo, denominado “Relaciones de Familia”, bajo el título VI, entre los arts. 594 al 637.

A efectos de complementar el proceso de adopción, en el año 2004, se dicta la Ley N° 25.854 creando el Registro Único de adoptantes que fue reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008.

Observando la evolución de la *adopción* como instituto, se puede mencionar que por un lado si bien disminuyeron los requisitos objetivos que se requieren a los adoptantes, como el plazo de guarda con fines de adopción, aumentaron los números de procesos judiciales para lograr la adopción y se agregaron procesos administrativos. *“Estos cambios legislativos no han dado ningún resultado positivo en orden a la eficacia práctica, porque año a año crecen tanto los niños en situación de abandono, como las personas que desean adoptar y no lo logran”* (Medina, 2016, p. 8).

III.2.- Conceptualización del instituto de la adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 594 del CCCN define a la adopción diciendo que: *“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”*.

De esta manera, se ha señalado que la adopción está pensada desde la perspectiva del niño o niña cuya familia de origen no puede brindarle una debida contención, así el Código Civil y Comercial ha definido implícitamente que esta institución del derecho de familia se construye, por sobre todas las aristas en juego, a partir de los derechos del niño y no desde el lugar de los adultos.

El concepto no incluye a la adopción de integración, ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo. La definición tampoco comprende a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores. Y finalmente, la conceptualización tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

En definitiva, se debe tener presente que la definición del artículo 594 se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.

Medina (2016) hace mención que en materia de adopción existen principios generales que sirven para orientar la actividad creadora del juez, con el fin de que recurra a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres y se encuentran estipulados en el artículo 595:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

Conforme lo señala Medina (2016), ninguno de estos principios puede ser interpretado aisladamente, sino que se interrelacionan y se integran con todo el ordenamiento jurídico.

III.3.- El interés superior del niño y su relación con el instituto de la adopción.

Como vimos en el primer capítulo, el interés superior del niño está prescrito bajo la expresa intención de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de todos los derechos que se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales ratificados por el Estado Nacional a niños, niñas y adolescentes; siendo su aplicación obligatoria, como principio rector, en toda medida o decisión judicial.

Resulta así ser el interés superior del niño una máxima que posee una proyección concreta cuando se asegura la satisfacción integral de los derechos de los niños, como así también el despliegue integral y armónico de su personalidad. Por lo tanto, para propender a la mejor tutela de sus derechos se debe considerar un conjunto de aspectos, que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional (Belandro, 2011).

El 11 de marzo de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en un tema de adopción dictó un fallo que hace referencia a la consideración del interés superior y su relación con la resolución judicial. En la causa C. 115.103, “*O. J. D. Guarda con fines de adopción*”, se dice que el artículo 21 en concordancia con el 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que el interés superior del niño sea el interés primordial. La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible —entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales—, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac: 56.535, sent. del 16-03-1999 y Ac. 84.418, sent. del 19-06-2002, del voto del Pettigiani). En aras de ese interés superior, el proceso debe estar despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, que se encuentra incorporada de forma específica a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22) (La letra cursiva y el subrayado me pertenecen).

Es decir, el interés primordial del niño se debe erigir como principio primordial para decidir los conflictos que se presenten en torno a los pedidos de adopción, conforme lo establece el artículo 3.1 de la CIDN: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (Convención de los Derechos del Niño, 1998: 14); en los mismos términos en que fue indicado por el fallo señalado *supra*.

En tal orden de ideas, es dable destacar el deber que impone el artículo 21 de la CIDN, al estipular que **“LOS ESTADOS PARTE QUE RECONOCEN O PERMITEN EL SISTEMA DE ADOPCIÓN CUIDARÁN DE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SEA LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL (...)”**. Pero además, como enseña Bidart Campos *“en esa cúspide, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos son ‘derecho’, tienen juridicidad y fuerza normativa, y deben recibir aplicación, con descarte de toda norma inferior que les resulta incompatible”* (2001: 3).

El Código Civil y Comercial, en materia de adopción, se refiere en distintas partes al interés superior del niño y lo resalta como uno de los principios generales de la adopción, enunciándolo en el artículo 595 en su inciso a). Si bien, el artículo solo lo menciona sin establecerse ningún tipo de precisiones, de esta forma lo consagra como un principio de optimización, colocándolo como lineamiento para la resolución de problemas, tal como lo reconoce el derecho convencional.

Los artículos 621 y 627 del CCCN, referentes a la adopción, también mencionan específicamente el interés superior como criterio de análisis de la posible situación. En el primer caso se refiere a la adopción conjunta entre personas divorciadas o que se encuentran separadas luego de haber vivido en unión convivencial. Casos en los que iniciada la guarda durante la convivencia se produce con el tiempo de disolución de la relación sentimental, situación que amerita que se tenga en cuenta el vínculo creado entre el niño y los adoptantes. Dándose esta posibilidad se puede otorgar una adopción simultánea, conjunta o dual de los excónyuges o exconvivientes. La norma obliga al juez a valorar la incidencia de la ruptura en la vida de los cónyuges. Por lo que se deberá considerar especialmente el tipo de relación que mantienen las partes, en vista, a dicho interés, ya que el artículo 604 permite adoptar de forma conjunta a quienes se encuentren divorciados o hayan cesado su unión convivencial. Esto implica que al juez le compete evaluar la situación socio familiar de los pretensos

adoptantes, en pos de resguardar el interés del niño. Podemos observar que cualquiera sea el tipo de adopción, el juez cuenta con atributos suficientes para otorgarla o denegarla. Bajo las condiciones que establece la propia norma, de modo que la resolución que se dicte debe estar fundada en las circunstancias del caso (aspecto material) y el interés superior del niño (aspecto formal). Situación que se ve claramente, cuando en la adopción simple se le permite al juez, mantener el vínculo jurídico con uno o varios familiares del adoptante.

El segundo caso que describe el artículo 627 inc. b) se produce en la adopción simple, por cuanto que la comunicación con la familia de origen va a depender de la conveniencia de ésta según el interés superior. Esta situación ha cobrado relevancia a partir del caso “*Forneron*”, en el que la Corte IDH afirmó: “(...) *que el disfrute mutuo en la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar*”. En caso contrario, se está coartando el derecho a la identidad consagrado como otro de los principios en materia de adopción. Éste solo puede ser limitado en la medida que el mantenimiento de las relaciones con la familia de origen, sea perjudicial para el niño o adolescente, en tanto que resulta ser contrario a su mejor desarrollo socioafectivo.

III.4.- El vínculo socioafectivo y la filiación adoptiva en nuestro derecho positivo

Kemelmajer de Carlucci (2014) expresa que nuestro Código Civil y Comercial parte de esta noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico (por ej., lazos que unen a un niño con su progenitora), pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a "la naturaleza"; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de

familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" o "esencial" y, por lo tanto, cambiante. Esta posición favorece el libre intercambio de ideas sin falsear la realidad. Si el concepto de familia no es "natural" sino "cultural", se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia.

La mencionada jurista entiende que el nuevo Código Civil y Comercial respeta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que enfáticamente afirma: *"En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho"*.

Esta nueva visión es fruto, entre otras razones, del proceso de constitucionalización del derecho de familia, debido al fuerte impacto que ha tenido la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional).

En este sentido, el principio constitucional del interés superior del niño, permite consagrar la filiación socioafectiva, que en algunos casos prevalece frente a la realidad biológica, por tratarse de una verdad que se construye, cuya posesión de estado merece ser declarada por el órgano jurisdiccional. De allí, el dictado de sendos fallos, tales como los reseñados en el anexo, cuya procedencia de la petición de filiación de adopción se hace realidad junto a la correlativa declaración de inconstitucionalidad del art. 611 del CCCN.

Dias (2009), expone que hace unos años los hijos recibían rótulos dependiendo del estado civil de sus padres, sin embargo con el correr del tiempo nuestro ordenamiento jurídico interno fue flexibilizando tal concepción y la filiación ya no transcurre solo de un determinismo biológico. A medida en que saber la verdad biológica fue facilitado por la descubierta de los marcadores genéticos, se empezó a prestar más significado a los eslabones de afectividad que a los vínculos naturales. El individuo pasó a ser considerado el ente objeto

de tutela, y no más la sociedad familiar en sí: ya no hay protección a la familia por la familia, sino en razón del ser humano, especialmente cuando la situación involucra a niños.

En esa misma perspectiva valorativa del individuo, hubo un sustancial cambio en el encuadramiento jurídico-social de la filiación al ser consagrado, como prioridad absoluta, el principio del interés superior de los niños y adolescentes.

La podríamos describir el vínculo o parentabilidad socioafectivo como *“aquel resultante de una convivencia familiar estable, cuyo soporte fáctico es el hecho de que uno se comportara como padre y el otro como hijo”* (Dias, 2009, p.86).

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera indirecta, ha dado su opinión en relación al tema diciendo que *“El lazo de sangre no es el que determina que alguien se sienta hijo de alguien, sino quien lo acompaña en la vida... el lazo de sangre no es referencia de nada”*⁷. Y en el ámbito internacional el Juez Trindade en su voto en la Opinión Consultiva OC17/2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que: *“...La verdad biológica no es una verdad absoluta cuando se relaciona con el interés superior del niño”*⁸. Asimismo, y como resuelve en su voto el Dr. Juan Carlos Maqueda, *“la autoridad que se reconoce a la familia biológica no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pueda acarrear daños para su salud y para su desarrollo infantil”*⁹.

La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la

⁷ Fallo “A.,F. s/protección de persona”, Sent. julio 2010, Suplemento La Ley, 2013.

⁸ Voto el Juez A.A. Cancado Trindade, Opinión Consultiva OC 17/2002, cap. VIII, puntos 56,57 y 58.

⁹ Idem cita 9

voluntad y el afecto son los únicos elementos, y para eso el ejemplo más evidente es la adopción.

En el afecto, la filiación socioafectiva es un acto voluntario que no puede ser revocada, pues es el resultado de la constitución del vínculo paterno-filial que encierra relaciones por parte de quien decide ser padre, de tener un hijo, de establecer un estado. Así, el estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción.

La filiación entonces no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética. Es algo mucho mayor y más profundo, que es plantado y fortificado en el cotidiano, en los días que pasan, en el crecimiento y en la vivencia conjunta. Padres son, para los hijos, aquellos que los alimentan, amparan, abrazan y protegen. *“La paternidad sociológica, que se basa en la posesión de estado de hijo, es una construcción diaria, consolidada en el afecto, y es a través de esa noción que se verifican los verdaderos lazos que unen los padres a sus hijos”* (Dias, 2009, p. 87)

Dias (2009) afirma que:

La identificación de los vínculos parentales ya no se puede buscar solo en la realidad consanguínea sino que en la actualidad es indispensable atender a su dimensión social, existencial y afectiva. La verdad biológica no siempre es adecuada o suficiente para fundamentar la filiación, especialmente cuando ya haya sido constituida en la convivencia duradera con padres socioafectivos. La condición de hijo se construye con el tiempo y a ella no se puede contestar por la existencia de una partida de nacimiento. (p. 87)

El vínculo de filiación se constituye por la convivencia, porque al fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético. Por

ello es importante que los juzgadores, además de contar con profesionales especialistas en tales áreas, atiendan situaciones consolidadas por lo que es necesario que siempre consideren el aspecto afectivo, o sea, la paternidad emocional, que en muchas oportunidades, como enseña la experiencia de tantos casos, sobrepuja la paternidad biológica.

La autora Dias (2009) entiende que las familias consolidadas bajo un vínculo socioafectivo deben ser prestigiadas como expresión del amor, del afecto y de la solidaridad, en afirmación del derecho a la convivencia familiar e independiente de la existencia o no de vínculos por documentos, y esta debe ser la única preocupación para definir el vínculo filiaci3n. Así como el juez tiene el deber constitucional de resguardar el interés superior de quien merece la especial atenci3n del Estado, precisa identificar a qui3n el ni3o reconoce como padre; qué casa reconoce como suya; qui3nes son las personas por las cuales nutre el sentimiento de pertenecer a una familia.

Kemelmajer de Carlucci (2014) afirma que llamativamente, el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia. No obstante, en la actualidad los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulaci3n legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la *afetividade*), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del "*parentesco social afectivo*", para reflejar la relaci3n que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza; se ha producido, entonces, lo que ha dado en llamarse "desencarnaci3n", o sea, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo.

III.5.- La adopción y la prohibición del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En lo concerniente a la regla establecida en el art. 611 del nuevo Código Civil y Comercial, que rige para los casos de solicitudes de adopción, la norma señalada dispone que se encuentra prohibida *“expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”*.

El artículo indicado *supra* implica que el Poder Judicial, al momento de resolver peticiones de adopción en las que se invoque como antecedente una guarda de hecho, deberá analizar en cada caso concreto, si la sanción dispuesta para la transgresión de la prohibición vulnera o no el interés superior del niño.

La mencionada prohibición le impide al juez considerar, a los fines de la adopción, la existencia de guardas de hecho. Esta limitación del artículo nos permite afirmar, sin mayores hesitaciones, que la guarda directa está prohibida y no puede ser ponderada a los fines de la adopción. Sin embargo, no podemos negar que en algunos casos hay una enorme distancia entre las normas apuntadas y, precisamente, el hecho palpable de la existencia de un vínculo afectivo entre los guardadores y los niños involucrados.

El obstáculo normativo vinculado con la prohibición de la guarda directa con fines adoptivos en cuanto a su coherencia constitucional y convencional se diluye por entenderla contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El apartado 3 del artículo 20 Convención Internacional de los Derechos del Niño establece como pauta el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para los niños que deben permanecer privados de su medio familiar.

Puede inferirse la existencia de un derecho del niño y de la niña a pertenecer a una familia, a ser criado en su seno y a recibir de ella el trato de hijo, de hermano, de nieto. Ese derecho se debe concretar en primer término dentro de la familia de origen o de su familia ampliada, mas cuando ello no se puede lograr, surge el derecho a que dichos roles sean ejercidos por otra familia. Ese derecho a la “otra familia”, cuyo proceso de nacimiento es la petición judicial de la filiación por adopción, debe ser transitado y atravesado en todas sus etapas y hasta la decisión jurisdiccional final por el principio de superior interés del niño.

Es que precisamente, el objeto de la adopción es que una sentencia judicial emplace a un niño en una familia porque la de origen no pudo cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental.

En este sentido, la prohibición de ponderar la guarda de hecho en el marco de una adopción es una norma calificable, al menos, de inelástica y se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular que ha transitado y transita en una situación de guarda de hecho.

La transgresión a la prohibición del art. 611 CCCN faculta al magistrado a separar al niño de manera definitiva de sus guardadores de hecho y continuar con el proceso judicial a los fines de establecer si realmente se está ante un supuesto de adoptabilidad o no, es decir, si puede ser reintegrado a su núcleo familiar primario o ampliado. Así también, la norma faculta al magistrado si las circunstancias del caso lo ameritan, a separar al niño de manera transitoria de sus guardadores y no que inmediatamente se corte todo vínculo entre ambos.

Picasso y Herrera (2015) expresan que puede darse algún supuesto excepcional en el que la ruptura de vínculos no deba ser tajante y definitiva. *“Un ejemplo podría ser el caso de una pareja de guardadores que se presenta invocando una autorización materna para tramitar la guarda con fines de adopción de su hijo, están debidamente inscriptos en el registro de pretensos adoptantes, y agregan que son sus padrinos. En tal supuesto, el juez podría recurrir a este artículo, y ordenar el alojamiento del niño o niña conforme los programas estatales de acogimiento familiar transitorio, o incluso institucionalizarlo preventivamente. Esa decisión podrá integrarse con un régimen comunicacional adecuado, mientras que en forma paralela, se analiza la veracidad, calidad y entidad del vínculo afectivo de padrinazgo que se declara. Luego se dará el trámite correspondiente a la situación de adoptabilidad, con citación de la progenitora (o ambos padres biológicos) conforme lo disponen los arts. 607 a 609 CCyC. Este es otro argumento de peso en defensa de la norma en comentario, pues si bien estas situaciones suelen darse a partir de la conducta materna, redireccionar la entrega directa y la pretensión de guarda preadoptiva a las reglas previstas para la determinación de una situación de adoptabilidad permite, eventualmente, que el coprogenitor pueda ser ubicado e incluso que asuma el ejercicio de su responsabilidad”.* (p.432)

En definitiva, en el art. 611 CCCN aparece receptada una suerte de medida de naturaleza cautelar, donde la verosimilitud del derecho está dada por la transgresión al principio general de prohibición de guardas de hecho y el peligro en la demora ínsito en la permanencia del niño en la familia que irregularmente lo recibió, con el riesgo que se deriva de la generación de lazos afectivos por el paso del tiempo.

Sin embargo, la exposición doctrinaria de Picasso y Herrera, en relación a la solución que debería propiciarse ante la transgresión de la prohibición legal del art. 611 CCCN, no se condice con las decisiones jurisdiccionales adoptadas en los antecedentes jurisprudenciales que como Anexo se acompañan a este trabajo, ya que en todos ellos no se hizo operativa la facultad del juzgador de separar a los niños involucrados de sus guardadores, declarando la situación de adoptabilidad y la correlativa inconstitucionalidad de la mencionada norma.

III.6.- La supremacía constitucional en el pedido judicial de filiación adoptiva

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial incorpora expresamente el principio de constitucionalización -art. 1 y 2- , por lo tanto la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Carta Magna impactan de manera directa en el derecho filial que enlazan con los principios del instituto de la adopción especificados en el art. 595 del CCCN.

El Código Civil y Comercial ha incluido un “Título Preliminar” a partir de reconocer, entre otros aspectos, que *“es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”* (Fundamentos del Anteproyecto).

El artículo 1° expresa que *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”* y el artículo siguiente establece que *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

La Dra. Marisa Herrera y el Dr. Gustavo Caramelo, al comentar el artículo 1° del Código, señalan que:

Si las leyes aplicables lo deben ser ‘conforme’ —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— a la Constitución Nacional ... y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado”, o en otras palabras “los cambios, desarrollo y avances que acontezcan en el primero repercuten de manera directa en el segundo. (p. 8)

Ambos autores resaltan lo señalado en los Fundamentos del Anteproyecto en cuanto a que *“Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”*.

El Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales con especial referencia a los vinculados a derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Esta afirmación regía también durante la vigencia del Código Civil derogado en función de la importantísima labor pretoriana desplegada por la Corte nacional no solo en cuanto al control de constitucionalidad sino también respecto de la operatividad de los tratados internacionales¹⁰. A estos lineamientos se suma el desarrollo jurisprudencial vinculado al “control de convencionalidad” de las normas locales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

En ese orden, cabe recordar que nuestro Máximo Tribunal hizo suyo en el caso “Mazzeo” (13/07/2007, Fallos 330:3248) los argumentos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Almonacid Orellano” (26/09/2006) y “Trabajadores Cesados del Perú” (24/11/2006), y habilitó de dicho modo el control de convencionalidad de oficio, enfatizando que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que importa *“una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”*.

Por lo tanto, el Poder Judicial basado en el control de convencionalidad y constitucionalidad de las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y de acuerdo a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo

¹⁰ “Ekmekdjian contra Sofovich” 07/07/1992, Fallos 315:1492, “Fibraca Constructora S.C.A contra Comisión Técnica Mixta Salto Grande” 07/07/1993, “Cafés La Virginia S.A.”, 13/10/1994, Fallos 317:1282).

“Almonacid Arellano vs. Chile” (6-9-06, párr. 124), son los jueces nacionales los primeros interpretes de la normativa internacional de jerarquía constitucional. Es que por encima de la ley está la Constitución, y desde nuestra reforma constitucional de 1994, también al lado de la constitución y con su misma jerarquía, los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el art. 75 inc. 22. Entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Los magistrados que intervienen en causa cuyo conflicto se encuentra subsumido en el art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, deben tener en cuenta que al momento de resolver, es la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, la cúspide orientativa de juridicidad y fuerza normativa, con descarte de toda otra norma inferior que resulta incompatible.

El preámbulo de nuestra Carta Magna obliga a "*afianzar la justicia*". Cuando la aplicación de una ley a un caso es capaz de arrojar un resultado injusto, esa ley no debe aplicarse, por la sencilla razón de que si se aplica se relega la fuerza normativa de la Constitución y no se dicta una sentencia que venga a ser objetivamente justa de acuerdo a las circunstancias de la causa.

Después de la reforma de 1994, con la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los tribunales de justicia han de ajustar sus decisiones a ese techo y lo deben hacer "sin ley", "con ley", o -como en las situaciones planteadas en este trabajo- también "contra ley". Nuestro ordenamiento no termina ni se cierra en la ley, porque la ley está por debajo del derecho de la Constitución, cuya supremacía comparten los citados instrumentos internacionales de derechos humanos a los que alude el mismo inc. 22 del art. 75.

III.7.- Conclusiones parciales

El instituto de la filiación adoptiva encuentra lineamientos legislativos específicos, determinados y claros. Es simple para el magistrado acudir al régimen normativo vigente para saber que parámetros debe tener cumplimentada una solicitud de adopción. Sin embargo, las situaciones fácticas que preexisten a esas peticiones judiciales no son tan fáciles de dilucidar y calificar como insertas o no dentro del ordenamiento jurídico y es necesario buscar un equilibrio entre la realidad de los involucrados y lo legalmente permitido.

El único fin que tienen los pedidos de adopción de los guardadores y los niños bajo su guarda, es que se les reconozca su vínculo, su estado de padres e hijos. Y ante ello, no hay requisitos, prohibiciones o mandamientos legales que estén por encima de la búsqueda del mejor desarrollo de la vida de un niño, niña o adolescente.

Es que, es el derecho y la justicia quienes deben estar al servicio de los niños que se encuentran en una situación de vulnerabilidad (guarda de hecho), evitando así ser un impedimento que conculque lo que la realidad ya viene haciendo.

Conclusión

Con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico con carácter de normas de supremacía constitucional, las decisiones jurisdiccionales deben encuadrarse dentro de los lineamientos que ambos estamentos proclaman. En este sentido, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, prescripto por el art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos sobre los Niños, como así en los art. 3 de las Leyes 26.061 y 9.944, se erige como un principio operativo que debe ser garantizado en todas las decisiones y medidas relacionadas con aquellos.

Ello significa que cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en la vida de un niño, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior, en función de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Esta Tesis plantea el conflicto que se genera cuando el pedido de filiación adoptiva tiene como antecedente fáctico una guarda de hecho o entrega directa, ya que ésta última se encuentra expresamente prohibida en nuestro derecho positivo en virtud al art. 611 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ante ello, cabe preguntarnos ¿Qué hacemos con ese puente filiatorio construido durante largos lapsos entre un niño y quien él considera su madre o padre? ¿Les respondemos que no es hijo porque esos hechos que son precisamente su vida no pueden ser considerados por el juez? ¿QUIÉN DE TODOS NOSOTROS LE DICE A UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE “NO SOS HIJO/A PORQUE UNA NORMA LE PROHIBE AL JUEZ TENER EN CUENTA TU HISTORIA”?

Por todo lo expuesto y analizado en el presente trabajo, podemos concluir que pese a la existencia de una norma que, de manera clara y expresa, prohíba y hasta sancione la guarda

de hecho como sustento de peticiones judiciales de adopción, tal precepto normativo debe ceder siempre que, en el caso concreto, tenga por finalidad la protección del interés superior del niño o adolescente involucrado. Ello, debido a que la prevalencia de aquel derecho es de orden constitucional y no puede ser pasado por alto con motivo de un rigorismo legislativo.

Es que la prohibición legal de la guarda de hecho en la adopción, que regula el art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, claramente *puede* vulnerar el Interés Superior del Niño, en aquellos casos en los que se ha generado un vínculo socioafectivo entre las partes, por lo que se hará justicia en la medida que se decida declarar la existencia del vínculo filiatorio por adopción y no hacer operativa la mencionada prohibición. En este sentido, dado los alcances que tiene el principio del interés superior del niño, corresponde sea declarada la inconstitucionalidad del art. 611, para que sea procedente el reconocimiento jurídico de una relación parental que en los hechos ya esta gestada.

Cabe mencionar así que, el juez cumple un rol muy importante en estos tipos de casos justiciables, en los que su función jurisdiccional es atravesada por el interés superior del niño para tomar una decisión, ya que los lazos afectivos generados entre los adultos y los niños o adolescentes es lo que debe ponderar por sobre las normas que castigan esos vínculos informales, para velar por la vida familiar que han construido.

Más allá de lo que una norma prescriba, sancionando una situación en particular, hay que intentar ver con la mirada de los niños y adolescentes involucrados para lograr una resolución que les permita a ellos desarrollarse en un entorno familiar en paz y con amor.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

Belluscio, A (2012). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: García Alonso.

Belandro, R. S. (2011). El interés superior del menor en el derecho internacional privado. Disponible en: www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulo-juridico/?hid=28 [Fecha de consulta 27/11/2018]

Bidart Campos, G. (2001). La ley no es el techo del ordenamiento jurídico. Buenos Aires: La Ley, 1997-F, 145. AR/DOC/15203/2001.

Cillero Bruñol, M. (2017). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños. Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho de la Universidad Católica Argentina.

Dias, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: Nuevo paradigma de los vínculos parentales. Revista de Derecho. <http://dspace.uces.edu.ar> [Fecha de consulta: 01/12/2018]

Díaz de Guijarro (2008). Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Eudeba.

Duprat, C. (2016). El vínculo afectivo, la guarda de hecho y el interés superior de los niños en un caso de adopción. Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 21.

Garate, Rubén M. (2016). El interés superior del niño en la filiación por adopción. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 - 2016. ISSN 0075-7411 122

Grosman, C (1997). Los derechos del niño en la familia. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino. Revista Jurídica La Ley.

López Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, vol. 13.

Lorenzetti, R. L. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IV. Dirigido por Ricardo Lorenzetti, 1ra. Edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Medina, G. (2014). La guarda de hecho y la adopción. <https://docplayer.es/4092751-Guarda-de-hecho-y-adopcion.html>, [Fecha de consulta: 28/03/2018]

Medina, G (2016). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Medina, G (2016). La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial. Revista La Ley.

Pérez Martín, A (2013). El Derecho de Familia en el derecho español. Madrid. Anuales de Derecho.

Peyrano, G. (2016), El Derecho - Diario de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Ed. 266, <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016> [Fecha de consulta: 30/11/2018]

Picasso S. y Herrera M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ra ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.

Sabino, C (2012). El proceso de la investigación. Editorial Panapo, Caracas.

Legislación

Carta de la UNESCO sobre la Educación para Todos.

Código Civil redactado por Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield.

Código Civil y Comercial.

Constitución Nacional Argentina.

Convención de los Derechos del Niño.

Convención Internacional de los Derechos del Niño,

Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo,

Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil
(Directrices de Riad),

Ley N° 26.061. B.O. 21/10/2005.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil
(Reglas de Beijing),

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad,

Jurisprudencia

“L., A. sobre guarda preadoptiva”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario.
07/09/2016.

SCBA, 11/11/2015, C. 118.781. “A. O.E. s/Incidente”.

CSJN, 7/6/2016, “I, J, M s/ protección especial”

Juzgado Nacional en lo Civil nro. 8, 15/07/2016, L. G. M. s/ Control de Legalidad -
LEY 26.061.

Causa C. 115.103, “O. J .D.” (2013). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. www.scba.gov.ar [Fecha de consulta: 27/11/2018].

Caso “Forneron e hija” (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf [Fecha de consulta: 27/11/2018].

ANEXO I: Recopilación de antecedentes jurisprudenciales argentinos

I.- “L., A. s/GUARDA PREADOPTIVA”, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario. 07/09/2016.

Duprant (2016) comenta un fallo en donde, encontrándose consolidada una guarda de hecho durante diez años, se presenta la guardadora solicitando la adopción de dos hermanos, uno de ellos ya mayor de edad al momento de resolver. El Tribunal de Familia N. 5 de Rosario, en un fallo dictado el 7 de septiembre de 2016 por el Dr. Marcelo José Molina, declaró la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611 del CCyC, como así también del inc. h) del art. 634, y otorgó la adopción.

La guardadora no era pariente ni estaba inscripta en el Registro de Adoptantes, pero se encontraba al cuidado de los dos niños desde el año 2006, con el consentimiento del padre biológico (la madre había fallecido). El vínculo afectivo se fue consolidando de modo genuino entre todos. Frente a las particularidades del caso y tomando en cuenta la necesidad de dar una respuesta que contemple el mejor interés de los adoptados, el juez otorga la adopción plena previa declaración de inconstitucionalidad de las normas referidas.

El vínculo afectivo entre los niños y su guardadora se había desarrollado durante diez años, con consentimiento del padre biológico, quien había prestado su conformidad para que ambos vivieran con ella. No tuvo como antecedente ninguna conducta ilícita por parte de la actora. Por el contrario, conoció a los niños por desempeñarse como docente de la escuela a donde concurría el hermano mayor, de 8 años de edad al momento en que comenzó a vivir con la actora. A los pocos meses también su hermana, que tenía sólo un año y medio de edad, fue a vivir con ellos. La madre de los niños había fallecido, y la maestra tomó conocimiento de la precaria situación en la que se encontraban los hermanos por intermedio de su padre biológico, quien consintió el pedido de guarda del mayor de los hijos que realizó la actora en

el mes de octubre del año 2006, a los pocos meses de comenzar a convivir con el niño (junio de ese mismo año).

En el año 2007 la actora amplió el pedido de adopción respecto de la niña ya que ambos hermanos se encontraban viviendo con ella. En ese momento mantenían comunicación con el padre biológico, quien los visitaba en el domicilio donde habitaban, contacto que luego fue suspendido por resolución judicial, debido a un episodio de violencia denunciado por la docente. En el proceso judicial se había otorgado sólo una guarda cautelar y provisoria en favor de la actora, ya que (luego del consentimiento prestado) el padre biológico solicitó un plazo para obtener un nuevo asesoramiento jurídico. Transcurrido un largo período sin actividad jurisdiccional, en el año 2015, unos meses antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la actora solicita se declare la filiación adoptiva. Ambos hermanos prestaron consentimiento con la adopción pedida. Se dispuso emplazar al padre biológico para que manifestara en el plazo de diez días si había tomado la decisión libre e informada de que sus hijos fueran dados en adopción, pero no contestó el traslado a pesar de encontrarse notificado.

Al momento de resolver respecto de la filiación adoptiva y haciendo un análisis de la nueva normativa, el juez se encuentra con dos graves problemas, el primero es la prohibición de las guardas directas prevista en el artículo 611 del Código Civil y Comercial. El segundo, la falta de inscripción de la guardadora en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción, condición prevista en el inciso b) del artículo 600 del CCyC. Estima el sentenciante que se trata de un requisito sustancial toda vez que el inciso h) del artículo 634 del CCyC establece la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes.

Luego de realizar un profundo análisis de los artículos que regulan la adopción, así como los artículos 1 y 2 del CCyC respecto a las reglas de interpretación, normas constitucionales y convencionales involucradas, concluye declarando la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, y otorga la adopción plena de la niña menor de edad en favor de la actora. Asimismo dispone la adopción del hermano ya mayor de edad, por aplicación del artículo 597 que establece que pueden ser adoptadas personas menores de edad, y que excepcionalmente pueden ser adoptados los mayores de edad cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada (inciso b).

II.- “L.G.M. S/CONTROL DE LEGALIDAD – LEY 26.061”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 8 de Lomas de Zamora, (15/07/2016).

En el caso de autos nos encontramos ante una niña de 7 años de edad, alojada en un hogar convivencial debido a hechos de violencia de su madre, que la Oficina de Violencia Doméstica describió como de altísimo riesgo psíquico. Durante un breve tiempo fue cuidada por su hermana, en carácter de guardadora, pero ésta volvió a reintegrarla al cuidado de su progenitora. Nuevamente ingresó la niña al Hospital Convivencial y en muchas oportunidades éste órgano administrativo intentó que la madre visite a su hija pero ésta no se presentó a ninguna entrevista, no se comprometió y se desvinculó de la niña; y así pasaron 5 años.

Un matrimonio que concurría al Hospital Convivencial a colaborar con cualquier niño que necesite ayuda, entablan una relación de afecto con la niña, con quien comparten fines de semana, fiestas de navidad, vacaciones, etc. Solicitan judicialmente la adopción, como referentes afectivos pero nunca se inscribieron en el RUAGA.

En este contexto se visualizan dos problemas para éste matrimonio: El art. 611 del Código Civil y Comercial que prohíbe la adopción a los guardadores de hecho (entrega directa de organismo administrativo – Hospital Convivencial) como así la falta de inscripción en el RUAGA.

Al momento de resolver, el Juez tuvo en miras que en este caso concreto, ante la inexistencia de familia de origen presente con la cual la menor pudiera o hubiera podido contar y desarrollarse, a pesar de los numerosos intentos con resultado negativo efectuados desde la intervención estatal mixta (defensoría zonal y juzgado), así como también desde el Hogar Convivencial con el finde que tanto la progenitora como la hermana de la niña se hicieran cargo responsablemente de su crianza; *habiendo quedado acreditada la imposibilidad del restablecimiento de aquel vínculo*, es evidente la necesidad de adoptar medidas especiales de protección, de carácter permanente, que faciliten una solución definitiva a la situación de la niña, en atención a su interés superior y, en particular, de su derecho de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

El Juzgado señala que teniendo como norte el interés superior de la niña (art. 3° CIDN) y los principios generales que rigen en el sistema adoptivo contenidos en el art.595 del CCCN –conceptualizados como lineamientos para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas-, no cabe más que declarar la situación de adoptabilidad de aquella.

Sin embargo en este caso, los jueces refieren al art. 611 del CCCN, el cual establece en su primer párrafo como regla que la guarda directa está prohibida y que su transgresión faculta al juez a separar al niño de su pretense guardador. Al respecto, el juez de este caso entiende que tal norma establece una facultad NO UNA OBLIGACIÓN y aclara que *“fuera de los supuestos que el art. 611 del cód. civil y comercial pretendió eliminar con miras a la protección del tráfico, venta o transacción referida a un niño, existen situaciones legítimas,*

preexistentes, nacidas, gestadas y amparadas bajo la afectividad ajena a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto al interés superior del niño”.

En este sentido, el Tribunal entiende que estamos en presencia de lo que se denomina *filiación socioafectiva*, que es aquella que resulta de la libre voluntad de asumir funciones parentales. La posesión de estado de hijo, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde esta presente la filiación biológica como en aquellas en la que la voluntad y el afecto son los únicos elementos intervinientes y el ejemplo más evidente es la adopción. Por lo que, el sentenciante entiende que la noción de socioafectividad presente en autos, observa un rol esencial al punto de desestabilizar el régimen legal establecido en el art. 611 CCCN, ya que se trata de una cuestión álgida de la guarda de hecho como antesala de la adopción. Ya que, si bien el tiempo no puede convalidar situaciones de hecho que el derecho no prevé, a la luz del ojo rector de cualquier intervención en la vida de un niño que es su mejor interés, no puede dejar de ponderarse en el caso concreto y conforme las particulares circunstancias que lo rodean, que no sería resguardar a la niña buscarle una nueva familia, cuando la actual unida por un genuino afecto mutuo con la menor, reúne y cumple con las condiciones para atenderla, estimularla y brindarle la satisfacción de todas sus necesidades.

Por todo lo señalado, es que en este caso se procede a declarar en situación de adoptabilidad a la menor y la inconstitucionalidad del art. 611 del CCCN.

III.- “R., A. A. Y OTROS S/ GUARDA – NO CONTENCIOSA”, Juzgado Civil, Comercial y de Familia de 1º Nominación de la ciudad de Río Tercero (09/08/2017)

Una menor fue entregada libremente a los actores por su madre biológica, con motivo de carecer de medios económicos para sostener su crecimiento y educación, además ésta no

sabía quién era el padre de la niña y ningún familiar cercano ha manifestado interés alguno en la menor.

La menor E.M. vive con los actores desde su nacimiento, por lo que solicitaron su guarda judicial con fines de adopción plena. La niña permaneció toda su vida junto a los actores.

En primer lugar, el Tribunal analiza que marco jurídico corresponde aplicar al caso de autos, teniendo en cuenta que el 4 de septiembre de 2007 se dio inicio al trámite judicial y que el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Que según dispone el art. 7 del CCCN las leyes se aplican a las consecuencias y relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia, y en autos estamos ante una situación jurídica que se venía gestando en el tiempo y que aun no ha sido consumada; por lo tanto corresponde aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 611 del CCCN establece una prohibición vinculada con la guarda directa y una limitación en la ponderación a los hechos a los fines del otorgamiento de una adopción. Confrontada dicha norma con los hechos que sustentan la demanda, llevaría al rechazo de la pretensión, porque los actores construyeron el vínculo con la niña mediante una guarda por entrega directa.

Es importante considerar que en el momento en que la progenitora entregó la niña en guarda directa a los solicitantes, no existía la prohibición legal del art. 611 del CCCN. Por el contrario, tal hecho generó una expectativa en la creación de un vínculo filial, legítimo y legal en el mismo momento de su constitución.

Además el Juez ponderó que la niña se encuentra con los pretensos adoptantes desde que tenía horas de vida y la permanencia con ellos se ha prolongado por el plazo de diez

años, que en este caso es durante toda su vida, por lo que ésta circunstancia determina que la separación de la niña de los actores, implicaría una modificación sustancial de su situación actual, a los fines de resguardar su bienestar y equilibrio psicofísico, ya que todo ser humano necesita desde su nacimiento de una familia.

Con motivo a la inexistencia de ilícito originario y de un padre que no se ha colocado en situación de reclamo, las particularidades del caso hacen inaplicable el art. 611 CCCN, fundado especialmente en el principio del interés superior de la niña y por lo tanto el Tribunal resuelve declarar a la menor en situación de adoptabilidad.

IV.- “S., R. M. Y A., A. S/ GUARDA PREADOPTIVA” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya (provincia de Corrientes)

La causa fue iniciada en el 2012 por un matrimonio (radicados en Buenos Aires) quienes concurrieron ante el juzgado para solicitar la guarda con fines de adopción. En la audiencia la madre biológica prestó su conformidad explicando que no podía sostener económicamente la vida de la menor. La asesoría de menores estimó que podía otorgarles la guarda provisoria. Transcurrido más de dos años la pareja vuelve a presentarse para indicar que estaban efectivamente inscriptos en el registro de adoptantes y solicitar la guarda pre adoptiva.

Pasado año y medio sin activación de la causa, en abril de 2016 el matrimonio pidió pronta resolución. En octubre de ese año la niña fue citada para redactar como vivía y expresó sentirse a gusto con sus padres y compañeros de escuela. La asesoría consideró beneficiosa la convivencia con la pareja ya que no existía familiar u otro referente afectivo.

En primer instancia se dictó sentencia la cual denegó la guarda pre adoptiva solicitada, debido a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual imponía

que se aplicaría esta normativa a situaciones existentes en cuanto no tengan sentencia definitiva y a las consecuencias que no hayan operado todavía y el caso entonces quedo subsumido en el art. 611 CCCN.

Los actores deciden apelar la sentencia del Tribunal *a quo*, y la Cámara dictaminó que pese a haber resuelto el Juez de Primera Instancia tomando el criterio normativo del art. 7 CCCN, no hay que perder de vista que es factible la aplicación ultractiva de la ley de familia derogada cuando es más favorable al interés superior del niño.

Se consideró que en los términos en que se desarrolló la causa y frente al innegable vínculo creado de más de cinco años de convivencia como familia ¿podríamos aceptar que el esquema normativo es correlativo con los derechos fundamentales de las personas que participan en este proceso? La respuesta es negativa para la Cámara, ya que en el presente caso la norma resulta contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Constitución Nacional (inc. 22 art 75), ya que vulnera el interés superior del niño.

La Cámara entendió que en autos los hechos se han dado de modo tal que la sentencia a dictarse no hará más que reflejar la realidad cotidiana de la niña y su actual entorno familiar, por lo que resolvió hacer lugar al recurso de apelación planteado por la pareja y revocar en todas sus partes la sentencia, declarando la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611 y otorgando la adopción plena de la menor de edad.

***V.- “R., N.E. S/ GUARDA” Tribunal Colegiado de Familia de la ciudad de Rosario.
(01/08/2017)***

La actora inicia proceso de guarda judicial con motivo de haberse ocupado del cuidado de un niño desde sus quince días de vida, la guarda le fue confiada por su madre biológica, en un acto instrumentado mediante un acuerdo celebrado ante funcionarios del

efector público de salud en el Hospital Escuela Eva perón. Agrego que no existía familiar que pudiese hacerse cargo dado a que se encontraban en total vulnerabilidad. La pretensión formulada, incoada cuando ya se hallaba vigente el nuevo ordenamiento civil, es la del reconocimiento de dicha guarda. El padre y la madre del niño fueron citados al proceso y otorgaron su conformidad para que el niño permanezca con la familia guardadora en miras de adopción. El niño se encuentra integrado en un grupo familiar con el cual ha generado un vínculo filial reconociendo a los guardadores como sus padres. El niño no tiene relación alguna con su padre biológico y se observa un contacto meramente ocasional con su madre.

La guarda de hecho se conformo a partir de un hecho lícito. Los artículos 1 y 2 del CCCN marcan el sendero donde debe transitar la interpretación de la norma señalada en vinculación al caso concreto. El artículo 1 expresa que *“Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes aplicables a la constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte. A tal efecto, se tendrán en cuenta la finalidad de la norma. Los usos prácticos y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*. El artículo 2 reza: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, principios y valores jurídicos, de modo coherente con el ordenamiento jurídico”*. El Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la constitución nacional y a los tratados internacionales con especial referencia a los vinculados a derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22.

El análisis del obstáculo normativo vinculado con la prohibición de la guarda directa con fines adoptivos *se diluye en función del momento en que la guarda fue otorgada*. En el año 2014 la guarda por entrega directa no se hallaba prohibida por el ordenamiento normativo interno aun cuando diversas voces doctrinarias y jurisprudenciales objetaron la misma por

entenderla contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Pero además, la consolidación del vínculo filial entre la familia permite tener ampliamente cubiertas las finalidades propias de la guarda con fines de adopción. Por lo que, el sentenciante resuelve declarar al niño en situación de adoptabilidad como así la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611 del CCCN.-