



Trabajo Final de Graduación.

“El Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente frente al rigorismo formal: la prevalencia de un principio constitucional ante una norma jurídica, en un conflicto de tipo axiológico”.

Fallo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1645/2019/RH1, “D. H. C. y otros s/guarda con fines de adopción – declaración de adoptabilidad” (20 de abril de 2023).

Carrera: Abogacía.-

Alumno: Zabaleta, Diego Luis Alberto.-

Legajo: VABG128836.-

D.N.I. N°: 28.086.357.-

Temática elegida: Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad.-

Tutor de la Materia: María Soledad, Cola.-

Año: 2024.-

Sumario: I. Introducción.- II. Descripción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal.- III. Análisis de la ratio decidendi.- IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- V. Postura del autor.- VI. Conclusión.- VII. Referencias bibliográficas.-

I. INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene por objetivo, abordar la temática: grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad. Se consideran grupos en situación de vulnerabilidad a las niñas, los niños y adolescentes (NNA en adelante) en situación de calle, los migrantes, las personas con discapacidad, los adultos mayores, las personas por su orientación sexual, y la población indígena.

La sentencia que se analizará, está relacionada a una niña en contexto de vulnerabilidad, poniendo de resalto el interés superior del niño como principio rector, y condicionante para la decisión de los tribunales llamados a resolver en situaciones que estén en juego los derechos del NNA. Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad, salvo que antes haya alcanzado su mayoría de edad. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante) en la causa: “D. H. C. y otros s/guarda con fines de adopción – declaración de adoptabilidad” (1645/2019/RH1), en fecha 20/04/2023, resolvió, declarar procedente la queja y admisible el recurso extraordinario interpuesto por los accionantes; revocando la sentencia apelada, y dejando sin efecto la sentencia que rechazó *in limine* la demanda. Ordenando al tribunal de origen, se de trámite al presente proceso y se adopten las medidas necesarias para definir la situación familiar de la infante, debiendo ínterin mantenerse la guarda provisoria de la niña a cargo del matrimonio guardador.

El fallo traído a estudio en el presente trabajo, es de una gran importancia, ya que vislumbra como la CSJN en su decisorio pone de manifiesto que el interés superior del NNA debe prevalecer ante el rigorismo formal y/o ante el conflicto con otros intereses y principios que estén en contradicción con el mismo. En el caso, la CSJN en protección del bienestar de la infante dispuso que la misma se mantenga bajo la guarda del matrimonio guardador, a quienes los reconoce como sus progenitores y con quienes vive hace cinco años, rechazando y dejando sin efecto la sentencia del *a quo* que ordenaba la revinculación de la menor con su progenitora biológica, en su defecto con

su abuela materna, y para el caso que resultara imposible se designe una familia sustituta o se designe guardadores. En este marco, la sentencia analizada sienta las bases en torno a las cuales debe aplicarse el principio rector ante casos análogos, dejando sentado un precedente jurisprudencial importante.

En el fallo se identifica un problema de tipo axiológico, que es aquel que se suscita respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto. Alchourrón y Bulygin (1998) definen al problema axiológico como un conflicto valorativo entre dos variables, en el caso en estudio: normas y principios. Al respecto Dworkin R. (1989) sostuvo que: *“los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”* (p.77).

En el presente caso, el inferior aplicó las normativas establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente lo dispuesto en el artículo 611 que prohíbe la entrega directa en guarda de niñas, niños y adolescentes, y en el artículo 613 que estipula que el juez que declaró la situación de adoptabilidad seleccionará a los pretensos adoptantes de la nómina del registro de adoptantes, y lo dispuesto en la ley provincial XII N° 20, que regula el proceso de adopción, contradiciendo con ello un principio jurídico superior: El Interés Superior del Niño, el que encuentra sustento en Tratados Internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, art.3), a los que nuestro país adhirió con preeminencia en la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22), como también se encuentra consagrado en la ley 2.6061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 3), en el Código Civil (arts. 595, inciso a, y 706, inciso c), y en la ley provincial II n°16 (art.4).

A las claras se vislumbra un conflicto entre una regla y un principio, ello surge de la aplicación de los dispositivos legales impuestos por el *a quo* al rechazar *in limine* el pedido de declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción solicitado por la madre biológica de la menor y por el matrimonio guardador, con ello no solo contradice el principio superior, sino también se aparta del derecho del niño a ser oído (Ley 26061 arts. 24 y 27; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12), y del derecho a crecer en el seno de una familia.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal.-

La situación fáctica que da lugar al proceso judicial que resuelve la CSJN se origina por la entrega irregular en adopción de una niña, a días de su nacimiento, por parte de su madre. A tales fines el matrimonio guardador y la madre biológica de la menor M.E.G.P., interpusieron una demanda ante el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Familia, de la localidad de Puerto Iguazú, Provincia de Misiones, solicitando la declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción, argumentando la voluntad de la madre biológica de entregarla en adopción al mencionado matrimonio, con quienes estaba viviendo desde su nacimiento, ya que la misma no se encuentra en condiciones afectivas, psicológicas y materiales para satisfacer sus necesidades. A sus efectos, el Juzgado resolvió rechazar *in limine* el pedido de los actores.

El juez de primera instancia, consideró que el pedido resultaba contrario al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN en adelante), a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN en adelante) y a normas provinciales, y dispuso que la menor sea entregada al juzgado y se designe una familia sustituta, ya que los actores no tenían legitimidad para iniciar el proceso de adoptabilidad y que las entregas directas estaban prohibidas.

A raíz del decisorio esgrimido, los accionantes presentaron un recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones, la cual decide confirmar la sentencia de primera instancia, no haciendo lugar en su consecuencia al planteo articulado. La Cámara, dispuso que la niña sea restituida de manera inmediata a su madre biológica o a un miembro de la familia de origen y para el caso que fracasara la revinculación ordenó que el juez arbitrara los medios para el cuidado de la niña por una familia sustituta o eligiera guardadores, y que se iniciara el proceso de adoptabilidad de acuerdo a las disposiciones del CCCN.

Además, agregó que no se tendrá en cuenta el tiempo en que la niña vive con el matrimonio guardador, mientras se tramita el presente proceso, ni el rechazo de la demanda presentada, para la guarda con fines de adopción de los recurrentes. Y que el

niño es el sujeto de derechos en el proceso de adopción, por lo que no puede invocarse el interés superior del niño para justificar el incumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Los accionantes, en contra de la sentencia de la Cámara, interpusieron un recurso de inaplicabilidad de la ley, por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones. Este tribunal, resolvió por mayoría desestimar el recurso deducido por el matrimonio guardador y la madre biológica de la niña, argumentando que no se encontraba justificado el requisito de sentencia definitiva, ya que lo resuelto no causaba estado. Ante el pronunciamiento del Superior Tribunal, los presentantes dedujeron un recurso federal, que le fue rechazado, lo que motivo a la queja incoada en la CSJN.

En su decisorio, la CSJN con el voto unánime de sus miembros, hizo lugar a lo planteado por el matrimonio guardador y la madre biológica de la niña. En tal sentido, declaró procedente la queja y admisible el recurso extraordinario; revocó la sentencia apelada y dejó sin efecto lo resuelto por el juez de primera instancia, que había rechazado *in limine* la demanda.

Asimismo dispuso que, vuelva el expediente al tribunal de origen, se de trámite al proceso y se adopten las medidas necesarias para definir la situación familiar de la infante, debiendo mantenerse la guarda provisoria de la niña a cargo del matrimonio guardador.

III. Análisis de la ratio decidendi.-

La CSJN para emitir su laudo judicial tuvo que realizar una ponderación exhaustiva, y analizar dispositivos legales vigentes en consonancia con un principio constitucional, para poder dar solución al problema jurídico de tipo axiológico surgido de la premisa fáctica.

En primer lugar, la Corte, conforme a la doctrina citada en los fallos: 328:2870; 341:1733, resaltó la necesidad de resolver los conflictos en que estén relacionados los infantes, sujetos de tutela, en función del principio del interés superior del niño. Agrega

que este principio debe guiar y condicionar la decisión de los tribunales designados a resolver, en casos en que estén involucrados los derechos de los NNA.

En razón de ello, los jueces de la CSJN con el voto unánime, resolvieron el problema jurídico de tipo axiológico, ponderando el principio del interés superior del niño, principio rector que estaba en conflicto con las normas jurídicas aplicadas por el *a quo* al momento de dictar sentencia.

Partieron por destacar que: “los niños tienen derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer, de modo que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier circunstancia que pueda presentarse en el proceso” (conforme doctrina de fallos: 328:2870; 331:2047).

Al respecto la Corte argumento, que el decisorio recurrido lejos de brindar una solución en resguardo del interés superior, coloca a la niña en una situación de incertidumbre con consecuencias desconocidas para la misma, al desestimar por cuestiones formales el pedido compartido por la madre biológica y el matrimonio guardador. En tal sentido Weinberg I. (2004) explica que:

Esta particularidad obliga a los órganos de aplicación de la Convención, ya sea la administración o el Poder Judicial, a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará la defensa del interés superior del niño en cada caso particular. Lo que la Convención establece es, precisamente, que resultará obligatorio para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda el interés superior del niño. (p.101).

En respaldo de ello, la CSJN ha enfatizado que en el momento de definir una controversia de esta naturaleza, los jueces no deben dejar de considerar las consecuencias que pueden devenir de ella a los efectos de evitar que, ante un apego excesivo a las normas, se provoque mayores daños que los que se quieren evitar.

Por otro lado, arguye que el factor tiempo jugó un papel importante. Es en los primeros años de vida, en que la niña comienza a desarrollar su personalidad, maduración y aprendizaje, es por ello que el tiempo es relevante a la hora de tomar una decisión en estos casos y ponderar el interés superior, por parte de los jueces encargados de resolver.

Por ese motivo, y teniendo en consideración el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la infante (01/09/2016) y el dictado de la sentencia (7 años), sumado a ello que no se encontraba acreditado que una decisión diferente implicaría un mayor beneficio para la misma, manifestó que correspondía a los magistrados adoptar las medidas correspondientes para evaluar la idoneidad, previa declaración de adoptabilidad, del matrimonio guardador, a los efectos de seguir con el guarda de la menor.

Frente a todo lo hasta aquí reseñado, razonaron que quedó probada la situación actual en la que se encuentra la niña, desde que nació en septiembre del año 2016 convive con los pretensos guardadores, a quienes se refiere como sus padres, la madre biológica se encuentra en la Ciudad de San Pablo, Brasil, la que ratificó su decisión de dar en adopción a su hija, y la abuela materna desconocía sobre su existencia y manifestó que no se encuentra en condiciones económicas para hacerse cargo de la misma.

Asimismo, destacaron la importancia que reviste la opinión de los niños, siendo un principio que debe orientar y condicionar las decisiones de los jueces al resolver los conflictos que los involucran, debiendo escuchar siempre a todos aquellos menores en resguardo de su interés superior. En el caso, la infante manifestó en las audiencias llevadas a cabo, que identifica al matrimonio guardador como a sus padres, y reconoce el lugar que ocupa dentro del núcleo familiar y social en el que está inserta, de ahí la importancia de tener en consideración la opinión de la niña al momento de emitir la sentencia.

Por todo lo ut supra expuesto, la CSJN resuelve revocar la sentencia apelada y dejar sin efecto la sentencia que rechazó *in limine* la demanda incoada por el matrimonio guardador y la madre biológica de la niña M.E.G.P., ello en resguardo del

Interés Superior del NNA, y dejando de lado las normas jurídicas aplicadas por el *a quo* en un claro apego al rigorismo formal. Al respecto, Cabrera Vélez J. (2010) expuso que el interés superior del niño es la directriz aplicable a cualquier tema de minoridad, que obliga al administrador público y persona particular, a tomar la decisión más benéfica sobre los derechos de este grupo, aun cuando existan otros intereses en el mismo contorno; provocando así un efectivo resguardo a la integridad física y emocional del menor. En tal sentido, este principio es el producto de la intención social, de precautelar los derechos de las personas menores de edad, sin menoscabo de la materia, lugar o tiempo en que estos deban ejercerse.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.-

Después de analizado el caso traído a estudio y haberse identificado el problema jurídico de tipo axiológico, se infiere que el *a quo* aplicó un exceso de rigorismo formal manifiesto, consistente en la aplicación de normas jurídicas del CCCN (arts. 611 y 613) y de la Ley Provincial VII n° 20, en una clara contradicción al principio superior del NNA. Al respecto, Dworkin R. (2004), reseña que en el estado existen normas que disponen condiciones de aplicación, identificadas como reglas, pero a la vez junto a estas conviven otros estándares jurídicos que funcionan de una manera distinta, los que al igual que las reglas, son utilizados por el juez al momento de argumentar su sentencia, esto último son los llamados principios jurídicos. El interés superior del NNA, como principio jurídico, encuentra sustento y consagración, en tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional según lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la CN. Tal es así, que la CDN en el artículo 3 dispone que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo, y el estado debe velar por la protección y cuidado del niño, cuando sus padres, u otras personas responsables, no pueden hacerlo. En consonancia con ello, el inciso 23 del artículo 75 de la CN, impone que corresponde al Congreso, legislar y promover medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, como así también dictar un régimen de seguridad especial e integral en protección del niño en situación de desamparo. A su vez, el CCCN establece que las decisiones que se dicten en los procesos de familia, en

los que están involucrados niños, niñas o adolescentes, se debe tener en cuenta el interés superior de esas personas, y, en cuanto a la adopción dispone que ésta se rige: por el interés superior del niño, y por el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según edad y grado de madurez. Por su parte, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en el artículo 3 refiere, que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. En el último párrafo aclara que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses prevalecerán los primeros.

Es decir que, el *a quo*, al emitir su sentencia vulneró el interés superior del NNA, principio rector que sustenta reconocimiento en tratados internacionales, que gozan de jerarquía constitucional.

Ahora bien, a las claras surge del caso una situación de vulnerabilidad, la que según, Torti Cerquetti P. J. (2021) debe ser entendida como la capacidad disminuida de una persona o grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro o perjuicio, natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos, no es una condición natural de las personas o colectivos sino, antes bien, una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren por la sola pertenencia grupal, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia. En tal supuesto es en el que se encuentra la menor, identificada dentro del grupo de personas vulnerables, y por tal requiere de protección del Estado. En tal sentido, de las 100 reglas de Brasilia, surge que una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que las sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, asimismo describe como causales de vulnerabilidad la edad, con ello se sustenta que en el caso en estudio hay una menor en situación de vulnerabilidad, por lo que el estado debe brindarle una protección especial.

Tal es así que la CSJN, al emitir su fallo tuvo en consideración a la niña en su carácter de vulnerable, y en su protección hizo lugar al planteo interpuesto por el matrimonio guardador disponiendo que continúe bajo el cuidado de los mismos, en corroboración a ello, Basset U. (2017), infiere que los niños constituyen la categoría más homogénea de personas vulnerables, y pone de manifiesto que son todas aquellas personas que no son jurídicamente capaces en forma plena, o sea que jurídicamente dependen de otro, para ejercer sus derechos, por lo que el régimen jurídico que se les aplica es también relativamente homogéneo, y en razón de su situación de vulnerabilidad, el niño tiene necesidad de una protección particular.

En razón de ello, el máximo tribunal ponderó el interés superior del niño, como principio rector, y al que todos los jueces deben estar condicionados al resolver cuando tengan en sus manos un caso en el que estén involucrados los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Del caso analizado por la CSJN surge de la premisa fáctica, que la misma se origina como consecuencia de una entrega directa de una menor por parte de su madre biológica a un matrimonio, considerado ello como una guarda de hecho, la que según Pérez Martín, A.J. (2015), es la que surge cuando una persona con el consentimiento de los titulares de la patria potestad, sin la intervención de autoridad administrativa o judicial, se hace cargo de una menor, contrayendo las obligaciones inherentes del tutor. Por lo que, se está en presencia de un hecho prohibido por el CCCN, según las disposiciones previstas en el art. 611.

Por otro lado, el rechazo del pedido formulado por el matrimonio guardador y la madre biológica, por el *a quo*, se fundó en que los guardadores no se encontraban inscriptos en el registro de adoptantes, requerimiento previo y exigible por la ley para que sea otorgada la guarda pre adoptiva. Lo que al decir, de Kemelmajer De Carlucci A. (2014), con la creación de dicho registro, se busca evitar el problema del tráfico de niños, en miras de los objetivos centrales del sistema: la transparencia y la publicidad, las que se alcanzan si el Estado cuenta con la información centralizada en un Registro Único y su puesta a disposición de todos los jueces del país para que, entre quienes se encuentren en condiciones de adoptar, se elija al más idóneo en interés del adoptado, poniendo de resalto la importancia de la creación de los registros provinciales.

Del caso surge, que el matrimonio guardador y la madre biológica de la menor lo que busca es la declaración de adoptabilidad y la guarda con fines de adopción, con la finalidad de lograr la iniciación del proceso de adopción. En tal sentido la adopción debe ser considerada como una manifestación de amor por la cual, un matrimonio o una persona brinda protección y abrigo a un menor desvalido, por el abandono o la desidia de sus padres biológicos, formando con él una verdadera familia y creando los mismos efectos jurídicos que instaurarían los lazos que provienen de la sangre, con ello no solo se busca brindar un hogar a un niño o niña que lo necesita, sino que se busca restablecer la calidad de hijo o hija, ofreciéndole un entorno familiar que le posibilite alcanzar su máximo potencial. Es en tal sentido que, el interés superior del NNA se considera el principio rector que conduce todas las decisiones en los trámites de adopción.

Es decir que, si bien, no fueron cumplidos los recaudos exigidos por la ley para un proceso reglamentario de adopción, la CSJN en su fallo consideró el tiempo en que se encontraba viviendo la menor con el matrimonio guardador, jugando el tiempo un papel importante en estos casos, siguiendo a Marrama S. (2023), los hechos y circunstancias de un caso pueden modificarse con el transcurso del tiempo, y permite ver cómo el devenir afecta el encuadre y sus posibles soluciones: la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso. En consonancia con ello, Garate R. (2016) afirma que 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, y debe procurar el restablecimiento del equilibrio jurídico afectado dentro del menor tiempo posible.

Asimismo, la CSJN en su decisorio dejó sin efecto lo resuelto por el inferior, fundado ello en la aplicación del interés superior del NNA, considerando al niño como sujeto de derechos que requiere de una tutela judicial efectiva, lo que importa es el reconocimiento del niño en cuanto persona y la tutela de sus derechos, no obstante la existencia de ciertas dificultades en su ejercicio autónomo, dadas por su condición de persona en desarrollo. En tal sentido, Fernández S. (2015), sostiene que las decisiones de las autoridades, deben así definirse en función de lo que resulte más beneficioso para el niño, apareciendo en su interés toda acción que tienda a respetar sus derechos y perjudicial aquella que pueda vulnerarlos.

Siguiendo el análisis del fallo, es claro que su decisorio se plasmó en el interés superior, el que según, Gatica N. y Chaimovic C. (2002), debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niñas.

Es conteste en sostener la jurisprudencia respecto a sendos pronunciamientos, que ponderan el interés superior, en tal sentido, la CSJN en los autos: L., M. s/ abrigo, (2209/2019/CS1), en fecha 7 de octubre de 2021, *ha enfatizado firmemente la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores.*

Por otro lado, en esta situación que se analiza, debe hablarse y hacerse mención a la "socioafectividad", la que según Arnando, D. (2020), son las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo meramente normativo. Por su parte, Tavip G. (2021), manifiesta que la socioafectividad juega un papel importante, en algunos casos, sobre todo en cuanto a la identidad, la que por su aspecto dinámico, puede variar en el tiempo, y es ahí que actúa como edificante de sentido identitario de una persona, en tal sentido si se constituyó legítimamente, exige una protección especial, es por ello que la socioafectividad es una pieza clave en la relación jurídica de la filiación, que posibilita la creación de una relación paterno/materno-filial más allá del componente biológico. Es lo que se da en el fallo traído a estudio.

En concordancia con ello, la CSJN en el caso: G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción (2517/2019/RH1), en fecha: 20 de abril de 2023, consideró: *El rechazo in limine del pedido de guarda con fines de adopción deducida por el*

matrimonio guardador de la niña debe ser dejado sin efecto, en tanto la existencia de un riesgo cierto para la infante derivado del desplazamiento de la guarda que se mantiene inalterada desde su nacimiento por más de 9 años en cabeza del matrimonio guardador, producto de la inevitable modificación de la situación socioafectivafamiliar en la que se encuentra inserta y cuyas consecuencias no pueden desatenderse en estos asuntos, así como la imperiosa necesidad de garantizar el derecho de aquella a crecer en el seno de una familia, exigen una repuesta diferente.

Por último, cabe poner de resalto y énfasis en el derecho del niño a ser oído y que sus manifestaciones sean tenidas en cuenta a la hora que los jueces deban impartir justicia, al respecto CSJN en el fallo: P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias (1813/2018/RH1), en fecha 7 de Octubre de 2021, en uno de sus considerandos expuso: *Que en la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de “interés superior del niño”, la opinión del niño, niña y adolescente constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.*

V. Postura del autor.-

En relación a lo ut supra expuesto en los acápites precedentes, el autor estima que la interposición del recurso de apelación, incoado por el matrimonio guardador en contra del rechazo *in limine* de su pedido fue correcto, y continuando con su postura e insistiendo en su razonamiento el recurso extraordinario presentado en contra del decisorio del Superior Tribunal de Justicia de Misiones, fue necesario, siendo la queja la que permitió que la causa llegará a la CSJN, ello con la sola finalidad de velar y hacer valer una relación de familiaridad que ya estaba instaurada entre los mismos y la menor, con una unión de lazos tan fuerte, que romperlas ocasionaría un perjuicio irreparable, sobre todo a la infante, considerada sujeto de derechos y que merece de una tutela judicial efectiva.

Por otro lado, este autor considera que lo resuelto en primera instancia por el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Familia, vulneró derechos y principios de

consagración constitucional, en aplicación de un exceso de rigorismo estrictamente formal, sin haber previamente evaluada la situación en la que se encontraba la menor, ni el contexto familiar que la rodeaba. Por su parte la Cámara de Apelaciones, rechazó el recurso planteado por los guardadores, confirmando la decisión del Juzgado, con ello, a las claras se configura una violación al interés superior del NNA, colocando en una situación total de vulnerabilidad a la niña, al disponer que la misma sea restituida a su madre biológica, desoyendo el pedido y sin considerar el tiempo en que la infante se encontraba viviendo con el matrimonio guardador.

Asimismo, es claro que los órganos inferiores, fundaron su postura en los dispositivos contenidos en el art. 611 que prohíbe la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes, en el art. 613 que establece que el juez que declaró la adoptabilidad seleccionará a los pretendientes guardadores de entre la nómina remitida del registro de adoptantes, ambos del CCCN, y en lo dispuesto en la ley provincial de adopción XII n° 20, ello en un claro apego al formalismo normativo, obviando el interés superior del NNA.

Ahora, bien el autor en este tema se detiene y analiza los supuestos contemplados en los dispositivos mencionados:

Respecto a las guardas de hecho, no puede desconocerse que las mismas están prohibidas por el CCCN, pero a la vez no puede dejar de hablarse y reconocerse que es una práctica que se da en la sociedad, si lo que se busca es con ello proteger al niño hoy considerado sujeto de derechos, ya no como un objeto, hay que analizar, investigar y estudiar cada caso en particular. En el caso analizado la premisa fáctica se origina en base a la entrega directa de una mujer de su hija a un matrimonio, no puede desconocerse que fue una entrega voluntaria, y que la misma madre solicitó regularizar esa situación de hecho junto a los guardadores, o sea nos encontramos en presencia de una entrega que no reviste tinte delictivo, por lo que el autor considera que debe respetarse la manifestación de la voluntad de la madre biológica de la niña, por que como madre busca el mejor bienestar para su hija, un bienestar que ella no le puede brindar, y estima pertinente que el matrimonio elegido le podrá ofrecer un medio de vida acorde a sus necesidades, y en pos de su crecimiento dentro de un seno familiar. En respaldo a ello Sambrizzi E. (2017) expresa que si existe una guarda de hecho que ha

dado lugar a vínculos afectivos sanos y donde no se observen actos éticamente reprochables, debería amanecer el sano juicio del juzgador para discernir, ponderar, y evaluar aquella embrionaria relación paterno-filial. El autor, si bien comparte esta postura, no puede dejar de mencionar la doctrina que opina lo contrario, tal es así que Álvarez A. (2012) entiende que la madre que entrega a su hijo para una futura guarda con fines de adopción está abdicando su responsabilidad parental, ante esta situación la protección y la tutela del niño debe quedar a cargo de la justicia, que debe ser la encargada de tomar una decisión al respecto, continúa y agrega que la entrega será válida únicamente a aquellas personas que el juez designe, previo a los trámites correspondientes, lo que se realice fuera de ello debería llamarse apropiación, situación en la que se falsifica filiación e identidad, se suprimen los vínculos generacionales y se rompe la cadena genealógica.

En cuanto al requisito de inscripción en el Registro Único de Adoptantes, considera el autor, que este requerimiento exigido, no debe aplicarse de manera estricta, en el caso en particular que se está tratando, ello en virtud, que el hecho que el matrimonio guardador no esté inscripto en dicho registro no le quita idoneidad para cumplir el rol de padres, no significa que los pretensos guardadores que estén inscriptos sean más idóneos que los que no lo están, lo que se debe priorizar siempre es el mejor interés del niño, si se hubiera sacado de su entorno familiar a la menor para entregársela a un matrimonio que estaba inscripto en el registro ello le hubiese provocado un grave perjuicio, y es en estas situaciones en que el estado debe velar y resolver en resguardo del interés superior del NNA, es por ello que el autor considera que el requisito que exige el Código Civil sobre la inscripción debe pasar a un plano secundario cuando se trata como el caso que se analiza. Al respecto, Ciolli, M. (2017), infiere que si bien es cierto que la inscripción es de suma importancia y es un requisito indispensable para evitar la nulidad de la adopción, no es menos cierto que en casos excepcionales debe ponderarse los principios e intereses en juego para garantizar el mejor interés de los niños, niñas y adolescentes.

El autor estima importante en estos casos, hacer énfasis en el derecho del niño a ser oído, como una vertiente del interés superior del NNA, tal es así que el órgano inferior no tuvo en consideración las audiencias celebradas el 7 de octubre del año 2020,

por el matrimonio guardador, la menor y la madre biológica de la misma, ello puso en conocimiento de la CSJN sobre el contexto familiar en el que estaba inserta la menor, reconociendo como padres a los guardadores, y manteniéndose la madre biológica en la postura de entregar a la niña, situación que si fue valorada por el órgano superior al dictar el fallo.

Por último, el autor concuerda en todo lo resuelto y lo argumentado por la CSJN respecto al caso que ha sido analizado, considera que emitió un laudo judicial ejemplar poniendo de resalto la prevalencia del interés superior del NNA, principio rector consagrado tanto en tratados internacionales con raigambre constitucional, como en Leyes Nacionales, por sobre el formalismo estrictamente aplicado por el inferior.

En el supuesto que se habría decidido lo contrario, se habría vulnerado ineludiblemente el mejor interés desoyendo, los criterios rectores: a) condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, y, c) su centro de vida, entendido éste como el lugar donde las niñas/os y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

VI. CONCLUSION.-

Del fallo que fue analizado se vislumbra la decisión de la CSJN, respecto a la aplicación del principio del interés superior del NNA, ello en resguardo de los derechos del Niño, en su condición de vulnerable. El laudo judicial exhibió la clara existencia de un problema jurídico: el axiológico, e hizo posible que el mismo sea soslayado mediante fundamentos que de acuerdo al autor, se juzgan acertados.

En consonancia con ello, cabe destacar el argumento esgrimido por el Órgano Superior, como fundamento de su sentencia, donde se aprecia que el mismo, dejó sin efecto el exceso del rigorismo formal manifiesto, aplicado por el *a quo*, ya que mantenerse en ello implicaría vulnerar el principio rector, consagrado no solo en tratados internacionales con raigambre constitucional sino también en leyes nacionales y provinciales.

Por otro lado, es necesario hacer mención, que si bien la CSJN emitió un fallo ejemplar en resguardo de los derechos de NNA, es innegable que tanto los organismos administrativos como judiciales, no brindan una solución inmediata y eficiente ante esta problemática que se da constantemente en la sociedad, jugando el tiempo un papel preponderante a la hora de decidir sobre el mejor derecho, siendo que en la mayoría de los casos los Juzgados de Familia, Cámaras de Apelaciones y/o Superiores Tribunales provinciales, retrasan los tiempos procesales, provocando con ello consecuencias graves a los menores involucrados.

Ello se debe, a que los magistrados intervinientes en la mayoría de los casos no tienen en cuenta derechos esenciales reconocidos por la Ley Suprema, como lo es en el caso analizado: el Derecho del Niño, Niña y Adolescente. Es entonces en donde se torna insoslayable la necesidad de brindar protección a los menores que sientan que sus derechos están siendo vulnerados, considerándose al niño como sujeto de derechos, y que requiere de un cuidado especial en salvaguarda de los mismos.

Para finalizar, el autor estima que la CSJN accionó de manera ejemplar en su decisorio, haciendo énfasis en la aplicación del principio del interés superior del niño, protegiendo con ello los derechos de la menor en un contexto de vulnerabilidad, y dejando de lado normativas legales vigentes aplicadas por el inferior en un claro apego a un formalismo ritual, haciendo prevalecer con ello derechos constitucionales.

VII. Referencias Bibliográficas:

- Alchourrón, C. y. (1998). *Introducción a la Metodología de las Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: ed. Astrea.
- Álvarez, Atilio. (2012). La adopción, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires.
- Arnando, D. (2020). *Nuevas Formas de familia a la luz del CCyCN en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Duran, V., "Prácticas de las relaciones de familia y*

sucesorias a un lustro del CCyCN. Libro en homenaje a Nora Lloveras". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Basset, U. (2017). *Tratado de Vulnerabilidad*. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: La Ley.

C.S.J.N. "G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción". Fallo: 2517/2019/RH1 (20/10/2023).

C.S.J.N. "P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias". Fallo: 1813/2018/RH1 (07/10/2021).

C.S.J.N. "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M.G.G. G., M.G. s/ protección de persona C causa N° 73.154/05C". Fallo: 331:2047 (2008).

C.S.J.N. "S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.". Fallo: 341:1733 (27/11/2018).

C.S.J.N., "D., H. C. y otros s/ guarda con fines de adopción - declaración de adoptabilidad", Fallo: 1645 (2023).

C.S.J.N., "L., M. s/ abrigo", Fallo: 2209 (2021) .

C.S.J.N., "S. C. s/ adopción". Fallo: 328:2870.

Cabrera Velez, J. P. (2010). *INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO –EL ADENDUM A LOS LIBROS ESCRITOS SOBRE EL DERECHO DE MENORES–*. Quito: Cevallos.

Ciulli, M. L. (2017). Guardas de hecho en la filiación. *La Ley*.

Código Civil y Comercial de la Nación [Código]. (2016). 2da. ed.. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Congreso de la Nación Argentina (21, octubre 2005). Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. [26.061].

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (22 de Agosto de 1994) [Reformada] 1° ed. recuperada de: www.derhuman.jus.gob.ar.

Convencion sobre los Derechos del Niño. (1989).

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.

- Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Fernandez, S. E. (2015). *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Buenos aires: Marcial Pons.
- Garate, R. (2016). El interés superior del niño en la filiación por adopción. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)*.
- Gatica, Nora y Chaimovic, Claudia. (13/19 de Mayo de 2002). "La justicia no entra a la escuela. Analisis de los principales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño".
- Marrama, S. (2023). La legalidad como criterio de ponderación del interés superior del niño. *La Ley*.
- Perez Martin, A. J. (2015). *Derecho de Familia*. Pamplona (Navarra): Aranzadi.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, abril 2018, Quito-Ecuador.
- Sambrizzi, E. (2017). *Derecho de Familia. Adopcion*. Buenos Aires: La Ley.
- Tavip, G. (2021). Adopción y socioafectividad: la fuerza del cariño, la contundencia de los hechos. *La Ley*.
- Torti Cerquetti, P. J. (2021). *Vulnerabilidad y Derechos Humanos*. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Erreius.
- Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Loveras, Nora. Santa Fe.
- Weinberg, I. (2004). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzon.