



NOTA A FALLO

Grupos Vulnerables

“La Función Integradora del Principio del Interés Superior del Niño en las Guardas de Hecho Consolidadas por las Dilaciones Procesales”

"D., H.C. Y OTROS S/GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN-DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD" (Fallos: 346:287)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 20 de abril de 2023.

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7833101&cache=1730072911649>

Carrera: Abogacía

Autor: Enrique José Leonel Lopez Angulo

D.N.I: 33.444.845

Legajo: VABG 111056

Tutora: Susana Paola Abraham

Ciudad de Mendoza, Noviembre de 2024

Sumario: I. Introducción. - II. Reconstrucción de la premisa fáctica e historia procesal. - III. Decisión del tribunal. - IV. *Ratio Decidendi* de la sentencia. - V. Análisis conceptual y doctrinal. - VI. Antecedentes jurisprudenciales. - VII. Postura del autor. - VIII. Conclusión. - IX. Referencias.

I. Introducción

A partir de la Reforma Constitucional del 94', los Tratados y Convenciones de DDHH pasaron a gozar de jerarquía constitucional (art.75 inc.22 de la Constitución de la Nación Argentina), lo que representó un cambio de gran trascendencia para nuestro ordenamiento jurídico, ya que el sistema de funcionamiento cambió y muchos principios contenidos en dichos Tratados y Convenciones pasaron a integrarlo, cambiando el paradigma de la aplicación del derecho como ya venía ocurriendo incipientemente con la jurisprudencia de la CSJN.

Uno de los instrumentos internacionales de DDHH que suscribió nuestro país y que goza de jerarquía constitucional es la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), que establece la vigencia del principio de interés superior del niño (art.3.1 de la CDN). Posteriormente el Congreso en el año 2005 sancionó la ley 26.061, denominada como ley de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, integrando el referido principio, como así también lo han hecho las Legislaturas provinciales en leyes provinciales.

El interés superior del niño es un principio que atraviesa transversalmente a todo nuestro ordenamiento jurídico, y tiene su mayor preponderancia y aplicación en el área del derecho de familia. La naturaleza y el tipo de protección que brinda hace difícil reconocer el contenido y las formas de aplicación para la mayoría de los operadores jurídicos, incluidos los Jueces. Es el propósito de este trabajo ahondar en el contenido del principio del interés superior del niño y en la labor propia del Poder Judicial al momento de tener en cuenta la aplicación de este principio, especialmente en juicios referentes a guarda con fines de adopción y régimen de adoptabilidad.

La relevancia de este fallo radica en entender las consecuencias que pueden provocar las sentencias que aplican el derecho de forma rígida y sistemática lesionando derechos, cuando circunstancias especiales deben ser atendidas y consideradas, en especial en los casos en donde la persona tutelada es un niño o una niña en contexto de vulnerabilidad en razón de su edad y su contexto familiar.

Esto es producto de la labor cotidiana de los jueces que están acostumbrados a realizar una operación estandarizada en donde solo es necesario realizar la justificación interna del caso a través de un silogismo jurídico. Según Atienza (2005) “*la justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva*” (p. 26).

Se puede vislumbrar que el caso en análisis presenta un problema jurídico, mostrando variables que hacen impropia la sola existencia de una justificación interna de la sentencia que pueda cumplir con la corrección lógica del razonamiento. En consecuencia, el problema jurídico radica en la prolongación de una situación irregular, que permitió la formación de lazos socioafectivos entre la niña y el matrimonio que ejercía la guarda de hecho, lo que desencadenó una serie de actos procesales que fueron resueltos sin la correcta integración del principio del interés superior del niño.

Este problema en cuestión representa un problema axiológico entre reglas y principios. Tomando como referencia la clasificación de los problemas metodológicos de la ciencia del derecho elaborada por Alchourrón y Bulygin (1998) se puede afirmar que el fallo resuelve una laguna axiológica (p. 93) de conflicto entre reglas y principios por la aparición de condiciones relevantes que debieron ser atendidas, como la socioafectividad, es decir los lazos afectivos creados y solidificados por el paso del tiempo y la percepción real de la niña en cuanto a su realidad familiar.

Un segundo problema que se desprende del análisis del problema central es el relativo al análisis de calificación del problema axiológico como un conflicto entre reglas y principios. En este sentido se puede traer a colación la tesis de Atienza (2019), que sostiene que el concepto de “reglas contra principios” es una falacia de falsa oposición, ya que en un sistema jurídico se necesita de ambas, pero hay casos especiales en donde el principio debe flexibilizar la rigidez de la regla para no provocar un daño (LP-Pasión por el Derecho, 2019, 17m03s).

Lo curioso de este caso es que la regla que entra en conflicto con el principio, tiene su fundamento en el mismo principio. Es decir, la regla que prohíbe las entregas directas de niños y niñas con fines de guarda, tiene su fundamento en la prevención del tráfico de menores y en el principio del interés superior del niño. A su vez, dicha regla, entra posteriormente en conflicto con el mismo principio, porque al cambiar las circunstancias cambian las preferencias de tutela de la niña.

Será objeto de análisis la forma en que el principio del interés superior del niño integra al ordenamiento jurídico desde el plano axiológico del derecho.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica e historia procesal

El 01 de septiembre de 2016 nace la niña M.E.G.P., y es entregada voluntariamente por su madre biológica a un matrimonio, con el deseo de que el mismo matrimonio adopte a la niña. Con el objetivo de llevar a cabo la voluntad de la madre biológica de entregar en guarda y posterior adopción a su hija, y la voluntad del matrimonio de convertirse en guardadores y posteriormente en padres de la niña, es que tanto la madre biológica como el matrimonio inician un proceso de declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción.

Dicho proceso fue rechazado, y tanto la madre biológica como sus guardadores desplegaron durante años recursos procesales buscando tener un pronunciamiento satisfactorio a sus intereses. Es importante destacar y resaltar que desde que se inició el proceso de primera instancia hasta el momento en que falló la Corte, pasaron 7 años de convivencia ininterrumpida de la niña M.E.G.P. con sus guardadores.

Como se explicitó *supra* la madre biológica de la niña y el matrimonio que ejercía la guarda de hecho inician un proceso de declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción y una declaración de inconstitucionalidad de los art.611 y 613 del CCCN, el día 29 de septiembre de 2016 ante el Juzgado Civil Comercial Laboral y de Familia, de la localidad de Puerto Iguazú, Provincia de Misiones, con la finalidad de declarar la situación de adoptabilidad de la niña y que se otorgara la guarda con fines de adopción plena al matrimonio que ejercía la guarda.

Luego de la audiencia con la madre biológica de la niña y la intervención del fiscal y la defensora oficial, quienes se pronunciaron a favor de las pretensiones de los actores, el 11 de noviembre de 2016 el juez de primera instancia, se pronunció rechazando el pedido por considerarlo contrario a la normativa del CCCN, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a las leyes provinciales de adopción.

También, en esta primera instancia el Juez no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad y dispuso que se entregara la niña al juzgado para el dictado de medidas tutelares, notificó a las entidades públicas pertinentes con el fin de que se postulara a una familia sustituta para el cuidado temporal y provisorio de la niña.

Posteriormente los actores apelan la decisión contraria a sus pretensiones, apelación que fue concedida con efecto suspensivo. En dicha instancia el defensor solicitó ante la Cámara que se revocara la sentencia del *a quem* y el fiscal dictaminó en favor de la vigencia de la sentencia apelada.

El día 14 de junio de 2017, la Cámara de Apelaciones de la Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones confirmó la sentencia. Básicamente su decisión mantuvo indemne la sentencia de primera instancia en todos sus fundamentos, desestimando otra vez la acción de inconstitucionalidad de los arts. 611 y 613 del CCCN, e hizo hincapié en el deber de los jueces de evitar demoras en este tipo de procesos.

En consecuencia, la cámara dispuso que se diera cumplimiento inmediato a lo ordenado por el juez de primera instancia y se restituyera la niña a su madre biológica o a un miembro de la familia biológica, previa realización de los informes pertinentes. La Cámara dispuso que en caso de que la revinculación no fuera posible, se debería entregar a la niña a una familia sustituta, para luego iniciar un proceso de declaración de adoptabilidad de la misma.

Los actores ante la sentencia desfavorable de la Cámara en la apelación interpusieron un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que el 27 de julio de 2018 fue declarado inadmisibile por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones.

Ante la inadmisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la parte actora impugnó la misma a través de recurso extraordinario de inconstitucionalidad y arbitrariedad que el 26 de junio de 2019, por mayoría también fue declarado inadmisibile por el Superior Tribunal de Justicia como recurso extraordinario federal con fundamento en la ausencia de sentencia definitiva. El voto de la minoría consideró que lo decidido vulneraba los derechos constitucionales de la niña como así también contrariaba el principio del interés superior del niño.

La correspondiente inadmisibilidad del recurso extraordinario federal llevo a la parte actora a presentar un recurso de queja ante la CSJN, insistiendo en el carácter definitivo y arbitrario de la sentencia, como así también en la afectación del interés superior de la niña.

En consecuencia, la Defensora General de la Nación pidió que se desestime el recurso y se exhorte al tribunal de origen a cumplir con las mandas judiciales de la sentencia de la Cámara con la mayor celeridad posible para evitar la postergación de una situación irregular en pos de generar un entorno familiar definitivo para la niña.

Por último, la CSJN una vez oída la Defensora General de la Nación, hizo lugar al recurso de queja y el día 17 de diciembre de 2021 recibió las actuaciones provenientes del Juzgado Civil Comercial Laboral y de Familia, de la localidad de Puerto Iguazú, dictando sentencia el día 20 de abril de 2023.

III. Decisión del tribunal

La CSJN, por voto unánime de sus integrantes, decidió declarar procedente el recurso extraordinario, fallando a favor de los recurrentes, dejando sin efecto la decisión de primera instancia apelada, y devolvió las actuaciones al tribunal de origen con la finalidad de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en el fallo.

IV. Ratio decidendi de la sentencia

Es conveniente empezar este acápite definiendo que son las reglas y que son los principios. En palabras de Alexy (1988) las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, y en ese sentido pueden ser cumplidas o no cumplidas, en cambio, los principios se erigen como “mandatos de optimización” que ordenan a que se realice algo en la mayor medida posible (p. 143).

El mantenimiento de la situación de la guarda de hecho en el tiempo transcurrido, como así también la aparición de otros aspectos concomitantes, favorecieron la creación de una laguna axiológica (Alchourrón y Bulygin, 1998, p. 93) de conflicto entre una regla y un principio, que fue superada por la labor de la Corte, quienes en voto unánime a favor de la parte actora, dejaron sin efecto la sentencia apelada, integrando el principio del interés superior del niño como principio rector y creador de una nueva regla, porque el paso del tiempo dispuso un escenario distinto al escenario que obraba en las primeras fojas del expediente, allá por el año 2016.

Al respecto, la CSJN ha sostenido que *“el interés del niño -de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél”* (CSJN, 2008, Fallos 331:941).

Es necesario realizar algunas aclaraciones y comentarios sobre los puntos más importantes de los considerandos del fallo en cuestión.

Como primer aspecto a tener en cuenta, no es menester mencionar el reconocimiento que tanto la Cámara como el Superior Tribunal de Justicia de Misiones hicieron respecto a la vigencia e importancia del principio de interés superior del niño en las sentencias dictadas oportunamente por dichos órganos jurisdiccionales provinciales.

Lo discutible aquí, es la aplicación que hicieron dichos órganos jurisdiccionales del referido principio, sin atender a las circunstancias especiales del caso, evitando

ponderar y valorar el tiempo transcurrido, los lazos afectivos creados, la edad de la niña, y la opinión de la misma respecto del matrimonio a quien ella consideraba “padres”.

Corresponde hacer una salvedad al respecto de la labor del juez de primera instancia, quien si aplicó el principio de interés superior del niño en su sentencia, atendiendo a la irregularidad de la guarda de hecho, poniendo de relieve la importancia de los tiempos procesales en este tipo de procesos, mandando a que se entregue la niña para su revinculación con su madre biológica o en su defecto su familia ampliada de origen, y en caso de fracasar esto, se la ponga a disposición para que se declare su estado de adoptabilidad. Es hasta aquí, lo que la regla manda y lo que el principio protege.

La génesis del problema jurídico que la Corte resuelve con buen tino, es justamente la segunda vez que el juez de primera instancia tiene que intervenir, una vez que presentado el recurso de apelación por la parte actora, se concede la procedencia del mismo con efecto suspensivo. Este es el momento en donde se permitió la postergación de una situación irregular, y este error se mantuvo en el tiempo, en lo actuado ahora si también ante la Cámara y ante el Superior Tribunal de Justicia, que permitieron la consolidación de una realidad familiar.

Lo que la Corte reprocha es la falta de aplicación oportuna de la regla. La regla que manda a prohibir las entregas directas de niños y niñas con fines de guarda tiene su fundamento de aplicación, e incluso puede ser entendida como una derivación del principio del interés superior del niño, pero el tiempo transcurrido atentó contra la oportunidad de aplicación de la regla, ya que el principio del interés superior del niño pasó a tutelar otros derechos de la niña, que nacieron de los lazos afectivos y de una convivencia ininterrumpida.

Es en estos casos, la labor de los jueces debe ser integral, valorativa y creadora, jugando un papel preponderante los principios, que deben ser integrados para flexibilizar la rigidez del sistema normativo en casos en donde la aplicación de la regla atenta contra la tutela de un sujeto que merece ser especialmente protegido por su situación de vulnerabilidad como lo era la niña M.E.G.P.

En este sentido la Corte ha sostenido que:

en tanto pauta de ponderación para decidir un conflicto, la implementación del interés superior del niño exige analizar sistemáticamente cómo los derechos del niño se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, adoptándose

aquella que resulte más beneficiosa para el sujeto que requiere de una especial protección. (CSJN, 2021, Fallos 344:2647).

Otro aspecto a tener en cuenta es el derecho de la niña a ser oída en el contexto de la socioafectividad creada, ya que si bien la Secretaria del Juzgado de Familia y Violencia Familiar n° 2 de Puerto Iguazú, le realizó una audiencia a la niña, prácticamente no fueron tenidas en cuenta sus declaraciones, en las que refiere claramente que considera al matrimonio guardador como sus padres, y que se siente inserta en una realidad social y familiar.

La Corte ha señalado al respecto en el cuarto párrafo del considerando N°7 que *“las decisiones de quienes tienen a su cargo resolver los conflictos que los involucran, exige escuchar a los destinatarios principales de aquellas y quienes requieren de una protección especial por parte de todos los operadores judiciales”* (CSJN, 2023, Fallos 346:287).

Es decir, que a pesar de ser la niña una incapaz, esto no obsta a que sea escuchada y que sea tenida en cuenta su opinión, porque es ella el objeto de tutela, y el fin último de este proceso.

V. Análisis conceptual y doctrinal

La sentencia de la CSJN en este fallo es un claro ejemplo de la correcta integración de los principios, como elementos morigeradores de la rigidez de las reglas jurídicas. En concreto, el fallo da solución a una controversia entre las normas provinciales y nacionales relativas a los procesos de adopción por un lado, y a la correcta aplicación del principio del interés superior del niño por el otro lado, tomando el concepto de la socioafectividad como elemento preponderante para la ponderación de los hechos y del derecho, como así también el derecho de los niños a ser oídos, y el perjuicio que provocan los tiempos procesales en este tipo de procesos.

Se pone de relieve la necesidad de examinar con detenimiento los hechos y las consideraciones pertinentes de cada caso en particular, entendiendo que el principio del interés superior del niño no opera de la misma forma que las reglas, sino que opera en el plano axiológico del derecho.

En este sentido, la doctrina previa a la sanción del nuevo CCCN estaba caracterizada en lo que concierne a las guardas de hecho, en el art.318 del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el cual no había una prohibición a la entrega directa con fines de

adopción de niños y niñas por medio de sus progenitores, siempre que la entrega no fuera efectuada mediante escritura pública o acto administrativo.

En el comentario hecho por los autores Roveda y Medina (2023) al art.611 del CCCN en el tomo II del libro “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, los mismos sostienen que *“La entrega en guarda directa es un hecho jurídico, y en tanto no puede ser prohibida, en cambio pueden regularse los efectos que dicho hecho va a producir”* (Rivera y Medina, p. 726).

El punto de conexión de esta ausencia de prohibición y de la tutela de los derechos de los infantes a través de la integración del principio del interés superior del niño, estaba dada por la consideración de que los progenitores que optaban por entregar a un hijo o hija en guarda, lo hacían teniendo en cuenta criterios de elección de los guardadores buscando el bienestar de su hijo o hija. En este sentido, se puede entender que esta elección es una forma de ejercicio de la responsabilidad parental (Rivera y Medina, 2023, p. 726).

En el contexto de la sanción del nuevo CCCN, se puede vislumbrar que la doctrina no ha sido pasiva al referirse a las guardas de hecho, concepto que se convirtió en foco de discusión a la luz de diferentes interpretaciones de lo que a criterio de diferentes autores y juristas representaba la mejor tutela de los derechos de los infantes.

La doctrina que fue tenida en cuenta en el proyecto de redacción del CCCN, como destacan Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (2014) ponía límites a la actuación de los jueces impidiendo la separación del niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador en los supuestos de guardas de hecho, cuando la socioafectividad fuera manifiesta y comprobable (p. 311).

Conte-Grand (2023) sostiene al respecto que el principio *favor minoris* integra el principio del interés superior del niño y manda a realizar lo que sea mejor para la realidad del niño, recordando que este principio está receptado en la ley 26.061 donde se da preminencia a los derechos e intereses de los menores si entran en colisión con otros derechos e intereses, aunque ambos sean igualmente legítimos (art.3 párr.4 de la ley 26.061).

Lamentablemente el contenido doctrinal del proyecto de redacción fue suprimido en la Cámara de Senadores con la finalidad de que dicha cláusula no alterara el “verdadero espíritu de la reforma”, que ponía el acento en desalentar la cosificación de los infantes motivada por casos de venta de menores y actividades ilegales conexas (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014, p. 311).

La redacción final del art.611 del CCCN suscitó controversias desde su vigencia, y la doctrina volvió a apelar al principio del interés superior del niño como principio integrador del ordenamiento jurídico, poniendo el acento en los dilatados tiempos procesales que afianzaban la realidad socioafectiva de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban inmersos en una realidad familiar estable.

En relación a este tema, Beguiristain y Fonollosa (2023) advierten un cambio en el paradigma de la familia tradicional basada en la concepción biologicista hacia un concepto de familia en clave plural y diversa, en donde según las autoras *“el afecto ha irrumpido en el derecho a la identidad tradicional, el cual estaba basado en una cuestión puramente genética, para volcarse a un concepto dinámico, que no puede ser analizado y aplicado sino de una forma integral e interdisciplinaria”* (p. 6).

Es en este contexto de aplicación, es donde el principio del interés superior del niño ha sido utilizado como principio integrador, poniendo el acento en la protección del infante y procurando darle entidad jurídica a su realidad socioafectiva en detrimento de su realidad biológica y de la rigidez de la norma.

No es menester aclarar, que la doctrina sostiene que cada caso debe ser analizado en particular, por lo que hacer una regla de aplicación general, también atentaría contra la tutela efectiva de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la caracterización del interés superior del niño como principio le permite tener la flexibilidad necesaria para adaptar su integración a cada caso concreto.

VI. Antecedentes jurisprudenciales

Las normas que protegen el vínculo filial de sangre o vínculo biológico, no siempre responden a criterios de aplicación que sean convenientes para el menor. Existen contextos en donde los menores se han desarrollado en el ámbito de una familia que sin tener status legal de familia, por carecer de sentencia de adopción, lo son en el sentido de la realidad socioafectiva.

En relación con este concepto, en el fallo "S.C. s/ adopción" la CSJN el 02 de Agosto de 2005, falló por unanimidad en contra de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y sostuvo que la verdad biológica o el vínculo de sangre, no tienen *per se* un peso mayor que el interés superior del niño, y que la adopción crea vínculos que generan identidad filiatoria (CSJN, 2005, Fallos 328:2870).

La sanción de la Ley 25.854 que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y reguló los requisitos para su integración, creó una serie de procesos

administrativos que pusieron en peligro la licitud de las guardas de hecho. En el fallo “G., M. G. s/ protección de persona” la CSJN el 16 de Septiembre de 2008, falló por unanimidad en contra de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y sostuvo que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y del principio del interés superior del niño, llaman a hacer las evaluaciones pertinentes para determinar la aptitud adoptiva del menor, no siendo la falta de inscripción en el Registro de Aspirantes una causal de peso para impedir la guarda (CSJN, 2008, Fallos 331:2047).

En el plano de la jurisprudencia internacional la Corte IDH ha fallado a favor de la vinculación de padres e hijos basándose en la verdad biológica, en el reconocido fallo conocido como “Fornerón e hija vs. Argentina”, fallado el 27 de abril de 2012 en donde la Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado Argentino era el responsable del perjuicio sufrido por el Sr. Fornerón, ya que el accionar de la justicia argentina había afectado sus garantías judiciales y la protección de la familia, como así también los derechos de su hija biológica. Este fallo le brinda especial relevancia al vínculo biológico entre la niña M y su padre biológico, es decir el Sr. Fornerón, pero manda a tomar acciones tendientes a favorecer la revinculación de la niña con su padre, sin extinguir el vínculo creado con sus padres adoptivos, el denominado matrimonio B-Z. Al respecto, la Corte IDH sostuvo que el interés superior del niño manda a tomar decisiones reales que tiendan a propender el mayor bienestar del niño, actuando sin especulaciones o presunciones, dejando de lado preferencias culturales en torno a determinados conceptos tradicionales de la familia (Corte IDH, 2012, Serie C, N° 242).

La actual legislación contenida en el CCCN (art. 611), que prohibió en forma tajante las entregas directas con fines adoptivos, desde su sanción ha sido utilizada en forma rígida y con excesivo rigor formal por los jueces y tribunales provinciales, desatando en consecuencia una catarata de apelaciones y recursos que lo único que han provocado es una dilatación excesiva de los tiempos procesales y la consolidación de los lazos socioafectivos de los menores con sus guardadores.

En este sentido, la tarea de la CSJN ha sido muy fructífera en brindar soluciones reales y convenientes a la problemática de niños, niñas y adolescentes que se encontraban desprovistos de una tutela efectiva al resguardo del principio del interés superior del niño.

Este accionar de la Corte lo podemos observar en el fallo que se analiza en este trabajo y en un caso análogo que llega a la CSJN a través de un recurso de hecho deducido por los actores E. L. G. K. y A. C. G en la causa “G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción”, fallado por la CSJN el 20 de abril de 2023. En la sentencia la Corte falló por

unanimidad declarando procedente el recurso extraordinario y revocando el pronunciamiento apelado y sostuvo que la socioafectividad familiar desarrollada por la niña después de 9 años de convivencia con el matrimonio guardador es una realidad que debe ser tomada en cuenta y protegida, ya que constituye su derecho a crecer en el seno familiar, y que cualquier desplazamiento generaría un riesgo cierto para la niña (CSJN, 2023, Fallos 346:265).

Del análisis de los distintos antecedentes jurisprudenciales se puede observar como el principio del interés superior del niño ha integrado en forma axiológica las diferentes sentencias de nuestro máximo tribunal, y de tribunales internacionales, teniendo en consideración las circunstancias fácticas de cada caso, y resolviendo de acuerdo a lo que sea más beneficioso para los menores.

VII. Postura del autor

Considero que el fallo "D., H.C. y otros s/guarda con fines de adopción-declaración de adoptabilidad", constituye junto con la jurisprudencia análoga reciente de la Corte, un síntoma del ordenamiento jurídico nacional que está atentando contra la dignidad y los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en contexto de vulnerabilidad por circunstancias vistas en este trabajo, relativos a guardas de hecho y régimen de adopción.

Las circunstancias especiales de los menores en estos casos llaman a realizar el mayor esfuerzo posible de los poderes del Estado para brindar una tutela efectiva, multidisciplinaria y sin dilaciones. Hago mención especial en este sentido, de la reprochable labor de los jueces y tribunales provinciales, que en circunstancias donde la ponderación de hechos que no pueden y no deben ser soslayados por la envergadura que representan, despliegan una labor de profundo rigorismo formal, en donde solo se menciona la importancia del interés superior del niño a modo de cliché, desatendiendo y agravando su real contenido.

La labor de la CSJN corrigiendo las injusticias de las sentencias recurridas, es en mi opinión una labor muy loable y necesaria para afianzar el valor justicia, pero lamentablemente esto ha ocurrido pasados muchos años y como última *ratio* de los recurrentes. Es decir, que podemos poner en valor la labor de la Corte, pero eso no soluciona el problema de fondo.

En este sentido, considero que la sanción del nuevo CCCN representó un retroceso en lo que a materia de guardas con fines de adopción se trata, ya que la Cámara de

Senadores en pos de cumplir con la legislación que combate y desalienta la trata de menores, tuvo el prejuicio de entender que estas entregas se condecían en su mayoría con prácticas delictivas e ilícitas que cosificaban a los menores.

No niego que esta sea una práctica que se da, incluso en momentos de escribir estas líneas está en boga el caso “Loan Peña”, que aparenta ser en principio una víctima de la venta de menores, y no niego que sea una práctica que se lleva a cabo desde hace décadas y que representa un flagelo para nuestra sociedad.

Es necesario, en mi opinión, darle un marco normativo regulado a las entregas directas con fines de adopción, donde se realicen los controles administrativos y jurisdiccionales pertinentes, protegiendo a los niños, niñas y adolescentes, tutelando sus derechos bajo el manto protector que representa el principio del interés superior del niño.

VIII. Conclusión

Más allá de la existencia de los denominados casos fáciles y casos difíciles, la ponderación de los principios y su función axiológica, como muestra la labor de la CSJN en este fallo, deben estar al servicio de la protección de los derechos humanos de los menores, y evitar daños que pueden afectar a éstos para el resto de sus vidas.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado argumentos y fundamentos, que han dado basamento a la posibilidad de darle licitud a las entregas directas y a las guardas de hecho en condiciones especialmente contempladas, donde la socioafectividad ocupa un lugar preponderante.

En este sentido, los extensos tiempos procesales lejos de dar solución a situaciones irregulares, han forjado lazos y sentimientos de pertenencia, que han contribuido a la formación de nuevas familias, que necesitan el reconocimiento jurídico para poder cumplir con sus fines.

IX. Referencias

Doctrina

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (5), 139–151.
<https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. UNAM, México.
- Beguiristain C.D. y Fonollosa R. (2023). *La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: Análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho*. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Conte-Grand, J. M. Trascendencia de la categoría del Interés Superior del Niño. Reflexiones en el nuevo mundo. Capítulo II. Sistemas Jurídicos Internacionales. 22 de Mayo de 2023.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni.
- Rivera J.C. y Medina G. (2da ed.). (2023). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Comentario del art.611 del CCCN. Tomo II. La ley.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación . Fallos: 328:2870. "S.C. s/ adopción". 02 de agosto de 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 331:941. Recurso de hecho en autos “M. D. H. c/ M. B. M. F”. 29 de abril de 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 331:2047. “G., M. G. s/ protección de persona”. 16 de septiembre de 2008
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 344:2669. “P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias”. 27 de octubre de 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 344:2647. “L., M. s/ abrigo”. 07 de octubre de 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos: 346:265. "G., A.C. y otro s/guarda con fines de adopción". 20 de abril de 2023.

Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. N° 242. 27 de abril de 2012.

Legislación

Ley 26.061 de 2005. Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. 26 de Octubre de 2005. B.O. N°30.767 (Página 1).

Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN]. Ley 26.994 de 2014. 08 de Octubre de 2014 (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina [Const]. Art. 75 inc.22. 03 de Enero de 1995 (Argentina).

Convención internacional de los derechos del niño [CDN]. Art.3.1. 16 de Octubre de 1990.

Otras Fuentes

LP-Pasión por el Derecho. (11 de noviembre de 2019). *Manuel Atienza y García Amado discuten sobre reglas, principios y fútbol* [Archivo de video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=S5nUMTmN4_s