

“R. M. C. Y D. J. S. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION" Expte. Nº 1673.-

Villaguay, 8 de noviembre de 2016.-

VISTOS y CONSIDERANDO:

Que a fs. 17/25, vigente al momento el Código Civil de Veléz, se presentan los Sres. M. C. R. y J. S. D., con patrocinio letrado del Dr. Guillermo F. Gamarra, promueven acción de Guarda con fines de Adopción respecto de la niña G. N. C.. Expresan en síntesis que en el mes de julio de 2013, bajo la figura del "acogimiento familiar", el CO.P.N.A.F. les hizo entrega de la guarda de la niña G. N. C., quien en ese momento ostentaba menos de un año de edad -es nacida el 15 de agosto de 2012.-

Continúan relatando sobre las circunstancias que pusieron a la niña en esa situación de acogimiento y primero al ámbito del Consejo a pesar de ser las mismas harto conocidas por la trascendencia social que tuvo el hecho-, refieren que la misma fue abandonada en una garita de ómnibus situada al borde de ruta nacional Nº 18 km 153 -adjuntan recorte periodístico del hecho-; expresan que desde el momento que se hicieron cargo de G., más allá de que fueron debidamente informados de las condiciones en que se desarrollaría la relación -mera familia de acogimiento- inevitable y paulatinamente se fue concibiendo entre la niña y su grupo familiar un fuerte vínculo afectivo fruto del cotidiano y mutuo cariño que se fueron dando, expresando que la condición humana en ellos generó situaciones que trascienden los límites impuestos por la razón. Que naturalmente G. se introdujo en su grupo familiar como una integrante más, que brindan a la niña no sólo sus requerimientos materiales y la atención sanitaria que requería, sino trato de una verdadera hija; al punto de llamar a C. como "mamá", condición natural e instintiva que la niña asimiló ávidamente seguramente por la carencia de afectos de la cual resultó víctima siendo muy pequeña. Solicitan, en atención a ello, el otorgamiento de la Guarda Preadoptiva.-

En cuanto a la legitimación para accionar alegan que: a prima facie los solicitantes carecerían de legitimación para instar el presente tramite, por la condición de familia de acogimiento ante la falta de inscripción en el R.U.A. instituido por ley 9985, entienden que se configuran dentro del presente caso una serie de circunstancias que ameritan su pedido y, que como bien lo establece el mismo art. 4 último párrafo de la ley mencionada, S.S. podrá excepcionar la aplicación que fija la primera parte del citado artículo. Expresan en consecuencia, que deberá considerarse que la niña se encuentra bajo el cuidado de los accionantes desde casi un año y medio (a la fecha de presentación), en razón de la entrega que se le hiciera debido a la grave situación de abandono en que se encontraba, por lo que debe entenderse que el tiempo transcurrido contribuyó a formar un vínculo entre la niña y los solicitantes, siendo a partir de allí el núcleo familiar, su propio centro de vida, manifestando que el requisito de inscripción en el registro -impuesto por el art.4 de la ley 9985- no puede erigirse como un obstáculo insalvable para aspirar a la adopción; debiendo priorizarse el interés superior de la niña. Asimismo manifiestan que deberá evaluarse el contexto y, como lo probarán en el decurso del proceso, que la menor a mutado sustancialmente sus condiciones de vida desde el momento que resultó acogida en el hogar de los peticionantes, resultando cubiertas a partir de allí sus necesidades habitacionales, de salud y educativas. Mostrando un desarrollo acorde a su edad.

Fundamentalmente refieren, que en orden a la preservación del interés de la niña, en este caso particular, resultará necesario tener en cuenta los efectos nocivos que sobre su integridad psicofísica podría causarle la posible sustracción del grupo familiar que la pequeña siente como propio y al cual se siente integrada, no como un objeto circunstancial, sino como un miembro más. Alegan también en su favor, que la niña cuenta al momento de interponer su pedido -4/Nov/2014- con casi dos años y medio de vida, habiendo permanecido ininterrumpidamente con ellos desde antes de

contar con un año de vida, es decir, la mayor parte de su existencia; reconociéndolos como sus padres e integrándose a su familia, situación que necesariamente se deberá respetar -art. 3 inc f) de la ley 26061 - ya que una nueva separación, sin lugar a dudas traerá aparejadas consecuencias inevitablemente nefastas, aunque no sea posible predecir en que constarán y cuál será su gravedad son ellas dicen- "razones suficientes para hacer prevalecer las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño y la Ley 26061 por sobre la ley 9985 y consiguientemente excepcionar la regla impuesta. Refieren en el punto IV). INCONSTITUCIONALIDAD: a su condición familiar como pretensos guardadores -concubinos- dejando a todo evento planteada la inconstitucionalidad de los art. 312 primer párrafo y art 337 inc d) del Código Civil. Argumentan que, la rígida aplicación de los art. 312, 320 y 337 inc. d) del Código Civil contradice las normas consagradas en los arts. 3 y 21 de la C.I.D.N y el art 14 bis de la C.N, ya que la legislación debe propender a la "protección integral de la familia", que las normas no deben ser puestas en pugna entre sí, sino armonizadas para que todas ellas conserven igual valor y efecto.

Dicen que su relación de pareja, data de cinco años a la fecha, es comprometida, permanente y estable, es decir que posee las connotaciones que llevan a conceptualizarla como una familia; tienen además dos hijos: uno de C. A. E.- y otro recién nacido J. D.-, a quienes G. siente y trata como hermanos. Manifiestan que el instituto de la adopción tiene como claro norte y fundamento la protección de la minoridad desamparada, el tratamiento del caso debe abordarse entonces desde la plataforma del superior interés del menor referido. Explicando que los adoptantes quieren -con esta presentación- afianzar una relación de familia consolidada en la elección mutua desde que ambos asumieron el rol de padres sin ser los progenitores biológicos, supliendo el rol del padre desconocido y de la madre que la abandonó. Manifiestan que su intención de convivir en forma permanente, aunque lo hagan sin formalidad alguna, constituye una familia. Concluyen, que las normas impugnadas no son entonces compatibles con el sistema de valores pergeñado en el ordenamiento jurídico, pues la mentada alternativa convertirse al matrimonio- exhibe un obstáculo a la libertad de elección y a la no discriminación de un tipo de familia, la unión de hecho. Tipo familiar que permite satisfacer en su seno las relaciones filiales (art. 14, 17, 18 19 y 28 C.N.). Solicitan en consecuencia, se declare inaplicable al caso concreto los arts. 312 y 337 inc d) del C.C por inconstitucionales. En el punto V). Medida CAUTELAR GENÉRICA y/o de PROHIBICIÓN DE INNOVAR: manifiestan que dada las circunstancias de la causa resultaría factible que dentro del ámbito del Juzgado y en el marco de la ley 9985 se estuvieran suscitando trámites relativos a la declaración del estado de Preadoptabilidad, con las comunicaciones previstas en los arts. 22 y ccdtes. de dicha normativa, -ellos- con el propósito de resguardar la integridad de la menor cuya guarda se impetra y teniendo en cuenta de que si se alterara la situación de hecho y/o derecho actual, esta modificación pudiera influir en la sentencia a dictar y tornaría ineficaz y/o pudieran llegar a lesionar los intereses de la niña, causándole un perjuicio irreparable, es que solicitan se decrete con carácter de MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA, la suspensión de todo trámite en el marco de la ley 9985 que disponga la continuidad del procedimiento allí establecido a partir de los arts. 22 y sstes., decretando la PROHIBICIÓN DE INNOVAR con los alcances y efectos previstos por los arts. 227° y concordantes del C.P.C.C, librando los despachos que correspondieren. Requiriendo que esta medida se mantenga mientras dure el trámite de este proceso de Guarda. Funda en derecho, ofrece prueba y petición se haga lugar a la Guarda solicitada.-

A fs. 26 se informa por el actuario que en fecha 16/10/2014 se decretó el estado de abandono y adoptabilidad de la menor C. N. G. -DNI en trámite- nacida el 15/08/2012 hija de M. N. C. DNI -----. Se tiene por presentados a los Sres. R.-D.; se ordena correr vista a los Ministerios Públicos.-

Que a fs. 30/32 el Ministerio Pupilar acompaña la inconstitucionalidad planteada expresando que las normas debatidas priorizan un modelo de familia, contrarían el derecho a la igualdad y a la no discriminación al negar la posibilidad de adoptar en conjunto a dos personas salvo que sean cónyuges, ello contradice las normas consagradas en los art. 3 y 21 de la C.I.D.N y el art. 14bis de la Constitución Nacional, que establece que la legislación debe propender a la protección integral de la familia. Allí mismo contesta sobre el fondo de la cuestión conforme los intereses que el Ministerio debe proteger-, y manifiesta, respecto de la guarda solicitada, que en resguardo de los intereses de la niña N. G. C. correspondería disponer que el Co.P.N.A.F implemente las medidas de contención y protección, garantizando prioritariamente el superior interés de la niña y proceder a la entrega en guarda con fines de adopción al matrimonio o aspirante que oportunamente informe el R.U.A. de esta provincia de Entre Ríos, rechazando la guarda pre-adoptiva interesada.

Seguidamente contesta la vista el Ministerio Fiscal, agregado a fs. 33, dictaminando que si bien el R.U.A.E.R es la única vía en todo el ámbito provincial para tramitar una adopción legal y judicialmente controlada, que por tal motivo la guarda promovida no se ajusta al proceso legal establecido en razón que los peticionantes no se encuentran legitimados para solicitar la guarda de la niña N. por no encontrarse inscriptos en el Registro, entiende que a la hora de resolver se deberá también considerar, el interés superior del niño y de qué manera podría influir en la niña la separación de su familia acogedora con la cual convive hace más de un año y con la que sin lugar a dudas comparte sus hábitos de vida, de trabajo, sobre todo el afecto y cuidado. Por otra parte, la Fiscal Nadia P. Benedetti, entiende que los arts. 312 1º párrafo y 337 inc d) del C.C resultan inconstitucionales, ya que esas normas resultan discriminatorias atento que no permite la adopción conjunta en el caso de que los pretensos adoptantes no se encuentren casados, por lo cual constituye un privilegio a favor de quienes si lo están y pretenden también adoptar.

A fs. 37/46, en fecha 8 de mayo de 2015, en primer lugar se declara la inconstitucionalidad de las normas referidas, circunstancia que hoy no sería obstáculo para considerar la guarda adoptiva ante la clara disposición del art. 599 del CCyC. En segundo lugar, y lo cual resulta relevante al devenir del caso, se hace lugar a la medida cautelar solicitada suspendiéndose el trámite de envío de legajos de familias inscriptas en el RUAER, se analizó para ello el interés superior de la niña G., la consecuencias de continuar con el trámite de guarda conforme lo prevé el art. 22 de la ley 9985, modificando la situación de hecho en que se encuadra la niña y se dispuso mantener a la niña bajo el cuidado de la familia R.-D.. Pues allí se consideró los distintos niveles de análisis que implicaba desentrañar el interés superior de la niña que considerado, en el caso concreto, permitiera concluir que se daba la excepción -al requisito de inscripción- que trae el art. 4 de la ley 9985 de nuestra provincia (el art 3 y 5 de la CDN). Así, en relación a dichos niveles de ponderación, dije que si bien existía una verosimilitud o fuerte probabilidad sobre cuál es el mejor interés para la menor; no contaba en ese momento de consideración- con los elementos necesarios que me llevaran a razonar una resolución definitiva en cuanto a la excepción. Por ello dispuse en la misma resolución se elaboren los informes interdisciplinarios y evaluativos que requiere el asunto principal; y se escuche a la niña. En base a ello se fue avanzando sobre el análisis de aquél interés superior. Entonces a fs. 47/50 se elaboró un amplio informe interdisciplinario que comprenda todos los puntos requeridos en la resolución de fs. 37/40 -a los cuales remitimos, pues en dicha resolución fueron considerados e individualizados- y se escuchó a fs. 52 a la niña G. (allí la niña trata como padres a los peticionantes y según el informe interdisciplinario separarla resultaría traumático para la niña).

También a fs. 57 el Ministerio pupilar pese a su postura inicial dictaminó que en el caso no se puede soslayar que el vínculo de la niña con la pareja guardadora no deriva de un hecho ilegal, sino que tiene su causa en una medida excepcional de protección de derechos dispuesta por la autoridad competente -Copnaf-, con control judicial, que respondió a una necesidad urgente e imperiosa que fuera de dominio público a nivel provincial y que evitó la institucionalización de la niña mediante la implementación de la figura de la familia acogedora recurriendo a personas previamente evaluadas por el organismo técnico, y cuya extensión en el tiempo sin definición de la situación jurídica de la niña no le es atribuible a ella, ni a la familia acogedora.

Circunstancia que previamente consideré en la resolución -una de mis primeras como magistrado- de fecha 8 de mayo de 2015. Todo lo cual -informe técnico, audiencia con la niña y dictamen del Ministerio Pupilar- llevó a avanzar y tener por iniciado a fs. 58, en fecha 30 de septiembre de 2015, el proceso de guarda con fines de adopción. Auto del cual se dio vista a los Ministerios Públicos, quienes no se opusieron al inicio del trámite, remitiéndose el Ministerio Pupilar a su vista anterior y dictaminando el Ministerio Fiscal su pleno consentimiento para el trámite impreso a la presente causa y el otorgamiento de la guarda a los fines adoptivos de la menor G. N. C. a la pareja compuesta por M. C. R. y J.S. D..

A fs. 61 se dispuso entonces la admisión y producción de la prueba, ellas en base también a las consideraciones que se hicieran en el auto resolutorio de fs. 37/46, las cuales -sin perjuicio de su remisión- me permito citar. "Así, el otorgamiento de una guarda es un momento privilegiado de gran trascendencia socio-jurídica que requiere contar con toda la información pertinente y fidedigna que me permita formar convicción sobre su procedencia (CSJN, 16/9/2008, G., M. G., ob. cit, pág. 1179, considerando VII. del dictamen de la Procuradora General). Sin desatender la urgencia que la relevancia de la materia implica. Pues como se ha dicho se debe depurar en su justa medida los propósitos de poner un coto a la circulación informal de niños, a los oportunismos que ignoran las esperas de los demás y la prevención encarada con el mayor rigor profesional- donde se valoran interdisciplinariamente los requerimientos de la niña y las posibilidades reales de quienes aspiran a convertirse en su familia. Así, en el fallo citado la Procuradora General de la Nación ha dicho, una cosa es habilitar excepcionalmente a unos aspirantes, aún en defecto de la inscripción registral previa y, otra -bien distinta- es eximirlos de las evaluaciones técnicas específicas que deben llevar a cabo profesionales especializados en la temática, con el grupo familiar completo. No hacerlo, sería un privilegio indebido en desmedro de la igualdad de trato respecto de quienes se han sometido al trámite legal; pero principalmente un menoscabo al bienestar mismo de la niña.- Entonces, como dije: [en aquél resolutorio] no [contaba] con los elementos necesarios que me lleven a razonar una resolución definitiva a la excepción solicitada (hoy sí, pero nos encontramos con las disposiciones del nuevo CCyC). Dicho nivel de pronunciamiento [necesitaba] toda la información pertinente y fidedigna que permita formar convicción suficiente sobre su procedencia, teniendo en cuenta el interés superior de la niña -como en todos los niveles de pronunciamiento- pero evidente desde la consideración previa de: su propia opinión, los informes interdisciplinarios y la idoneidad de los aspirantes a guarda. Sumado, claro, a los elementos tenidos en cuenta en [aquel] nivel de pronunciamiento temprano, preventivo, cautelar o provisorio y los que le siguieron en la etapa probatoria (informes, testimoniales, periciales, entre otros).- " "En [aquel] nivel debo referir- no [contaba] con un informe interdisciplinario que [refiriera] -al menos en principio- sobre el perjuicio cierto que implicaría la separación de la niña de su lugar y referentes afectivos (consideración inicial en el análisis de su interés superior)." Aunque la respuesta [para hacer lugar a la medida cautelar] se impuso de inmediato; en atención al deber de prudencia, el deber de analizar sobre bases sólidas lo más conveniente para el niño y, que todo ello no podía hacerse sin conocer la

realidad de todas las personas involucradas. Lo cual, me llevó también a considerar que la excepción solicitada merecía un nivel más de análisis, por lo cual, amén de la escucha personal de la niña, dispuse la realización de un informe en el sentido referido. (En tal sentido [cité] ver CApel. Concordia, sala civil y com. II, 11/12/2013 ?P., J. J. s/ guarda con fines de adopción Expte. N° 1668, en LA LEY LITORAL. AÑO 18. N°3. ABRIL 2014. P. 320., allí se refiere a la valoración que hizo la juez de grado para aplicar la excepción- con apoyo en el informe del Licenciado en Psicología del ETI jurisdiccional en relación a los nuevos conflictos con consecuencias impredecibles- que le ocasionaría una modificación en su modo de vida).

Estos niveles de esclarecimiento referidos no puedo recorrerlos en solitario, sin caer en arbitrariedad, pues el control de mérito es un ejercicio de naturaleza interdisciplinaria que me reserva -claro- el examen global de esa producción técnica y la decisión final, art. 7 Ley 25854 (CSJN, 16/9/2008, ?G., M. G., ob. cit, pág. 1179/80, considerando VII. del dictamen de la Procuradora General), art. 7 y 8 de la Ley 9985 y, RESOLUCIÓN N° 11/2014 del R.U.A. – Defensoría General E.R.-

Que entonces, de la prueba producida, surge la aptitud de los señores R.-D. para afrontar el tipo de guarda solicitada, así surge de la documental agregada que la Sra. R. es empleada de la escuela especial "Elsa Ovando" desempeñando funciones como ordenanza y como capacitadora en taller de dulces y salsas -fs10/47/109- y el Sr D. es trabajador autónomo -fs. 11-, dedicándose a trabajos rurales agropecuarios en el campo de su padre, desde que terminó la secundaria trabaja allí -fs. 109; ambos están en unión convivencial desde el año 2009 aproximadamente -fs 3/47-, cuentan con una vivienda en buenas condiciones de habitabilidad y una habitación decorada especialmente para la niña - fs. 47vto-. Han manifestado que para ellos G. ya es su hija, que quieren todo el bien posible para ella, que sea feliz como lo mismo para sus otros hijos, que quieren que la niña sepa su origen, quien es M., y no desean cambiarle el apellido. También cuentan con certificado de buena conducta, lo mismo el hijo de la Sra. D. -fs.6/8-; y la niña G. goza de buena salud -fs- 9, 17, 52 y fs. 109-. No obran antecedentes de violencia denunciados respecto de los guardadores -fs. 89, 94 y 97-, asimismo ambos gozan de buena salud en general, conforme evaluación médica forense de la Dr. Diana Bercovich (fs. 102/103). Todos los testigos son contestes en apuntar que la pareja R.-D. dispensa buen trato a sus hijos y en especial a la niña. Así se calificó el trato respecto de los tres niños de "excelente", fs. 65, "hermoso", fs.66, que siempre andan bien atendidos, limpios y arregladitos, fs. 64; que se dedican a ellos, fs. 66, que la Sra D. "trabaja en una escuela con personas con discapacidad, tiene esa atención con las personas...al cuidado del otro, es muy madraza, es el concepto que tenemos de ella" –del testimonio de S. S., fs. 68-. Todo lo cual es conteste con la opinión de la niña, oída por el suscripto en audiencia personal -a fs. 110-; allí "G. entra a la sala con D. (1 año y 9 meses) y la Sra. R. y su esposo; consultada G. expresa que: va a jardín, que tiene dos años (lo que refiere con sus deditos), que su hermano se llama D., juega con él; se la ve con buena salud, se expresa ampliamente respecto de lo que quiere, me dice que sus papas son papi y mami." Finalmente, se informó que "...G. goza de la atención y cuidados necesarios para su pleno desarrollo personal, contando la familia con las cualidades esperables para el ejercicio las funciones parentales. Así mismo se observa que la niña se encuentra alojada afectivamente por quienes representan esa realidad familiar presente y que el amor que recibe de quienes la alojan, no se trata de un amor anunciado desde hacía tiempo para darle a un niño o a una niña que aspiraban adoptar, sino que se trata del amor genuino, que va surgiendo de la relación intersubjetiva, en respuesta a los requerimientos de la niña y a las posibilidades reales de quienes se vinculan tempranamente y cotidianamente con ella, poniendo en juego las acciones de protección pertinentes para preservar su integridad psicofísica....Ahora bien, considerando lo antes mencionado se evalúa que separar a

G. de sus principales referentes afectivos y sustraerla de la realidad familiar y amorosa presente le causarían efectos traumáticos inevitables, los cuales si bien no pueden predecirse en qué consistirán, ni el grado de daño que podrían ocasionar a la niña, se evitarían considerando el interés superior de la misma. Dicho interés puede "oirse" valorando la posición subjetiva saludable que refleja la niña respecto a la estructura familiar que la acoge y en relación a la cual se fue estructurando.... También puede verse, durante la observación del ambiente familiar, el vínculo afectivo que existe entre ella y sus hermanos; con el bebé de aproximadamente de un año, quien fue concebido viviendo G. en la casa, la niña se dirige espontáneamente en todo momento evidenciando la relación fraterna con él. En cada oportunidad que se hace referencia al niño, G. lo nombra con naturalidad como su hermano, llamándolo por su apodo, pudiendo apreciarse el vínculo amoroso entre los niños. Si el bebé llora, G. se dirige espontáneamente a él enternecida y pretendiendo calmarlo, poniendo juego gestos similares a los de su mamá para contenerla a ella. Por otra parte, al hermano mayor lo identifica, nombrándolo y señalándolo en distintas fotos que forman parte del ambiente, ubicándolo también junto a otras figuras familiares significativas. Otro elemento que refleja a la niña gozando de un ambiente confortable y de confianza, proporcionado por el cobijo de sus otros, lo significó el recurso instrumentado por la Sra R., de los dibujos pintados en distintas paredes de la vivienda. Tanto en el baño, como en la habitación pueden verse gráficos infantiles. Al respecto, cuenta la madre que además de decorar el cuarto de la niña fueron hechos en su momento con la intención de familiarizarla con el lugar de alojamiento. Relata, "en momentos que G., se despertaba llorando o lloraba desconsoladamente, asustada, yo le mostraba los dibujitos en la pared y le decía que los mirara, que se quedara tranquila, que estaba en casa... y funcionaba". Agrega que se le ocurrió esto pensando en lo que habrá sufrido G. cuando fue abandonada al costado de la ruta, haciendo referencia a un posible trauma, que ella se propone ayudarle a superar brindándole toda la confianza posible. A esta altura de la evaluación, cabe destacar, la pertinencia y efecto que han ido teniendo las respuestas empleadas por la Sra. R., ante las necesidades, demandas y distintas formas de angustia presentadas por la niña. El estado psicofísico presente en la niña, refleja la pericia y habilidad, de los pretendidos adoptantes para llevar adelante la tarea que vienen realizando en pos de garantizar la protección y cuidados requeridos, como así también un desarrollo saludable, evidenciable en la niña.

Conforme lo hasta aquí evaluado, este ETI concluye en, la presencia objetivable de un deseo decidido por parte de la familia, no anónimo, que nombra a la niña y que en tanto tal, contribuyó y posibilitó la estructuración subjetiva con las características saludables hasta aquí alcanzadas; por lo tanto privar a G. de los recuerdos, cualidades, habilidades y del afecto que hasta aquí ha gozado por parte de sus otros, le ocasionaría un efecto traumático considerable.

G., plenamente integrada, forma parte de la realidad familiar y amorosa presente que le ofrece un lugar simbólico, alojándola afectivamente; lugar en el cual se reconoce y siguiendo una trama vincular dialéctica, reconoce a cada uno de sus referentes familiares. Por tal obra, separar a la niña de dicha realidad familiar, significaría, al menos, el dolor irremediable por la separación, como así también la pérdida del lugar simbólico que le da consistencia a su ser, en términos del deseo de reconocimiento, estructurante del psiquismo infantil. G. es quien es, en relación a esta realidad familiar y amorosa presente y por tal razón modificar dicha situación familiar, separarla, sustraerla de sus otros, no podría menos que ocasionarle un trauma y el riesgo de una posible fijación a éste, con sus graves consecuencias. Por otra parte, un cambio irruptivo de dichas características le ocasionaría a G. el perjuicio cierto por la pérdida de sus referentes afectivos y el consecuente dolor (duelo) por el lugar que ella tiene garantizado en el afecto de quienes la han acogido. El duelo es un proceso que se atraviesa, acompañado inevitablemente de dos afectos, el dolor y la tristeza y

que pasa por diferentes momentos lógicos hasta llegar a la efectiva elaboración del mismo (en el mejor de los casos). La posibilidad o no de elaborar un duelo depende de la situación, circunstancias y disponibilidad de recursos subjetivos de quien lo atraviesa; si dicha elaboración no se alcanza las consecuencias emocionales serán inevitables, corriendo el riesgo de quedar a expensas de un duelo patológico, que lleva al sujeto a una posición melancolizada ante la pérdida." (del amplio informe técnico, fs. 47/50 y 105).

Que a fs. 115vto el Ministerio Pupilar concluye; considerando la situación de vida de G., los antecedentes y demás elementos de autos; que la permanencia de la niña en la familia R. D. se presenta como la alternativa que resguarda mejor el interés superior de la niña por cuanto ya se la haya plenamente integrada a la misma, refiere al origen de la guarda, nacida de una medida de protección excepcional, que el transcurso del tiempo en la medida no puede ser atribuida a la niña y que ello configura una situación de excepción a lo prescripto por la ley 9985 y art. 634 inc. h del código civil y comercial. Solicitó asimismo que se faculte a ambos guardadores a gestionar y percibir los beneficios de la seguridad social. En base a ello y las constancias de autos, a fs. 117, se otorgó como medida tutelar, a los Sres. J. S. C. D. y M. C. R., la GUARDA PROVISORIA de la niña Geraldine N. C., D.N.I. N° -----, ello ad-referendum de las resultas del presente trámite y a los fines de gestionar y percibir los beneficios previsionales que corresponda a la niña y se los facultó al efecto.

Que todo lo expuesto, me lleva a concluir que el mejor interés de la niña reside en su permanencia con la familia R.-D.. Ahora bien, el pedido de los accionantes tuvo en cuenta la excepción que regula el art. 4 de la ley 9985 de nuestra provincia, la cual continúa vigente. La particularidad del asunto, es que el actual código civil, conforme la disposición del art. 600 inc "b", art 611 2do y 3er párr., y 634 inc "h" no permiten considerar dicha excepción -mejor interés de la niña- para tener por salvado la manda -sin declarar su inconstitucionalidad- que dispone que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial, deben ser considerados a los fines de la adopción. Finalidad perseguida en el presente proceso. Por lo cual, conforme lo dispuesto por el art. 611 in fine, no puede siquiera comenzar a considerarse toda realidad de la niña anterior a agosto del 2015 salvo que lo sea en el sentido abstracto que concluye la norma.

Cuya solución en el presente caso, ante la clausura de la norma, no permite sino concluir de igual manera, en abstracto; dejando de lado las consecuencias que el impacto de dicha decisión tendría en la vida concreta de la niña. Amén de ello, si nos focalizamos en la excepción de la norma provincial, no podríamos concluir -en base al interés de la niña- que los Sres R.-D. están relevados del requisito de la inscripción; pues el nuevo código civil sanciona la sentencia que fuera otorgada a aspirantes que no reúnen dicho requisito, con la nulidad absoluta.

Entonces, ante la clara disposición que exige para ser adoptantes la inscripción en el registro bajo pena de nulidad absoluta (art 600 inc. b, art 634 inc. h), corresponde concluir la inconstitucionalidad de estas normas a los fines de proteger el interés de G. manifestado en audiencia con el suscripto y puesto en evidencia a través de todos los informes y demás prueba producida en autos.

Circunstancias estas, que ni siquiera podrían empezar a evaluarse sino se llega a la misma conclusión respecto de la disposición del art. 611 último párrafo. En atención a ello, he de contextualizar un reciente fallo que aplica al presente caso. Así, puede decirse que de "[u]na mera lectura de los hechos que dan sustento a este caso permite afirmar, sin mayores hesitaciones, que la aplicación literal de las normas descriptas [llevaría] al rechazo de la pretensión. Es decir..., la guarda judicial (el caso provisoria) y los hechos que construyeron el vínculo entre la actora y [la

niña] no pueden ser ponderados a los fines de la adopción, además la actora no cumple con los requisitos de inscripción en el Registro y por ende la adopción que se otorgase sería nula [lo mismo la guarda con dichos fines]. Una eventual respuesta afirmativa a la pretensión deducida entra en contradicción, como vimos, al menos con el artículo 611 y con el inciso b) del artículo 600 en relación con el inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial...La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción [o de guarda con dichos fines] es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también 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. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho contruidos por los propios niños son la voz cantante del derecho....¿Qué hacemos con ese puente filiatorio construido durante largos lapsos entre un niño y quien él considera su madre?... ¿Le respondemos que no es hijo porque esos hechos que son precisamente su vida no pueden ser considerados por el juez?...¿Cómo se compadece ignorar una situación de hecho desarrollada en el curso de diez años [tres años en nuestro caso] en la que claramente una niña se ha referenciado con una mujer como su madre [y un hombre como su padre, en nuestro caso]? ¿Cómo ignorarla cuando para esta niña esa mujer es su madre [padre] en sus relaciones sociales, en [el jardín], en el barrio, en el almacén de la esquina, en su ámbito familiar...? ¿Quién de todos nosotros le dice a esta niña ?no sos hija porque una norma le prohíbe al juez tener en cuenta tu historia? cuando, por otra parte, no ha existido ningún elemento de ilicitud en el origen de esos hechos?...En situaciones como la descripta no alcanzo a dimensionar cómo una interpretación de la norma apegada a su literalidad pueda compadecerse con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia (a una otra familia) cuando su aplicación arroja un resultado marcadamente contradictorio con su identidad construida y con la familia que en los hechos lo ha cobijado como hija. Es decir, la prohibición, tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje sobre el que se ha montado la identidad de esta niña en particular y por ende se muestra contraria al artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. A mi juicio la inflexibilidad e inelasticidad de la prohibición no habilita una interpretación integradora. La norma del Código establece un mandato claro y nítido al juez que no admite la aplicación de una norma superior que la integre sin contradecirla. En las concretas circunstancias del presente caso la norma resulta contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Constitución Nacional en tanto y en cuanto tal convención tiene jerarquía constitucional (inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional), dado que vulnera el principio de superior interés del niño y los derechos más arriba descriptos....Una situación similar se plantea respecto del requisito de inscripción y la sanción de nulidad....El requisito de inscripción ha sido revestido de un carácter netamente impediendo del otorgamiento de una sentencia válida en función de la sanción de nulidad absoluta prevista para su incumplimiento. Desde dicha perspectiva, no viabiliza demasiadas alternativas de integración normativa y se muestra remiso a cualquier diálogo con otras normas. La génesis de la filiación adoptiva está en la sentencia que la ordena y no es dable pensar que se la suscriba sabiendo que eventualmente podrá argüirse contra la misma su nulidad absoluta en función de una interpretación diversa a la integración normativa posible.("L., A. SOBRE GUARDA PREADOPTIVA, Expediente N° xxxx/06 y su conexo L., A. E. SOBRE ADOPCIÓN, Expediente N° xxx4/07. 7 de setiembre de 2016. Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario). Que lo mismo debemos concluir respecto de la presente instancia de mérito, parte del proceso de adopción. Pues, la sentencia de guarda con fines de adopción no es una resolución definitiva del asunto de

vida que regula la norma civil. Pues la finalidad, es el emplazamiento familiar filial a favor de quien no lo tiene por las circunstancias de vida que se trate.

Que volviendo sobre la inconstitucionalidad referida, y la posibilidad de una interpretación que excuse dicha declaración, debemos referir que la instancia de mérito que se evalúa tiene como objeto la guarda con fines de adopción, no la adopción propiamente dicha. Lo que no cambia la cuestión, pues a su momento, la sentencia que define el asunto de vida deberá expedirse al respecto. Agrego a ello el deber de dictar resoluciones efectivas, de avanzar sobre pasos firmes, que contemplen la efectividad de los principios procesales del fuero familiar. Conforme lo establecido en el art. 706 inc. "a" sobre principios generales del proceso de familia, las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia; que ello expone en general la aplicación del principio de tutela judicial efectiva. Que dicho acceso a la justicia implica –en su medida- la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos para la práctica de determinados actos; comprende además proveimientos adecuados, es decir, que abracen el principio de economía procesal y sus derivados de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad; exigiendo obtener el mayor rendimiento de la actuación judicial en el lapso más breve posible (conf. interpretación en doctrina de Mabel De Los Santos, Procesos de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial -infojus.gob.ar-).

La resolución de guarda que analizamos tiene como objeto la adopción, por lo cual si no consideramos la constitucionalidad de las normas referidas, podría ser atacada de nulidad. Lo que no la haría efectiva. El momento oportuno para atacar el vicio de nulidad que arrastra el proceso de adopción es este. No se trataría únicamente de diferir la cuestión de la inconstitucionalidad -"evitándola"- para otra oportunidad, sino de dictar una resolución que sea efectiva, que señale el vicio que arrastra y lo purgue. Es que la situación de vida de la niña transita por estos momentos por la finalidad del estado de brindarle una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, que no han podido ser brindados por su familia de origen; todo conforme su interés superior. Es decir, transita por las normativas del título VI referidas a la Adopción, fuente de su filiación, destinada a garantizar aquellos cuidados. Por lo demás, esta consideración resulta pertinente para los arts. 600 inc "b" y 634 inc "h" del CCyC; pues del art. 611 in fine, no hay dudas de que deba considerarse su constitucionalidad en esta instancia para el cierre de mérito. Es que los hechos considerados son a los fines de otorgar una guarda con fines de adopción, dichos hechos no se pueden escindir de los que oportunamente se consideren a los fines de la adopción. Por lo demás, el art. 611 del CCyC se encuentra en el capítulo 3 referido a la Guarda con fines de adopción.

Entonces, no hacer lugar a la guarda solicitada implicaría apartar a la niña de quien ella considera sus padres, desoyendo su voz y afectando su interés al provocarle -con una decisión en tal sentido- un trauma, afrontando además el riesgo de su fijación. "G. es quien es, en relación a esta realidad familiar y amorosa presente y por tal razón modificar dicha situación familiar, separarla, sustraerla de sus Otros, no podría menos que ocasionarle un trauma y el riesgo de una posible fijación a éste, con sus graves consecuencias."(del inf. interdisciplinario). No dar curso a la presente guarda con fines de adopción fundado en la falta de inscripción (arts. 600 inc "b" y 634 inc "h" del CCyC) y en la prohibición de considerar el "tipo de guarda" que vinculó a la niña con los guardadores (611 in fine del CCyC), en el presente caso, resulta contradictorio con el interés concreto de G. aquí analizados, cuya consideración debe ser primordial (primer apartado del art. 3 CDN); asimismo resultaría contradictorio con el deber asegurar al niño su protección y cuidado necesario para su bienestar (segundo apartado art. 3 CDN). También afectaría su identidad construida; en

contradicción con el primer apartado del artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que refiere que los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad,...". Por lo demás, también resulta contradictorio a su artículo 21 que reza que el interés superior del niño es una consideración primordial (receptado también como principio por el artículo 595 inciso a) del Código Civil y Comercial). "Resalto que ese principio debe ser aplicado cómo la consideración primordial yendo más allá de la calificación de una consideración primordial como lo ordena el artículo 3° apartado 1° de la Convención (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, 2005, Realización de los derechos del niño en la primera infancia párr. 36 b, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>), y resaltado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 16/09/2009, Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni, Defensora Pública de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G., Fallos 331:2047). Cabe también recordar que el principio debe ser aplicado estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, 2003, ?Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc /UNDOC/GEN/G03/455/17 /PDF/G0345517.pdf> OpenElement, citado por nuestra Corte nacional en fallo anteriormente referido)." ("L., A. SOBRE GUARDA PREADOPTIVA, ob. cit.). Cabe agregar que se encuentra cumplido con el objetivo propuesto en el plazo de guarda el cual es la selección de los guardadores. Que además han transcurrido más de seis meses desde el inicio de la guarda y cinco meses de la guarda provisoria solicitada a los fines previsionales.

Por todo lo dicho hasta aquí, actualizada jurisprudencia regional y de la Corte Suprema de nuestro país (CSJN, 16/9/2008, ?G., M. G.?.; CApel. Concordia, sala civil y com. II, 11/12/2013 ?P., J. J. s/ guarda con fines de adopción Expte. N° 1668) ha estimado en casos similares que: Los jueces han de indagar en cada situación, construyendo el relato en base a sus antecedentes particulares, con especial referencia al origen de la relación custodio-niño/a. En el caso dicho origen, conforme los hechos referidos, la entrega es a una familia acogedora que entendía las particularidades del instituto, pues la Sra. D. era cuidadora, además lo era de la niña G. Que fue tarea difícil encontrar una familia que entendiera las reglas relativas al instituto primario de acogimiento familiar alternativo.

Asimismo, no puedo dejar de referirme a la regla general que impone el deber de obrar con mayor cuidado a quien por su arte, profesión, oficio u ocupación, conoce de manera sobresaliente lo que rodea la obligación. Sin embargo en este aspecto los convivientes manifestaron su compromiso y entendimiento en relación a lo que implicaba el instituto de acogimiento en reiteradas oportunidades extendidas en el tiempo, incluso con informe favorable a ello (fs.132 in fine) también fue desde el organismo que se advirtió de los vínculos generados por la niña (fs.133 in fine); informe de Mayo de 2014.- Por lo que no puedo ver un comportamiento contrario al principio de buena fe establecido en el punto siguiente: · No se debe observar ningún manejo espurio de la situación por parte del o los peticionantes o en fraude a la ley; demostrando con ello el cumplimiento del principio de la buena fe desde el inicio. (art. 9 del C.C.y C. Ley 26.994).- · Se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido con la familia de acogimiento y la edad de la niña. La niña se encuentra desde los 11 meses de edad con la familia R.-D., es nacida el 12/8/2012, tiene ahora 4 años y dos meses. Ello, desde el punto de vista de la menor, llama al sentido común a concluir que la niña a desarrollado lazos afectivos con quienes conviven con ella y dan atención. Esto nos lleva entonces al punto siguiente: Todo cambio implica en su medida- un trauma para el niño/a por lo que debe demostrarse

que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor. Lo cual no resulta en el presente caso, conforme el informe técnico considerado más arriba. Esta es una regla de hermenéutica que debe regir la solución del caso (del voto de la Dra. Carmen M. Argibay en CSJN, 16/9/2008, G., M. G., ob. cit, pág. 1186). Incumbe también tener en cuenta el centro de vida de la menor. El cual, es el mismo que su familia de origen y acogedora; ciudad y zona de Villaguay (fs. 1/18 de ?C., N. G. s/ medida de protección de derechos expte. N°830). Se debe merituar la buena y prominente realidad familiar y amorosa presente que rodea al niño/a; esto es: a. si la familia en pleno atiende y cuida a G. de manera amorosa y comprometida; b. si los aspirantes a la guarda mantienen una relación de afecto y cuidado respecto de sus hijos y los de su pareja; si estos hijos les responden de la misma forma; c. si ellos poseen el amor, la pericia y la habilidad para llevar adelante con éxito la tarea; d. si la niña goza de un ambiente confortable y de confianza.; e. si la niña dirige el amor de una hija a su madre/padre, si estos son sus primeros referentes e intermediarios de sus necesidades; e. si la niña toma a los hijos de la familia como hermanos; entre otras. Todo esto fue valorado en sentido afirmativo por el equipo de profesionales, y el suscrito, en esta etapa de guarda con fines de adopción. Finalmente los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles. Amén de lo dicho por el equipo técnico; nuestro artículo 3 del CCyC refiere que las resoluciones de los jueces deben ser razonablemente fundadas. Y una forma de medir dicha razonabilidad es atender a las consecuencias que dicha resolución tendrá en la vida concreta de la niña Geraldine. [Regla fundamental de interpretación es la de no prescindir de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (CSJN, Fallos: 307:1018, causa "Sigra SRL", 25-9-97, consid.6°, D. J. 1998-2-815)].

Conciérne concluir en esta instancia de decisión, que la guarda con fines de adopción solicitada es adecuada para la protección del interés superior de Ge. pues le evitaría un trauma y el riesgo de su posible fijación, con sus graves consecuencias.

Por todo ello;

RESUELVO:

I. DECLARAR la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, por resultar contrario al primer apartado del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con su apartado segundo primera parte y con el primer apartado del art. 8 y el primero del art. 21 de igual cuerpo normativo internacional; y en razón de lo dispuesto por el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.- Todo conforme las consideraciones expuestas.-

II. OTORGAR la guarda con fines de adopción de la niña G. N. C., DNI N°-----, a los Sres. M. C. R. DNI----- y J. S. D., DNI N° --- y tener por cumplimentado el período de vigencia de la misma. Exceptuar el requisito de inscripción establecido en el art. 4 de la Ley 9985, en base a los fundamentos expresados en atención al interés superior de los niños. (Ley 9985 art. 4 último párrafo, art. 3 y 5 de la CDN).

III. Librar oficio al Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción de Entre Ríos a los fines de comunicarle la presente sentencia y que la guarda ejercida por los Sres. M. C. R. DNI -- --- y J. S. D., DNI N° ----- y los hechos que dieran lugar a la misma, son anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.-

IV. Notifíquese, a ambos MINISTERIOS PÚBLICOS, al COPNAF y las PARTES, personalmente o por cédula. Art 132 inc.13 CPCC.

Dr. Carlos Andrés Pellichero

Juez a/c de Familia y Penal de Menores

Dr. CARLOS OSCAR CARABALLO

-Secretario Interino-