



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-

.2C1104.1339387.

GXP 14266/11

N° 6

Goya, Ctes., 20 de septiembre de 2017.

Y VISTOS: Esta causa caratulada: "**S.R.M. Y A.A. S/ GUARDA PREADOPTIVA**", Expte. N° GXP 14266/11;

Y CONSIDERANDO: a) Que vienen los autos a conocimiento del Tribunal en función del recurso de apelación interpuesto a fs. 77/80, por el Dr. Nelson Adrián Olivera, en representación de los actores: R.M.S. y A.A., contra la Sentencia N° 192 del 27/04/2017 (fs.72/76).

Previa vista a la Asesora de Menores dispuesta por auto N°7552 (fs. 81), cumplida a fs. 82, por providencia N°7720 de fs. 83, se concede la apelación, en relación y con efecto suspensivo, elevándose las actuaciones. Recibidas, por auto N° 555 de fs. 85 así se las tiene, ordenándose integrar el tribunal, llamar autos para resolver y practicar el acta de sorteo a efectos de establecer el orden para emitir voto (fs. 85).

Posteriormente, por Resolución N° 639 de fs. 87, se dictó una medida para mejor proveer, suspendiéndose en consecuencia el llamamiento de autos. Cumplida aquélla (fs. 88/90), fue reanudado por auto N° 660 de fs. 91, firme y consentido.

b) La sentencia impugnada.

El fallo N° 192, en lo que aquí interesa, decidió **RECHAZAR** la GUARDA CON FINES de ADOPCION promovida por los Sres. R.M.S. , MI N° xxx y A.A. , MI N° xx respecto de la niña R.B.B., cuya permanencia ordenó continúe bajo el cuidado de aquéllos, en el domicilio donde actualmente residen. Asimismo, dio intervención a la Secretaria de Familia, Niñez y Adolescencia del Juzgado de Familia con competencia en Menores, a fin de recepcionar de conformidad al ordenamiento jurídico vigente, lo comunicado en relación a la menor de autos por el COPNAF y así continuar el trámite legal que regularice su situación

jurídica. También, reiteró lo ordenado por auto N° 5291 de fs. 60: intervención del COPNAF a los fines del art. 617 CCyC.

c) Los antecedentes:

El matrimonio compuesto por R.M.S., DNI.N° xxx, y A.A., DNI.N° xxx, concurrió por sus propios derechos ante el Juzgado de Familia y Menores de esta ciudad, promoviendo la Guarda con fines de Adopción de la niña R.B.B., DNI.N° xxx, nacida el xx/xx/xx, hija de R.I.B. DN.I.N° xx.

Relataron al hacerlo, que la niña se encontraba en condiciones de vulnerabilidad, habiéndoles su madre biológica manifestado su intención de entregársela para que sean ellos quienes ejerzan su cuidado. Ingresada la petición, la entonces titular del Tribunal requirió a la Asesoría de Menores la remisión del Legajo de inscripción de aquéllos en el Registro de Aspirantes con fines de Adopción, lo que fue cumplido conforme constancias de fs. 9/35, y escrito de fs. 36.

A instancias de los presentantes, se dispuso citar a la progenitora de la niña, quien concurrió a la Audiencia celebrada a fs. 43, el día 15 de marzo de 2012, asistida por el Defensor de Pobres y Ausentes de esta circunscripción, y expresó: *“Presto mi conformidad que mi hija R.B.B., DNI N° xx, esté bajo el cuidado y la guarda del matrimonio del Sr. R.M.S. y A.V.V.. Entiendo el acto que se está realizando en esta causa y también las consecuencias y efectos. Actualmente me hallo embarazada de 8 meses de gestación, nunca me hice control de este embarazo. Que es mi voluntad entregar en guarda y que luego mi hija sea adoptada por este matrimonio debido a que yo no la puedo sostener económicamente. Sé que con este matrimonio mi hija puede llegar a estar bien, en mejores condiciones de vida. Conozco a este matrimonio porque son conocidos de mi vecina I.S., hermano del Sr. R.M.S. (...).”*

Llamada a dictaminar al respecto, la Asesora de Menores, previo considerar no haberse constatado si los actores se hallaban inscriptos en el Registro de Aspirantes a Adopción, estimó que en atención al interés superior de la menor podía otorgárseles su Guarda Provisoria, debiendo tomar posesión del cargo con las formalidades de ley, y proveerse el seguimiento de la misma



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-
mediante la realización de los informes Psicológicos y socioambientales de adaptabilidad (fs. 46).

Fue así que por Resolución N° 89 del 16/05/2012, la Jueza de Familia otorgó la GUARDA PROVISORIA de R.B.B., (D.N.I. N° xx), nacida el xx de xx de xx, en esta ciudad de Goya Ctes., inscripto bajo el Acta N° xxT° xx F° xx vta. Año xx, hija de R.I.B., MI N° xxx, al matrimonio compuesto por R.M.S., MI N° xxx y A.A., MI N° xx, domiciliados en calle xx Barrio xxx, provincia de xx (fs. 48/49).

Transcurridos más de dos años, el 12/11/2014 vuelven a presentarse los actores acompañando informes psicológicos, socioambiental de adaptabilidad y del Jardín Maternal donde concurriera la niña (fs. 50/54). Indicaron encontrarse efectivamente inscriptos en el Registro de Adoptantes, y solicitaron el dictado de la correspondiente resolución de guarda pre adoptiva (fs. 55).

Pasado año y medio sin activación alguna de la causa, el 08/04/2016, piden pronta resolución (fs. 57). Ello genera el dictamen de la Asesora de Menores indicando en forma genérica que debían arbitrarse las medidas necesarias para que en el menor tiempo posible se regularizara la situación de la niña, de conformidad con el principio de oficiosidad del art. 709 CCyC, cuya vigencia ya era un hecho a esa fecha. Recordó asimismo, la plena operatividad del art. 607.

La Jueza de Familia, dispuso entonces, en función del art. 617 CCyC, dar intervención al Consejo Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia (COPNAF). Notificado el mismo, informó carecer de recursos materiales necesarios para realizar el seguimiento y vinculación en razón del domicilio de los actores y la niña (pcia. de Buenos Aires), por lo que estimó debía solicitarse dichas diligencias al órgano competente de dicho lugar (fs. 61).

Otorgada una nueva vista, el Ministerio Público aconseja citarse a la niña a una audiencia informativa con intervención de la Psicóloga Forense, lo que se ordena por auto N° 11330 de fs. 66, y es materializada el día 3/10/16. En la oportunidad, R.B. expresó: "Me dicen A.. Vivo con mi mamá A y mi papá RS., vivimos los tres solos, en Buenos Ares. Me voy al colegio en 1er. Grado me

gusta la Escuela, tengo muchos amigos. Me llevo bien con mis padres, me tratan bien, los quiero mucho a ellos. Me levanto y juego con muñecas. Mi mamá trabaja temprano y a la mañana me quedo con papá. Yo me despierto sola.... Mi papá me prepara la comida, porque después de comer voy a la Escuela. Mi mamá o mi papá me buscan del colegio, y ahí me quedo con mi mamá y mi papá, cenamos juntos. Estoy cómoda con todo lo que hago todos los días..." (ver Aud. Reservada en sobre cerrado). Ante una nueva vista, la Asesora de Menores opina se dicte sentencia que regularice la situación de la menor, considerando además, que la convivencia con el matrimonio de los actores le resulta favorable y beneficiosa, no existiendo familiar u otro referente afectivo.

En ese contexto se dicta la sentencia impugnada denegando la guarda preadoptiva solicitada.

Tuvo en cuenta la a quo al hacerlo, la entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya aplicación se imponía a las relaciones y situaciones existentes, en cuanto no tengan sentencia definitiva y a las consecuencias que no hayan operado todavía, hipótesis que asimiló al caso, al que subsumió en el art. 611: ***“Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”***.

Valoró asimismo, que las reglas generales para cualquier tipo de causa fuente que origine un proceso judicial del que pueda resultar la adopción de un niño debían ser cumplidas bajo pena de nulidad absoluta como lo indica el art.



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-

634, inc g. CCyC.

Y si bien estimó el vínculo de cariño y afecto existente entre el matrimonio S-A y la niña, evaluó no estar dados los presupuestos para el despacho favorable de lo peticionado.

Destacó su función de resguardar al sujeto más débil, priorizando su interés superior, e indagando sobre las razones que motivaran la privación de su derecho a la convivencia familiar en su grupo de origen, garantizando tanto al niño o niña como a su futura familia adoptiva un vínculo jurídico seguro, que tendrá la extensión que la situación demande, conociendo si la progenitora o ambos padres cuentan con otros hijos, su opinión sobre el futuro vínculo entre los hermanos; verificando que no existan miembros de la familia ampliada sin ser entrevistados, entre otros datos ineludibles y relacionados con el respeto a la identidad del niño.

Censuró la conducta de los pretensos adoptantes y la progenitora cuyas consecuencias padecería la niña; los primeros dejando transcurrir tanto tiempo sin regularizar su situación y la segunda entregándola durante la vigencia de una legislación que lo permitía.

Y al rechazar la demanda de Guarda Preadoptiva, supeditó su continuidad a la realización por el Estado de las medidas reglamentadas, en el menor lapso posible, y en cuyo cumplimiento se haga prevalecer especialmente el superior interés del niño.

Arribada la causa a esta instancia, y ante el incumplimiento detectado desde el origen y mantenido durante todo el proceso, respecto del Oficio a la Dirección de Informática del Poder Judicial de Corrientes, para que informe el estado de Inscripción de los recurrentes ante el Registro Único de Aspirantes a Adopción (RUA Ctes.), dispusimos como medida para mejor proveer se efectúe la diligencia omitida (res. N° 639, fs. 87), la que materializada, expuso haberse inscripto el matrimonio actor el 13 de abril de 2011, habiéndoseles asignado el N° 5911. Se informó también, que no ratificaron ni actualizaron dicha inscripción por lo que actualmente NO SE HALLABAN inscriptos en esa Dirección (fs. 90).

d) Los agravios.

Se circunscriben puntualmente a la inaplicabilidad del art. 611 CCyC, en razón de no haberse configurado en autos la situación en ella contemplada y que se vincula con la cosificación del hijo. Refirieron los recurrentes, haber la a quo, soslayado el vínculo consolidado entre ellos y la niña a lo largo de los años, reconociéndose como familia y haber sido elegidos por la madre biológica para el cuidado y crianza de R.B.. Debió haber valorado que no hubo contractualismo ni contraprestación alguna en la decisión de entrega sino una auténtica elección libre y voluntaria basada en la confianza generada por el conocimiento tanto de ellos como de su familia (hermana de S.).

Indicaron que al habérseles denegado la guarda pre adoptiva y al mismo tiempo ordenar la permanencia de la niña con ellos, no se hizo más que extender en el tiempo una situación irregular, conculcándose así no sólo sus derechos como pretensos adoptantes sino, fundamentalmente, el interés superior de la menor amparado por normas constitucionales y convencionales.

e) A efectos de despejar el ámbito fáctico y jurídico llamado a revisar, señalaremos que llegan firmes a esta Alzada los siguientes extremos: **A.** La pretensión principal, desde su comienzo, fue propuesta y dirigida a lograr la adopción de Rosa Belén; **B.** La acción se planteó antes de la entrega de la niña a los actores, al punto que recién luego de sustanciadas las diligencias formales correspondientes (agregación de legajo, citación a la madre biológica, etc.), se dictó la Resolución N° 89 de Guarda provisoria, procediéndose a la reunión del matrimonio con la niña; **C.** Los actores y la madre biológica (con asistencia letrada), expresaron voluntaria y libremente ante el tribunal de familia, su deseo, intención y consentimiento para el perfeccionamiento de la adopción de la nena, de quien nunca se conoció filiación paterna; **D.** Rosa Belén ingresó al grupo familiar de los actores en mayo de 2012, cuando tenía poco más de tres años, contando a la fecha con casi ocho (los cumpliría el próximo 08/10), por lo que hacen cinco que convive con ellos; **E.** La niña fue escuchada por el Tribunal, con asistencia psicológica, ante quien expresó reconocerse como hija de los actores; **F.** Existen informes socioambientales,



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.- psicológicos y escolares de la niña y los actores que dan cabal cuenta del estrecho vínculo filial existente entre ellos; **G.** La Asesora de Menores intervino dictaminando ante cada petición de los recurrentes y agregación de elementos probatorios, siempre a favor de regularizar la situación de la niña en relación a perfeccionar el vínculo generado entre las partes; **H.** El proceso se inició y transcurrió en su primera etapa durante la vigencia del derogado Código Civil que permitía la entrega directa del adoptado a los pretensos adoptantes, pero que también imponía la necesidad de estar inscriptos y mantenerse en ese estado, ante el RUACtes., como recaudo de admisibilidad de la pretensión de adopción; **I.** Sin estar concluido el proceso sobrevino la unificación del Código de fondo, cuya principal e integral reforma recayó sobre el derecho de familia, incorporando normas específicas al régimen de adopción, entre ellas: la prohibición de la entrega directa, el requisito de inscripción ante el RUA como imprescindible para constituirse como pretensos adoptantes, y la sanción de nulidad absoluta para las adopciones proveídas respecto de personas no inscriptas; el acortamiento y perentoriedad de los plazos de las actuaciones, el principio de oficiosidad para el tribunal de familia, entre otras. **J.** Quedó comprobado en autos que los actores si bien inicialmente se inscribieron ante el RUA, no ratificaron ni actualizaron dicha inscripción por lo que actualmente carecen de la condición de inscriptos.

También emerge incuestionable en autos que desde su arranque: el 18/11/2011, la causa hubo de registrar un impulso intermitente sobre todo luego del dictado del Interlocutorio de otorgamiento de Guarda provisoria (05/2012), imputable no sólo a la negligencia de los actores y su letrado sino del propio sistema judicial y el Ministerio pupilar.

Aún así, es claro que la revisión que nos convoca, en la misma línea de la sentencia impugnada, exige un análisis y decisión iluminados por el orden normativo vigente (art. 7 CCyC), pero sin perder de vista que aún cuando normalmente se estima que la ley posterior es mejor que la anterior, más protectora de derechos individuales, es factible la aplicación ultractiva de la ley de familia derogada cuando es más favorable al interés superior del niño.” (Cfr.:

Aída Kememlmajer de Carlucci, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2015, p. 83).

Claro que en el caso –ya se verá- dicha posibilidad no alcanza cuando el proceso ni siquiera hubo de arribar a la etapa del sentencia de otorgamiento de guarda preadoptiva.

Ello, lógicamente, nos enfrenta al no siempre llano desafío de encontrar una solución que compatibilicen las eclosiones derivadas de la aplicación de las normas hoy derogadas y que dieran respaldo a los hechos, actos y decisiones registrados en autos, y que, así como nacieron y produjeron sus efectos, aparecen conculcatorios del régimen de fondo vigente y motivaron la sentencia impugnada.

Nos explicamos.

f) Recordaremos antes, que la adopción en el Código Civil y Comercial, ha sido definida como *“una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”* (art. 594).

Esta definición fue pensada y construida no desde el lugar de los adultos sino desde la perspectiva del niño o niña cuya familia de origen no puede brindarle una debida ni suficiente contención.

Dicho andamiaje jurídico -y siempre observado desde la perspectiva genérica puntualizada-, se edificó sobre los cimientos de la ley de protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia (ley nacional 26.061). Obsérvese que la articulación de un único proceso de adopción dividido en tres etapas (declaración de situación de adoptabilidad, arts. 607 a 610, guarda con fines de adopción, arts. 611 a 614, y juicio de adopción, arts. 615 a 618) presupone la participación previa o simultánea del organismo administrativo que aplica la referida ley de protección integral (en nuestra provincia el COPNAF) y de la intervención del Registro Único de Aspirantes a Adopción



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-
(RUACtes.) a los fines de la selección de la familia adoptante.

En ese marco quedaron comprendidas las causales de declaración de situación de adoptabilidad que prevé el artículo 607, a las que debe sumarse la equivalencia otorgada a la sentencia de privación de la responsabilidad parental que establece el art. 610, y que tienen como común denominador una situación actual o potencial de grave vulneración de los derechos fundamentales de niñas y niños.

Así, mientras que en el caso del inciso a) del artículo 607 (*"un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada"*) se observa la vulneración actual del derecho a la identidad, del derecho a ser criado en el seno de una familia, etc.; y en el tercero la vulneración grave de derechos fue ya constatada por el organismo administrativo al adoptarse una medida excepcional (art. 607 inciso c); en la hipótesis del inc. b) se parte de un acto jurídico voluntario de ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores quienes deciden habilitar la adopción de su hijo o hija a la familia que sea seleccionada por el registro de adoptantes, decisión que en sí misma requiere las ponderaciones que su trascendencia impone (*"los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento"*).

De allí que, para habilitar el inicio del proceso de adopción debamos preguntarnos:

1.- Estamos frente a un niño o niña cuya familia de origen no puede proporcionarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales?

2.- Su situación se subsume en alguno de los supuestos de declaración de situación de adoptabilidad?

3.- Desde la perspectiva del superior interés del niño ¿es conveniente generar el vínculo filial adoptivo?

Superada esta tarea mediante respuestas afirmativas se presenta una nueva problemática: la selección de la familia adoptiva.

g) Y no es esta última una cuestión menor pues desde siempre la problemática de la selección de quién es la persona, el matrimonio o la unión convivencial que habrá de conformar la familia adoptiva de un niño o niña en situación de adoptabilidad fue ciertamente compleja.

En el sistema normativo actual existen algunas pautas a tener especialmente en cuenta, entre las que se destacan la **prohibición de la guarda directa** y la **intervención excluyente del RUA.Ctes.**

Desde el punto de vista de la gestión administrativa y judicial la complejidad se redobra a partir de la adecuada evaluación del postulante y una ulterior ponderación de esa especulación apriorística respecto de la asignación de un niño o niña con ese grupo familiar propuesto.

No cabe duda alguna que el Código privilegia como método de selección al que prevé la participación del registro de adoptantes. Ello puede inferirse no sólo del artículo 613 -que es específico en esta área- sino de la lectura del inciso b) del artículo 600 que eleva a la inscripción en el registro a la categoría de requisito para ser adoptante, del inciso h) del artículo 634 por el que se establece la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción en el registro de adoptantes, como así también del inciso c) del artículo 609 que pauta disponer en la sentencia de declaración de situación de adoptabilidad la remisión del o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

El artículo 613 ordena al juez seleccionar a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. El segundo párrafo le indica pautas para la selección poniendo el foco en *“asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente”*. Así, debe tomar en cuenta las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-
cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

Sin embargo, el propio Código prevé situaciones de excepción. Una de ellas es la adopción por integración. Otra es la guarda directa con fines adoptivos otorgada por los progenitores a personas con vínculo de parentesco (art. 611).

Y es justamente el artículo 611 el que establece una prohibición vinculada con la guarda directa y una limitación en la ponderación de los hechos a los fines del otorgamiento de una adopción, pues no sólo veda la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, sino incluso la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño, habilitando al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador (salvo hipótesis de parentesco). Impide además, al juez considerar a los fines de la adopción la guarda de hecho, las guardas judiciales o las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental.

Vale memorar que en el sistema de guarda directa con fines adoptivos vigente con anterioridad al 1° de agosto de 2015, quienes en primer término seleccionaban a la familia adoptiva eran los propios progenitores. Claro está que esta aseveración observaba algunas particularidades en los hechos anteriores a su formalización con especial atención a la verdadera conformación de la voluntad de los padres.

La intervención del registro de adoptantes y de la autoridad administrativa de aplicación de la ley de niñez (COPNAF) se convirtió con el nuevo Código en una modalidad de selección inicial claramente superadora respecto de la guarda directa, ya que por un lado preserva integralmente los derechos de niñas y niños, y por el otro aporta transparencia alejando y obstaculizando todo tipo de negociaciones espurias entre progenitores y guardadores; todo con el objeto de evitar vulneraciones a los derechos de aquéllos.

Otro aspecto que contiene la norma es la prohibición al juez de considerar, a los fines de la adopción, la existencia de guardas de hecho, guardas judiciales o delegaciones del ejercicio de la responsabilidad parental. Esta limitación del artículo nos permite afirmar que la norma prohíbe las guardas por entrega directa con fines adoptivos, pero no las guardas de hecho y las guardas judiciales (art. 657 CCyC). Respecto de las delegaciones de ejercicio son las previstas en los artículos 643 y 674 del Código Civil y Comercial.

Como ya adelantara el inciso b) del artículo 600 prevé como requisito para ser adoptante el estar inscripto en el registro respectivo. Si se tiene en cuenta que el inciso h) del artículo 634 establece la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes, es claro que dicho requisito ostenta el carácter de sustancial (salvo el caso de la adopción por integración).

Una sanción de tamaña envergadura nos obliga a preguntarnos sobre aquellos casos de la realidad cotidiana que no se subsumen en ninguna de las excepciones legales, tanto sean positivas o por interpretación.

Circunscripto así el marco normativo, y enfrentado el mismo al caso llamado a revisión, podría afirmarse casi sin duda alguna que la sentencia apelada no hizo más que aplicar correctamente la legislación vigente.

Es que no sólo –como lo anunciamos- al momento de su dictado estaba (y sigue estando) prohibida hoy la entrega directa del niño/a, por sus padres a los pretensos adoptantes sino además, para revestir esta última condición era (y es) imprescindible la inscripción y actualización anual de la misma ante el RUA, y su posterior selección por el juez interviniente, pues de lo contrario la adopción sería pasible de nulidad absoluta (art. 634 inc. h).

Mas, y en los términos en que se desarrollara la causa, frente a la innegable consolidación del vínculo generado entre los actores y la niña después de más de cinco años de convivencia como familia ¿podríamos aceptar que el esquema normativo reseñado es conteste con los derechos fundamentales de las personas que participan de este proceso?



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-

La respuesta, claro está, es negativa.

Es que existe una enorme distancia entre las normas apuntadas y, precisamente, la circunstancia palpable de la existencia de un vínculo filial de hecho entre el matrimonio Saucedo-Aguirre y Rosa Belén, conformado a partir de un acto lícito (en el año 2012 la entrega directa estaba permitida), y garantizado por la intervención judicial.

Es el propio Código Civil y Comercial el que nos ilumina el camino a seguir al reconocer en su *Título Preliminar* que “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores” (Fundamentos del Anteproyecto).

Así, los artículos 1° y 2° marcan el sendero por donde debe transitar la interpretación de las normas señaladas en vinculación con el caso concreto, expresando: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...*” (art. 1°), y el siguiente: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

La Dra. Marisa Herrera y el Dr. Gustavo Caramelo, al comentar el artículo 1° del Código, señalan que “...si las leyes aplicables lo deben ser ‘conforme’ —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— a la Constitución Nacional... y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado”, o en otras palabras, “los cambios, desarrollo y avances que acontezcan en el primero repercuten de manera directa en el segundo” (Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián, Directores, “Código Civil y Comercial Comentado”, tomo I,

página 8, Infojus, Buenos Aires, 2016). Resaltan además, ambos autores que “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

Nuestro Código de fondo –huelga aclararlo- se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales vinculados a los derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Esta afirmación regía también durante la vigencia del Código Civil derogado en función de la importantísima labor pretoriana desplegada por la Corte nacional no sólo en cuanto al control de constitucionalidad sino también respecto de la operatividad de los tratados internacionales (v.gr, “Ekmekdjian contra Sofovich” 07/07/1992, Fallos 315:1492, “Fibraca Constructora S.C.A contra Comisión Técnica Mixta Salto Grande” 07/07/1993, “Cafés La Virginia S.A.”, 13/10/1994, Fallos 317:1282). A estos lineamientos se suma el desarrollo jurisprudencial vinculado al “control de convencionalidad” de las normas locales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

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



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-
resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

En función de las referidas pautas interpretativas emergentes de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, previo a establecer si una norma es contraria al orden constitucional, al “Pacto de San José de Costa Rica” o a la interpretación que del mismo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde ponderar si la norma infraconstitucional puede ser integrada por aquellas normas constitucionales y convencionales o emergentes de los tratados internacionales, con especial referencia a los tratados de derechos humanos receptados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Sólo si dicha integración no se logra corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad, pues siempre debe estarse en favor de la validez de las normas (Fallos: 14: 425; 147: 28 6).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente como también reiteradamente se ha citado, que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (Fallos 314: 424, entre otros), señalando también que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico.

Lo que venimos señalando es a efectos de consolidar el ámbito de la decisión en ciernes, esto es, o mantenemos la decisión de primera instancia porque la misma fue dictada conforme a la normativa que sobrevino al inicio de la acción, o la revocamos porque la aplicación del novedoso esquema normativo EN ESTE PUNTUAL Y CONCRETO CASO conculca los derechos constitucionales y convencionales que amparan a la niña.

Una eventual adhesión a este último postulado entraría –claro está- 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.

Mas, como también dijimos, el análisis del obstáculo normativo vinculado con la prohibición de la guarda directa con fines adoptivos en cuanto a su coherencia constitucional y convencional se diluye en función del momento en que la guarda fue otorgada. En el año 2012 la guarda por entrega directa no se encontraba prohibida por el ordenamiento normativo interno. A ello se suma que en el caso concreto la guarda directa no llegó a conformarse en su totalidad porque aún cuando fue peticionada en dichos términos (ver escrito inicial de fs. 5), y corroborada en la conformidad prestada por la madre (ver audiencia de fs. 43), no fue receptada ya que el Interlocutorio N° 89 (fs. 48/49), se limitó a otorgar una guarda judicial provisoria.

Consecuentemente el análisis se reduce a la prohibición de ponderación de la guarda de hecho o judicial (art. 611), y al requisito de inscripción en el registro en relación a la sanción de nulidad absoluta de la adopción por violación a las normas sobre registro de adoptantes.

El primer apartado del artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño expresa que “Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” y la parte final del primer apartado del artículo anterior consagra el derecho de todo niño y niña de “conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El apartado 3 del artículo 20 también pauta el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para los niños que deben permanecer privados de su medio familiar. Específicamente en materia de adopción, el artículo 21 subraya que el interés superior del niño es una consideración primordial tal como es receptado en carácter de principio por el artículo 595 inciso a) del Código Civil y Comercial.

Del articulado expuesto puede inferirse la existencia de un derecho del niño y de la niña a pertenecer a una familia, a ser criado en su seno y a recibir de ella el trato de hijo, de hermano, de nieto. Ese derecho se debe concretar en



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-
primer término dentro de la familia de origen o de su familia ampliada, mas cuando ello no se puede lograr surge el derecho a que dichos roles sean ejercidos por otra familia.

Ese derecho a la “otra familia” se pone en acto en función de ciertas normas, de ciertas reglas y no se obtiene de cualquier modo. Aquí operan en plenitud el principio de superior interés del niño y el derecho a ser escuchado normado por el artículo 12 de la Convención.

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 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 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 construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho.

¿Qué sucede con aquellas personas, a veces parientes, a veces amigos, a quienes una mamá les deja su pequeño hijo al cuidado y nunca más se vuelve a tener noticia de ella? ¿Qué hacemos con ese puente filiatorio construido durante largos lapsos entre un niño y quien él considera su madre? ¿Qué contestamos a las familias más vulnerables de nuestra comunidad que traen estos casos al Tribunal cuando quien todos consideran hijo ingresan a la adolescencia e inicia la escuela secundaria? ¿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 cinco años en la que claramente una niña se ha referenciado con una mujer como su madre y con un hombre como su padre? ¿Cómo ignorarla cuando para esta niña esas personas son sus papás en sus relaciones sociales, en la escuela, en el barrio, en el almacén de la esquina, en su ámbito

familiar extenso? ¿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? (Juzg. De Familia de Rosario, Dr. Marcelo José Molina, en autos: L., A. sobre guarda preadoptiva”, Expediente N° xxxx/06 y su conexo “L., A. E. sobre adopción”, Expediente N° xxx4/07, sent. del 7 de setiembre de 2016)

En situaciones como la descripta no se alcanza 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 hijo. 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.

La inflexibilidad e inelasticidad de la prohibición, así, 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 (con jerarquía constitucional) y a la Constitución Nacional (inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional), pues 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. En ese orden, la falta de actualización de la inscripción primigenia de ningún modo podría neutralizar la existente al momento de la petición inicial y que habilitaba al matrimonio actor a promover la guarda preadoptiva. De hecho, la agregación del legajo motivó el dictado de la Resolución N° 89.

Cabe aquí recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación –



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.- antes de la entrada en vigencia del CCyC- ha sostenido que “a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias (CSJN, 16/9/2008, La Ley 2008-F, 59).

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.

En otro orden, la colisión de los artículos citados no se observa respecto del Pacto de San José de Costa Rica ni tampoco respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos en esta materia, superando así el control de convencionalidad.

Lo hasta aquí expuesto y argumentado nos motiva a revocar la sentencia de origen para luego, previa declaración de inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, y ejerciendo la plenitud de la jurisdicción y asumiendo competencia positiva, pasar a evaluar la cuestión de fondo planteada ante el juzgado de familia.

h) Es que sólo resta ahora evaluar la situación de adoptabilidad de la niña.

Hemos señalado anteriormente que si la madre (no posee filiación paterna conocida), como lo hizo, tomó la decisión libre e informada de que R.B. sea adoptada el juez se encuentra habilitado para declarar la situación de adoptabilidad, con la prevención que la manifestación sólo es válida si se expresa después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento (art. 607 inc. b).

En el caso particular, R.I.B., compareció ante el tribunal, con asistencia letrada, y expresó clara y precisamente su consentimiento en audiencia (fs. 43), sin tenerse luego noticia alguna de ella, pues nunca más concurrió a interiorizarse del progreso de la acción en tanto al poco tiempo la niña comenzó a convivir con los actores.

Esta última, ya se dijo, también fue oída por la a quo (ver acta de aud. reservada), en presencia de la psicóloga forense y la Asesora de Menores, narrando cómo es el vínculo mantenido con los actores.

Ello, más los informes agregados y reseñados en los capítulos anteriores, eran y siguen siendo suficientes para declarar a R.B.B., DNI xxx, en situación de adoptabilidad en los términos del inciso b) del artículo 607 del Código Civil y Comercial.

Conforme con el desarrollo ya realizado debe tenerse en cuenta la elección efectuada oportunamente por la progenitora, la situación de hecho constatada en autos y el vínculo filial establecido entre el matrimonio actor y la niña, en función de declararse la inconstitucionalidad del artículo 611 del Código Civil y Comercial en cuanto prohíbe considerar tal situación de hecho para una eventual adopción y del inciso b) del artículo 600 en tanto establece como requisito sustancial la inscripción en el registro de adoptantes.

Atento a ello, teniéndose en cuenta principalmente el vínculo filial establecido en los hechos, el procedimiento pautado en el artículo 613 ha devenido inaplicable al caso.

Conforme las constancias de autos también se cumplimentan en el caso los requisitos de diferencia de edad entre la adoptada y los adoptantes (art. 599) sin que se configuren los supuestos de exclusión del artículo 601.



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-

Como vimos la entonces Jueza de familia sustituta, Dra. Escobar, recepitó el presente como demanda de guarda preadoptiva en función de la normativa vigente al momento de iniciarse la acción. La progenitora fue también emplazada a expedirse sobre la guarda preadoptiva, si bien como ya vimos había dado su consentimiento para la adopción directamente. En el caso particular, la consolidación del vínculo filial entre los actores y la niña permite tener por ampliamente cubiertas las finalidades propias de la guarda con fines de adopción. Se tendrá entonces por cumplimentado el plazo de guarda establecido en el Código Civil y Comercial (art. 614).

Vale indicar en este punto, que en tanto al comienzo del proceso no se hallaba vigente el actual artículo 709 del Código Civil y Comercial, el impulso procesal recaía exclusivamente en los actores, a quienes ya dijimos (incluyendo a su abogado), no dudamos de calificar –al menos- de negligentes. Sin embargo, ello no ahorra responsabilidades a quienes debemos hacer efectivos los derechos de la infancia que estén a nuestro alcance. Cabe señalar, subrayar, resaltar, poner de relieve y gritar que esa demora fagocitó a la infancia de R.B..

Es que la exigencia de celeridad ha sido remarcada por la Corte IDH: “... la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto” (Asunto L.M., Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 18, citado en “Fornerón e Hija vs Argentina”, n° 52).

En el caso particular los hechos se han dado de modo tal que la sentencia a dictarse no hará más que reflejar la realidad cotidiana de la niña y su actual entorno familiar. Desde esta perspectiva y partiendo de una guarda preadoptiva agotada, es claro que diferir expedirse sobre su adopción no respetaría su propia realidad en la que es en los hechos hija del matrimonio

Saucedo-Aguirre.

Las constancias de autos también permiten afirmar que se ha cumplimentado con el procedimiento establecido en el artículo 617 con lo que la dilación al solo efecto de cumplir con las pautas procesales dadas por la ley de fondo no se compadece con el principio de tutela judicial efectiva. Es pertinente entonces también declarar la adopción plena de R. B. B., por R...M. S. y A. A..

i) En definitiva –como ya lo anunciamos- se hará lugar al recurso de apelación planteado por los actores y en consecuencia, se revocará en todas sus partes la Sentencia N° 192 de fs. 72/76,

Luego, ejerciendo la plenitud de la jurisdicción y asumiendo competencia positiva, dispondremos: 1°) Declarar a R. B. B., DNI.N° xx, nacida el xx/xx/xx, en situación de adoptabilidad; 2°) 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; 3°) Otorgar la guarda con fines de adopción de la niña R. B. B., DNI.N° xx, nacida el xx/xx/xx, a los Sres. R. M. S., DNI.N° xxx, y A. A., DNI.N° xx, y tener por cumplimentado el período de vigencia de la misma. 4°) Otorgar la adopción plena de R. B. B., DNI.N° xx, nacida el xx de xx de xx, en Goya, provincia de Corrientes, de sexo femenino y anotada bajo Acta N° xx, Tomo xx Ley 1878 Ad Hoc N° x , Año xx, Registro Provincial de las Personas de Corrientes, a los Sres. R. M. S., DNI.N° xxx, y A. A., DNI.N° xx; 5°) Oficiar al Registro Civil respectivo a efectos de cumplimentar lo dispuesto en este fallo acompañándose copia certificada del mismo; 6°) Notificar al Registro Único de Aspirantes a Adopción de la Dirección de Informática del Poder Judicial de Corrientes.

Las medidas ordenadas en los puntos 5° y 6°, habrán de gestionarse y cumplirse ante y desde el juzgado de origen.

Por todo ello;;;

SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR al recurso de apelación planteado por los actores y en consecuencia, REVOCAR en todas sus partes la Sentencia N° 192 de fs. 72/76.



Provincia de Corrientes
Poder Judicial

T: 2, F° 31, N° 6, AÑO 2.017.-

2°) Declarar a R. B. B., DNI.N° xxx , nacida el xx/xx/xx, en situación de adoptabilidad.

3°) 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.

4°) Otorgar la guarda con fines de adopción de la niña R. B. B., DNI.N° xxx nacida el xx/xx/xx, a los Sres. R. M. S., DNI.N° xxx, y A. A., DNI.N° xxxx, y tener por cumplimentado el período de vigencia de la misma.

5°) Otorgar la adopción plena de R. B. B., DNI.N° xxx, nacida el xx de xx de 2009, en Goya, provincia de Corrientes, de sexo femenino y anotada bajo Acta N° xx, Tomo xx Ley 1878 Ad Hoc N° 1, Año 2009, Registro Provincial de las Personas de Corrientes, a los Sres. R. M. S., DNI.N° xxx, y A. A., DNI.N° xx

6°) Oficiar al Registro Civil respectivo a efectos de cumplimentar lo dispuesto en este fallo acompañándose copia certificada del mismo.

7°) Notificar al Registro Único de Aspirantes a Adopción de la Dirección de Informática del Poder Judicial de Corrientes. Notifíquese por cédula. Regístrese y bajen a origen.