

JUEZA DE TRÁMITE Dra. ANDREA M. BRUNETTI

TRIBUNAL COLEGIADO FAMILIA NRO. 7

T. 89 F. 460 N° 1560 ROSARIO, 01 de junio de 2018

Y VISTOS: Los presentes autos caratulados “**M., M. Y OTROS S/ GUARDA**”, **Expte. N° xxx**, que tramitan por ante este Tribunal Colegiado de Familia de la Séptima nominación de Rosario.-

De los que resulta que, a fs. 5/7, en fecha 4/11/2016, comparecen los otrora cónyuges M. L. M. y E. O. V., con patrocinio letrado, y promueven demanda de guarda preadoptiva en relación al niño S. C., nacido el 27 de diciembre de 2008 (fs. 28).

Exponen que el niño ya hace cuatro años que está bajo su cuidado (fecha de presentación de la demanda 7/11/2016) como consecuencia de la medida excepcional adoptada por la Dirección Provincial de Niñez, dado encontrarse ellos inscriptos como familia solidaria. Realizan un relato del historial del niño y su hermano B, de los hechos que derivaron en la adopción de la medida de protección excepcional, por los cuales S. permaneció bajo su cuidado y B bajo el cuidado de otra familia solidaria. Explican la situación del niño, que padece HIV, diagnosticado en fecha 10 de mayo de 2011, antes de adoptarse la medida de protección, y que luego en abril de 2012 fue atendido por el G.A:M.I: dependiente del Hospital de Niños, por abuso sexual y lesiones. Que S. se encontraba sumamente descuidado por su progenitora, bajo peso, elevados valores de linfocitos y de carga viral. No recibía ni los cuidados básicos ni los requeridos por su enfermedad, como tampoco su hermano B. Que no existían familiares capaces de garantizar los cuidados de salud acordes, cuando la ausencia de tratamiento para HIV lo expone a ser un paciente inmunodeprimido,

estando demostrado que con un tratamiento adecuado la efectividad del mismo le posibilitaría tener el control de la enfermedad y una mejor calidad de vida. Razón por la cual se adoptó la medida de protección excepcional y el niño necesitó de extremos cuidados y tratamientos médicos que fueron proporcionados por los actores. Refieren al informe del profesional infectólogo del Hospital de Niños, por el que da a conocer sobre el tratamiento antirretroviral diario que recibe S. por parte de M. y E., con excelente cumplimiento por ellos así como de los cuidados de alimentación e higiene que requiere (fs. 331 autos "C. S. y ot. S/ Medida excepcional – Ley 12.967 – Exp. N° xxx). Hacen referencia también al informe de la psicóloga tratante del niño a fs. 322 de los referidos autos, por el que se expone respecto del cuidado recibido por el niño por parte de los actores, el rol fundamental que cumplen en la vida del niño, siendo su mami, papi, para él como Yapo T. los hijos de la familia solidaria; que el padre del Sr. V. es su abuelo, y que todo ello le genera felicidad y seguridad; que es muy apegado a ellos, que son su familia y no menciona a otros como núcleo familiar; que en relación a su madre biológica poco la nombra y al hacerlo manifiesta síntomas de tartamudeo, terquedad, miedos, baja la mirada, se tensa, se inhibe y tiende a romper juguetes y crayones.

Describen que cuando supieron que el niño sería declarado en situación de adoptabilidad, tuvieron miedo y sufrían pensando quién lo iba a cuidar, si le iban a dar los medicamentos, hasta pensaron que podrían dárselos ellos mismos porque S. solo los dejaba a ellos, como acompañarlo al baño. Que S. tiene cuidados especiales y les hacen diferentes juegos para la medicación. Que gracias al cuidado brindado al niño, hoy él está mucho mejor. Que todo esto lo refirieron en audiencia con la suscripta en fecha 14 de octubre de 2016 en los citados autos.



Poder Judicial

Informan que cuando fueron a inscribirse al R.U.A.G.A. Les dijeron que no necesitaban hacerlo porque ya estaban haciendo todo lo necesario, visitas al psicólogo, seguimiento de Santi, visitas de trabajadoras sociales, y se quedaron con esa respuesta y con los papeles que habían juntado.

Afirman no haber sido informados adecuadamente, por lo que recurrieron a la consulta profesional de sus abogadas ante la citación del tribunal a audiencia.

Que van a insistir con la inscripción al Registro. SE fundan en derecho. Ofrecen prueba. Adjuntan partida de matrimonio a fs. 3.

En fecha 21 de marzo de 2017 se presenta la Sra. M. e informa el fallecimiento de su cónyuge, y adjunta partida de defunción (fs. 9).

A fs. 12 adjunta certificado de buena conducta; a fs. 13 certificado de antecedentes penales; a fs. 14 fotocopia certificada documento de identidad; a fs. 15 certificado negativo del Registro de Deudores alimentarios morosos.

En fecha 12 de setiembre de 2017, y atento el extenso lapso de tiempo transcurrido la suscripta impulsa el proceso ordenando se practique informe ambiental en el domicilio de los actores; señalando además fecha de audiencia (fs. 18). Obran cédulas diligenciadas a fs. 19, 21 y 22, y oficio remitido al juzgado de San Lorenzo a fs. 20.

A fs. 23/25 obra acta de audiencia celebrada en fecha 27 de setiembre de 2017 ante la suscripta y la Sra. M. debidamente patrocinada, de la que surge detalladamente el relato de la actora explicando los sucesos acontecidos desde que comenzó la guarda del niño, la enfermedad de su esposo, su fallecimiento, cómo se adaptó el niño a la familia, cómo



Poder Judicial

significó el Sr. V. un padre para el niño, que así S. lo reconoce, lo ama y lo extraña como padre; los cuidados y afecto recibidos por S. tanto por ella, como por su fallecido esposo y toda la familia; la evolución de S. en estos largos años; relato de distintos episodios de la vida de S. junto al grupo familiar. En dicho acto solicitó se les otorgue la guarda preadoptiva del niño a pesar de no encontrarse inscripta en el registro de aspirantes a guarda con fines adoptivos, y a pesar del fallecimiento de su esposo, porque así lo solicitaron conjuntamente y porque son la familia de Santi desde el 18 de mayo de 2012, y es injusto pretender que otra familia lo sea. Manifestó M. conocer los derechos y atribuciones legales aceptándolos en todos sus términos, y cumplir con los requisitos legales exigidos para la guarda pretendida. A fs. 26 obra acta de escucha del niño S. realizada en fecha 11 de octubre de 2017 por la suscripta ante la Defensora General actuante N°3, Dra. Graciela Fournier, de la que surge el pedido del propio niño de ser adoptado por su mamá y su papá que está en el cielo y tener el apellido V. como sus hermanos. Que sabe que su hermano Baustista ya fue adoptado, entre otras cosas.

A fs. 31 se presenta la actora y solicita se otorgue la guarda a ambos solicitantes teniendo en cuenta la guarda preexistente. Alega que el niño ha creado vínculos estrechos con la dicente y su esposo durante la convivencia de años, ha sido la familia V. un sostén para S., ha sido su contención, ha sido incluido en su estructura familiar y se ha constatado el progreso en la salud del niño con recuperación de su inmunidad y negativización del virus en sangre. Que el niño manifiesta ser V., el apellido de su papá como él lo llama, apellido igual al de sus hermanos, por la inclusión de parentesco definitiva en la familia, sostén subjetivo fundamental y estabilidad emocional sumamente necesaria para el niño. Que no solo lo han contenido



Poder Judicial

afectivamente sino también desde lo asistencial. Se funda en el derecho humano del niño a vivir en y con una familia; principios generales de la adopción del art. 595 CCC, resalta interés superior del niño y derecho y respeto por el derecho a la identidad; el derecho del niño a ser oído y su opinión tenida en cuenta. Explica respecto del interés superior del niño en la adopción, la identidad como concepto dinámico y la participación del niño en el proceso de adopción. Cita art. 12 CDN; art. 24 y 27 Ley 26.061; art. 595 inc. f CCC. Solicitó en función de ello, teniendo en cuenta el interés superior de S., su deseo de llevar el apellido de su papá V. y la inclusión en su familia, se otorgue la guarda con fines de adopción a ambos otrora solicitantes. Adjuntó informe del Psicólogo tratante del niño, quien dictaminó sobre la importancia de la identidad de S. respecto de su padre, siendo favorable tener su apellido en cuanto a reforzar esa identificación que le ha permitido elaborar muchas de sus problemáticas (fs. 29). A fs. 30 se adjuntó un dibujo realizado por el niño de todos los miembros de su familia.

A fs. 37/42 obra informe ambiental realizado por la Trabajadora Social del Juzgado de Familia de San Lorenzo.

Corrida vista a la Defensoría General actuante, dictamina primeramente el Dr. Santiago Lopez a cargo de la Defensoría Civil n°3 a fs. 44, solicitando se acredite notificación al R.U.A.G.A. De la resolución N° 452 de los autos conexos sobre medida excepcional. Lo que se acredita a fs. 45/46, dictaminando finalmente el Defensor General a fs. 48, en sentido favorable al otorgamiento de la guarda pre adoptiva a la Sra. M. y a su fallecido esposo Sr. E. V., en razón de lo peticionado por el niño, el prolongado tiempo que el niño se encuentra viviendo con la familia desde el 18/5/2012, y por ser lo más conveniente a su interés superior.

Por consiguiente se encuentran estos obrados en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO: Que la guarda con fines de adopción fue ideada como una “etapa de vinculación necesaria” en cuyo lapso se evalúa el desarrollo y evolución de la relación entre guardadores y el niño, con la finalidad de construirse lazos genuinos que motiven luego la decisión de adopción definitiva; se propone así ampliar la posibilidad de integración familiar [TFIia. N°2, Mar del Plata, “P., F.B.M.”, 26/6/2008; Herrera, Marisa – Moloina de Juan, Mariel; “El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando el fondo y forma se encuentran”; en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Dir. Silvia Fernandez; 1a. Edición, CABA; Abeledo Perrot, 2015; p. 1177].

Siguiendo a Fernandez, en la nueva regulación, el proceso de guarda con fines de adopción ya no constituye un proceso autónomo, tal como se explica su razón de ser, función y finalidad en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial; donde se la describe como un proceso más sencillo, tendiente a seleccionar al o los pretendientes adoptantes y así lograr la vinculación con el niño. De manera tal que en la actualidad ya no se trata de un segundo proceso judicial, sino de una etapa de elección de los pretendientes adoptantes y el otorgamiento de un plazo a fin de verificar si el vínculo afectivo entre el niño y sus guardadores se ha logrado [Fernandez, Silvia, en Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014; Dir. Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras; 1a edición; Sta. Fe; Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, p. 350]. Así el código ha suprimido el proceso de guarda pre adoptiva, priorizándose el factor tiempo y la promoción del juicio de adopción, en cumplimiento de la garantía del plazo razonable. Precisamente se prevé en los fundamentos del proyecto citados precedentemente, que el plazo de guarda podrá ser menor, evaluado ello por el juez o jueza, en razón del interés

superior del niño, por ejemplo, cuando se ha encontrado el niño en un largo período de guarda de hecho [Fernandez, op. Cit.].

Por ello, cumplidas las medidas que dispone la norma del art. 613 del CCC, con el objeto de seleccionar los pretensos adoptantes en atención a su idoneidad, a fin de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, el juez o jueza dicta la sentencia de guarda con fines de adopción, no pudiendo exceder su plazo el de seis meses (art. 614 CCC).

Ahora bien, el caso que nos ocupa reviste matices particulares que merecen detenido análisis adelantando desde ya que, la guarda con fines adoptivos peticionada ha de prosperar y en titularidad de ambos actores, aún el deceso producido del Sr. E. V., atento haberse consolidado el vínculo entre el niño y sus guardadores en vida de éste último, y en razón de la interpretación de las normas legales y principios que regulan la adopción (art. 595 y ccdds. CCC), a la luz de lo dispuesto por el art. 1 y 2 del CCC, y en función del interés superior de S. (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y art. 706 inc c) CCC) conforme se expone seguidamente.

En efecto, dada la especial situación del niño, y lo dispuesto por la normativa vigente en la materia (arts. 607 y s.s. CCC), corresponde analizar el presente caso en función de dicha normativa regulatoria del proceso adoptivo, y principalmente en atención al principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) CCC), entendido como garantía de la satisfacción máxima, integral y simultánea de sus derechos (art. 3 Ley 26.061).

Sentado ello se advierte que, mediante sentencia N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015 dictada dentro de los autos caratulados “C. S. y ot. S/ Medida excepcional – Ley 12.967 –“ Exp. N° xxx (fs. 313/316), se declaró

en situación de adoptabilidad al niño S. L. C., otorgándose la guarda del mismo a la Sra. M. y al Sr. V. en los términos de la excepción dispuesta por el art. 8 ley 13093, y así se dispuso hacer saber al Registro único de aspirantes a guardas con fines adoptivos de la provincia. Con posterioridad a ello, los nombrados solicitaron formalmente a través de los presentes, la guarda con fines de adopción del niño S., conforme las nuevas normas del código civil y comercial, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, después del otorgamiento de la referida guarda, y atento no haber podido concretar la inscripción en el Registro de adoptantes por la negativa del mismo (véase copia dictamen en tales supuestos a fs. 45/46 de autos). Adviértase que, conforme explicó la Sra. M. en audiencia ante la suscripta (fs. 23/25) la enfermedad fatal del Sr. V. motivó distraer su atención de este proceso y dedicarse a su cuidado y tratamiento, por ello el transcurso del tiempo ocurrido en los presentes.

Ahora bien, la norma convencional y constitucional (art. 3 CDN; art. 75 inc. 22 CN; art. 1 y 2 CCC), impone a esta magistrada el deber de considerar de manera prioritaria la efectiva concreción de los derechos y garantías del niño S., por sobre cualquier otro derecho, en razón de su mejor interés. En tal sentido, así se evalúa el otorgamiento de la guarda con fines de adopción solicitado por quienes detentaron su exclusivo cuidado desde hace más de cinco años, desde los tres años de vida de S.. Guarda conferida primeramente por el propio Estado, a través de la autoridad administrativa de aplicación, esto es, Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, en cumplimiento de lo dispuesto por las normas de protección integral de niñas, niños y adolescentes Ley N°12.967, ante la grave vulneración de derechos en la que se encontraba el niño con serio riesgo de vida, conforme consta en los autos conexos referidos y la respectiva sentencia de declaración en situación de adoptabilidad (acta de acogimiento de fecha 18/5/2012 a fs. 166 de autos conexos

cit.).

Razón por la cual, de ningún modo puede considerarse el otorgamiento de una guarda por parte del Estado como una guarda de hecho que proscribe la norma del art. 611 del CCC. Por su parte, la referencia que se realiza en la misma norma, respecto de la no consideración de las guardas de hecho y judiciales a los fines de la adopción, requiere de una interpretación integral, coherente y en diálogo de fuentes tanto internas, como constitucionales y convencionales, como indica la propia norma vigente (art. 1 y 2 CCC), Y tal como ya he sostenido en precedentes jurisprudenciales en casos análogos [“T., H. R. y otros s/ Guarda” Exp. N° 21-11027577-0; “T., H. R. y otro s/ Adopción” Exp. N°21-11306755-9; “D., G. F. y Otros s/ Adopción” Exp. N° 21-11308404-6; “D., G. F. y otros s/ Guarda pre adoptiva” Exp. N° 21-11029517-8; “L. S., V. J. s/ Guarda con fines de adopción” Exp. N° 21-11029405-8; “L. S., V. J. s/ Adopción” Exp. N°21-11308184-5; “G.; P. s/ Guarda pre adoptiva” Exp. N° 21-11029138-5 (2129/2016); entre otros].

Efectivamente he sostenido en dichos precedentes que, “el Estado coloca a los niños, cuyo deber es proteger, en situaciones de guardas prolongadas, sin resolver su situación legal, intentando por años revincularlos infructuosamente con su familia de origen, incumpliendo los plazos legales previstos en miras a garantizar los derechos de los niños. Y al mismo tiempo es el propio Estado, a través de otro organismo de su esfera, quien le niega al niño el reconocimiento de los vínculos que creó a partir de la vida que le tocó vivir por decisión de ese mismo Estado. Evidentemente ello es injusto y contrario al interés superior del niño, pues vulnera aún más los derechos del niño que se deben proteger, en primer lugar, vulnera su integridad psicofísica, como así también entre otros, su derecho a vivir en familia.” Entiéndase, una familia que desde sus primeros años de vida, albergó a S., asumió su cuidado y contención. Con mayor

consideración aun, respecto de la particular situación del niño y los cuidados de salud que ha requerido para sobrevivir luego de la grave vulneración de derechos sufrida. Cuidados y amor que sí fueron proporcionados por los hoy peticionantes, y que han dado como resultado, un grado óptimo de su bienestar.

Por tanto, cabe confrontar lo dispuesto por el art. 611 CCC, último párrafo, con lo normado por los artículos 1 y 2 del código civil y comercial de la Nación. Y en razón de la interpretación normativa que exigen las mismas, concluyo que la norma del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, replicada en las normas del artículo 3 ley nacional N° 26061 y artículo 4 ley provincial N° 12.967, y la propia norma del artículo 595 inc. a) y 706 inc. c) del código civil y comercial de la Nación, se imponen por sobre cualquier otra disposición legal de este cuerpo normativo (código civil y comercial), que contraríe los fines que la ley ha tenido en miras al reconocer los derechos de los niños, especialmente a ser criados en su caso, por una familia adoptiva. Concretamente, este arsenal normativo convencional y constitucional prevalece sobre toda norma del código civil y comercial que regula el proceso adoptivo, como es la norma del artículo 611 y del artículo 634 inc. h) que devienen de este modo no aplicables en este caso concreto.

Sabido es que el nuevo código civil y comercial plantea un diálogo de fuentes, incorporando al sistema normativo interno, las normas convencionales que otrora se le otorgara jerarquía constitucional. En esta línea se encuentra el citado principio rector del interés superior del niño, que obliga priorizar el mejor de sus derechos frente a cualquier otro.

Por consiguiente tengo para mí que, en el presente caso, dada la particular situación de S., donde a todas luces se han fortalecido vínculos familiares y de afecto con quienes ejercieron su cuidado y guarda desde sus primeros años de vida, desde hace más de cinco años, y en razón de su

delicado cuadro de salud, el que debido a los especiales cuidados y asistencia de su familia guardadora pudo revertirse y mejorar notablemente, superando el riesgo de vida en la actualidad, corresponde sin lugar a dudas considerarla, interpretando la disposición infra constitucional del art. 611 del CCC, conforme ordena el art. 1 y 2 del mismo cuerpo legal, y en función de las normas legales de protección integral de los derechos del niño, provinciales, nacionales, constitucionales y convencionales (Ley 12.967; Ley 26.061; art. 75 inc .22 CN; Convención sobre los Derechos del Niño) y a la luz del principio rector del interés superior del niño (art. 3 CDN; art. 3 Ley 26.061; ART. 4 ley 12.967, art. 595 inc. a) y art. 706 inc. c) CCC).

Ergo, no resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 611 último párrafo, en razón de encontrarse reñido con la garantía de tutela de los derechos humanos fundamentales de S., tales como el derecho a la vida, a la salud y a crecer y ser criado por su familia (art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y arts. 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; deber del Estado de garantizar la efectividad de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes (art. 75, incs. 22 y 23, CN).

Por otra parte, dado los fuertes vínculos aludidos, forjados entre el niño, la solicitante y el fallecido E. V., puestos de manifiesto en los informes obrantes en autos a través del psicólogo tratante (fs. 29), trabajadora social actuante (fs. 37/42), y fundamentalmente, de los propios dichos del niño y su deseo expresado en audiencia ante la suscripta y la Defensora General actuante otrora (fs. 26), corresponde otorgar la presente guarda a quienes en los hechos se han desempeñado como madre y padre del niño, a quienes el mismo S. así reconoce en tales roles, y por quienes el propio niño ha pedido ser adoptado y llevar el apellido de su padre, V., tal como sus hermanos.

Sin lugar a dudas la vinculación adoptiva entre el niño y

sus guardadores se ha consolidado en vida del Sr. V..

En efecto, la guarda judicial fue otorgada en vida de los solicitantes mediante resolución N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015, bajo la vigencia de las derogadas normas del código civil que así lo habilitaban (arts. 315; 316 y 317). Dicha guarda fue concedida ya con miras al futuro proceso adoptivo razón por la cual se fundó en la excepción dispuesta por la norma del art. 8 ley 13.093 y así se comunicó al registro respectivo. En aquella oportunidad la suscripta evaluó la especial situación de S., su delicado estado de salud, los intensos cuidados y tratamientos que el niño requería, los cuales ya eran brindados por sus guardadores reflejándose la favorable evolución de su salud por tal atención y dedicación. Así se comunicó al Registro respectivo al otorgarse la guarda.

Adviértase que, tal como consta en cada una de las actuaciones de los conexos “C. S. y otro s/ Medida excepcional ley 12967” N° 1596/2012, la situación de S. reviste características particulares. En efecto, el niño fue diagnosticado de HIV cuando aún vivía con su madre biológica. Ciertamente el niño no recibió por parte de ésta los cuidados necesarios poniendo en riesgo su vida, amén de los fatales hechos de abuso sexual que sufrió bajo su responsabilidad. Sucesos todos que derivaron en la adopción de la medida excepcional. Surge claramente de aquellos actuados, que la salud del niño mejoró notablemente a partir del cuidado y asistencia brindados por sus guardadores, M. M. y E. V.. Quienes asumieron su acogimiento como familia solidaria el 18 de mayo de 2012, bajo el imperio del código civil hoy derogado. No existía persona alguna, ni familiar ni de la comunidad que pudiera asumir el cuidado intensivo que requería S.. Resuelta en forma definitiva su situación, se decidió el otorgamiento de la guarda a quienes efectivamente podían asumir el cuidado del niño por su delicado estado de salud y riesgo de vida. En aquéllos términos y vigencia legal,

se otorgó la guarda judicial del niño a los pretendientes adoptantes, y así fue cuidado y protegido S. en el marco de esta familia constituida por los guardadores y sus hijos biológicos, a quienes S. reconoce como madre, padre y hermanos. Ante tales circunstancias, y estando en juego el derecho humano a la vida y a vivir en familiar, se ponderó primordialmente el interés superior de S. por sobre las normas que regulaban la situación de las denominadas familias solidarias, entendiéndose ya, bajo la vigencia de las hoy derogadas normas del código civil, que solo esta familia constituida por M., V. y sus hijos, podían asegurarle a S. su derecho a vivir, y así se ordenó hacer saber al Registro respectivo a los fines de su inscripción como aspirantes a la adopción. Mas tal como se expusiera en el punto anterior, el Registro no concretó lo peticionado, en razón de haber entrado en vigencia a la época de su respuesta, la norma del art. 611 del CCC, dictaminando en consecuencia no acompañar este tipo de guardas (fs. 45/6 de autos).

Sin embargo, bajo una interpretación constitucional y convencional de la normativa vigente, la suscripta otorgó la guarda pre adoptiva del hermano biológico de S., B, a sus guardadores en idéntica situación que la presente, mediante resolución N°4705 de fecha 30/11/2016 autos: "Tello, Horacio Roberto y otros s/ guarda" Exp. N°568/2016, y posteriormente la adopción de B mediante resolución N° 2703 de fecha 1/9/2017 autos: "Tello, Horacio Roberto y otros s/ adopción" Exp. N° 21-11306755-9, bajo los fundamentos señalados en anteriores párrafos.

Decididamente en razón de ello, priorizaré el derecho de S. a vivir en familia, en "su" familia, pues no cabe duda alguna que este niño ya ha encontrado su propia familia, ya está creciendo en una familia que lo ama y él ama, y por un padre que si bien falleció, es el padre a quien S. identifica como tal, ama y extraña; su papá que está en el cielo como él mismo refiere.

El principio rector, garantista y de interpretación que es

el interés superior del niño [Cillero Bruñol, Miguel. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño". "Justicia y derechos del niño" n. 9 p. 125 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, www.unicef.cl.], obliga a seleccionar de todo el ordenamiento normativo, convencional, constitucional e interno, la norma más favorable a la efectividad de sus derechos, y solo así se da cumplimiento a su tutela judicial efectiva [Brunetti, Andrea Mariel. "El Interés Superior del Niño y el Proceso", en *Processo Civil nas Tradicoes Brasileira e Iberoamericana*. Coord. Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira, Sergio Luiz de Almeida Ribeiro, Florianópolis, Conceito Editorial, 2014, p.37; "El Interés Superior del Niño como garantía del debido proceso"; en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. De Sta. Fe, Rosario*, 2014. p. 514]. Así enseña Grosman, para quien el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho; la calificación de "superior", entiende que, "fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales, la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado..." [Grosman Cecilia P., "El interés superior del niño", en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Dir. Cecilia Grosman, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 40]. En tal sentido, surge de las constancias de autos, y de los conexos referidos, que en el caso se han demostrado los extremos que hacen procedente la demanda incoada, siendo que el interés superior de S. implica crecer y desarrollarse en la familia más idónea que el sistema pueda seleccionar, de entre aquellos que cumplen con los recaudos legales, constitucionales y convencionales, por encima de cualquier disposición infra constitucional. Precisamente en los presentes, surge con total claridad que la familia que formaron los solicitantes, es ciertamente la familia de S.. Familia que ya el mismo

niño ha elegido y en la que ha desarrollado los vínculos afectivos necesarios para su pleno crecimiento y en resguardo y protección de sus derechos fundamentales. El progreso en la salud tanto física como psíquica de S., los avances en su desarrollo intelectual y emocionales, superándose día a día con el amor de quienes han sido sus padres y hermanos, no amerita mayor análisis. Sumado a ello, la denodada dedicación e interés de los solicitantes y su grupo familiar por preservar el vínculo afectivo del niño con su hermano biológico. Resulta evidente que esta es "su" familia, más allá de haber sido en los hechos la familia de acogimiento según las normas del sistema de protección integral. Una interpretación contraria afectaría seriamente y nuevamente los derechos humanos fundamentales de S..

Y una vez más vuelvo a preguntar de qué manera se garantizan los derechos de este niño si a sus nueve años de vida debiera ser arrancado del seno de la familia que lo acogió desde sus primeros añitos, brindándole amor, protección, contención, educación y cuidados de salud durante estos cinco largos años, excediendo un plazo legal que debió ser transitorio y no lo fue por responsabilidad estatal. Acaso debe pagar el sufrimiento de S. el incumplimiento de la norma legal por parte del propio Estado que lo colocó bajo el cuidado de esta misma familia?. Debe sufrir S. las consecuencias de la falta de cumplimiento de los plazos legales? Debe sufrir S. las consecuencias de aplicar sin razón la prohibición establecida por la norma en el art. 611 del CCC? Aún más cuando se han acreditado todos los extremos legales que habilitan el otorgamiento de la guarda pre adoptiva a esta familia (art. 612 y s.s. CCC), más allá de lo dispuesto por la referida norma cuestionada.

Al respecto señala Basset, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entiende primordialmente que la vida privada familiar es la que se conforma entre los hijos y su familia biológica o de "origen". El

principio biologicista lleva a la protección preferente de la vida privada familiar fundada en vínculos de naturaleza biológicos, en los que, sin embargo, aún no se ha problematizado o confrontado la diferenciación entre vínculo biológico y vínculo genético. En cambio, implícitamente hay una protección de la vida familiar del niño, incluso con origen ilícito, si esa vida tiene características de estabilidad e integración que hagan pensar que, desarticularla, podría ser contrario al interés del niño. Así reseña casos donde la CIDH ha sentado jurisprudencia respecto a cómo impacta el transcurso del tiempo en la vida de niñas, niños y adolescentes, a tal efecto se ha sostenido que, "... el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente sino que ya podría estar materializándose" [Basset, Ursula, "El derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; JA 2017-III , 1108, Asunto L. M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2011, párr. 18, respecto de la Argentina en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina", 27/04/2012, párr. 52].

Concluyo entonces que, tal disposición no resulta aplicable al caso, conforme lo dispuesto por las normas de los arts. 3, 7 y 8 Convención de sobre los Derechos del Niño; art. 3 y 11 Ley 26.061; art. 4 y 11 Ley 12.967 y arts. 1, 2; 613 2do. Párr.; 706 inc. c) CCC; según se ha expuesto precedentemente.

Razones por las cuales corresponde, y es deber de la suscripta, a fin de tutelar los derechos humanos fundamentales de S., hacer lugar a la guarda con fines de adopción solicitada por quienes han ejercido efectivamente el cuidado del niño desde sus primeros tiempos de vida, siendo los solicitantes, “su familia”, las personas idóneas para ejercer tal función.

Sin perjuicio de no concretarse la inscripción respectiva, la guarda judicial se otorgó y los actores peticionaron formalmente la guarda con fines adoptivos dando inicio a las presentes actuaciones.

Desafortunadamente el Sr. V. falleció en el transcurso del proceso judicial. Ahora bien, su petición de ser padre adoptivo de S. fue formulada en debida forma. No solo manifestada en el escrito de demanda de los presentes, sino también de las actas de audiencia obrantes a fs. 369/370 de autos conexos citados, de donde surge lo declarado por el Sr. V.: “cuando llegó S. lloraba, estaba muy descuidado, enfermo, con una bolsita con un pañal, usaba pañales con 3 años y lleno de piojos, teñido el pelo con agua oxigenada. No sabía hablar, comía en el piso, y dormía en el piso. Ellos le enseñaron que allí tenía una cama pero no se acostumbraba a dormir, la única manera que encontraron para que pueda dormir fue dejar un cartón en el comedor para que pudiera conciliar el sueño y cuando se dormía lo llevaban a la cama, así fueron dos o tres días y por supuesto se acostumbró. Que primero les dijeron que lo iban a tener seis meses, y luego les dijeron seis meses más, y así pasaron muchos años. Que a los tres meses que él estaba con ellos, les comenzó a decir mami y papi. Que intentaron corregirlo le explicaron que eran Marce y Cacho, sus mejores amigos, pero él lloraba, así que consultaron con la psicóloga y les recomendó dejarlo así, para que pueda relajarse. Luego al año y medio que estaba con ellos les dijeron que iba a ser declarado en adoptabilidad ya allí comenzó su sufrimiento, porque pensaban quién lo iba a cuidar, si le iban a dar los medicamentos, hasta pensaron que

podían seguir ocupándose ellos de dárselos porque Santi solo se dejaba cuidar por ellos, llevarlo al baño, solo tomaba los medicamentos con ellos, tuvieron que hacer muchos juegos para que aprendiera a tO. las pastillas. Tiene cuidados especiales, en comida también, porque una de las medicaciones le aumenta el colesterol, lo tiene alto, por eso su alimentación debe ser cuidada. Es decir, requiere muchos cuidados que ellos se los han dado y hoy está más sano [...] Que fueron al RUAGA hace dos años más o menos y les dijeron que ellos no necesitaban inscribirse, porque todo lo que ellos hacen como institución ya lo habían hecho con Niñez, visitas a psicólogo, seguimiento de Santi, visitas de las trabajadoras sociales, y se quedaron con eso, y con todos los papeles que llevaron. Que insitrán con esta inscripción, pero no fueron informados adecuadamente [...] comunican que es su deseo adoptar a S. como ya lo habían manifestado en la Dirección y en el RUAGA, por lo que iniciarán a la mayor brevedad los trámites respectivos [...] Recalcan su fuerte deseo de querer plasmar en la legalidad lo que sucede en los hechos, ser la mamá y el papá legal de Santi, porque es el deseo de él principalmente y de ellos”.

Adviértase que en aquellos obrados citados, consta acta de escucha del niño S. a fs. 371, donde ya había manifestado su deseo y de donde surge a través de su relato la clara inserción del niño en esta familia, con la cual se identifica como hijo y hermano. Allí se expresó: “que vive con su mamá, su papá y sus hermanos. Preguntado de cómo se llaman responde, mi mamá M., mi papá Cacho y mis hermanos C. y T., que también tiene un hermanito Bauti que vive en otro lado, que vive con otra familia. Que los dos nacieron juntos pero el vive con una familia y Bauti con otra. Que va a primer grado, que está muy feliz, que le gusta jugar a la compu, le gusta el fútbol, que ya no va al médico que está muy bien. Que sabe que nació junto a Bauti en otra familia, pero que él tiene su familia con M. y Cacho, desde que era muy chiquitito. Que hace mucho no ve a

Bauti, y todavía no tiene ganas de verlo”.

Consecuentemente, el hecho del fallecimiento del Sr. V., no borra la identidad construida por S., a quien él llama papá y a quien él hoy extraña como su padre que se fue al cielo; de quien él desea tener su apellido tal como sus hermanos, V.. Derecho humano a la identidad (art. 7 y 8 CDN) que la norma especial manda a respetar en la decisión del proceso adoptivo (art. 595 inc. b) CCC).

Resulta de total convicción el dibujo realizado por el niño, obrante a fs. 30 de autos, donde él mismo ha expresado su grupo familiar, “Mi familia el mejor equipo todos nos amamos y respetamos” como allí describe, “Familia V.” lo ha titulado, y en el que claramente aparecen todos tomados de la mano: él, su mamá M., su papá E., sus hermanos Y. y T. y su abuelo. Más arriba, aunque separado del resto unido por la misma línea, su hermano biológico B.

Al respecto enseña Krasnow que, el fin de la adopción reside en garantizar a todo niño el derecho a vivir y desarrollarse en una familia, tal la definición que brinda el art. 594 del CCC y, para fortalecer tales propósitos, el mismo código enuncia en la norma del art. 595 principios propios que conforman “el medio que posibilita la elaboración de respuestas cuando se presenta una carencia histórica de norma, o la aplicación de lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. resulta disvaliosa para el mejor interés de la niña, el niño o el adolescente en concreto”. Para mayor comprensión de este derecho, explica la destacada jurista rosarina que, “la identidad es un proceso que se integra con un aspecto estático y un aspecto dinámico. El primero se vincula con el origen de la persona, mientras que el segundo refiere a la proyección social en el transcurso de su vida. Tener en claro el despliegue de este derecho en el tiempo permite distinguir el lugar que ocupan la familia de origen y la familia adoptiva en el proceso de construcción de la personalidad. Mientras que la familia de origen se vincula con la identificación —

puesto que, con ella, se logra la individualización de la persona que, al mismo tiempo, la hace única e irrepetible—, la determinación de quiénes conformarán la familia adoptiva se definirá considerando que, a través de su creación, quedará salvaguardado el aspecto dinámico en lo que refiere a la proyección familiar y social de la niña, el niño o el adolescente adoptado” [Krasnow, Adriana N.; “La adopción en función de cada realidad vital”; RDF 83, 19/03/2018, 31]. Pues bien, en el presente caso, la identidad dinámica de S. se fue construyendo desde su primer día de guarda, bajo el cuidado de la familia M. V., esto es, 18 de mayo de 2012 (acta de acogimiento obrante a fs. 166 autos conexos citados Expte. N° xxx) como niño al cuidado de una familia solidaria, y a partir del 27 de febrero de 2015, como hijo de su madre M. M. y de su padre E. V., y como hermano de C. y T. tal como surge de las actas de escucha del niño (fs. 26 de autos; fs. 371 autos conexos citados), informe ambiental (fs. 37/42 de autos y fs. 350 autos conexos citados) y actas de audiencias con los peticionantes (fs. 23/25 de autos y fs. 369/370 de autos conexos citados).

Como bien enseña Kemelmajer de Carlucci, “las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos, o en el de la regulación legal única; de allí que un concepto que parecía pertenecer sólo al derecho brasileño (la afetividade), se ha trasladado a otros ordenamientos en los que ya se comienza a hablar del “parentesco social afectivo”, para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellos a modo y semejanza...” [Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, LL 8/10/2014]. Y en la adopción, ese vínculo afectivo constituye la razón central para su otorgamiento. Al decir de Basset, “un vínculo que se forja y crece con un sujeto vulnerable que está en su centro [...] primero está el bienestar del niño, después las ideas preconcebidas que se

ordenan a él” [Basset, Ursula C., La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente, DFyP 2017 (marzo), 07/03/2017].

Precisamente, Basset nos habla de la adopción como reconocimiento de una “filiación preexistente” que el juez ve a través del “test de la convivencia”, y así declara. En tal sentido advierte sobre el carácter constitutivo y declarativo de la adopción. Refiere que, para el emplazamiento adoptivo es necesario que concurren varios elementos, primeramente que se “testee la idoneidad de los pretensos adoptantes”, pero advierte que la idoneidad opera además por otros mecanismos, considerando el más importante de todos, “el test de la convivencia”. Afirma que “la convivencia demuestra mejor que ninguna otra prueba si esos padres pueden o no ejercer ese rol en concreto, respecto de ese o esos niños”. Concluye que, lo determinante en la voluntad del juez es que, se geste “una relación paterno-filial en los hechos, que el hijo sea hijo de esos padres adoptivos. Que en los hechos exista la filiación, es el resultado de la convivencia que padres e hijos tienen entre sí durante la guarda de hecho o de derecho, y por ello existe la guarda pre adoptiva”, por ello la sentencia de adopción retrotrae sus efectos al comienzo de la guarda. Así lo expresa, “el juez dice la filiación porque la ve fraguada, inscrita en la identidad dinámica de niños y pretensos padres. La reconoce y la dice [...] En la filiación biológica los efectos de la sentencia se remontan a la concepción (de ahí los alimentos a la embarazada). En la filiación adoptiva en el origen mismo en que comenzó a gestarse ese niño en esa familia: en el vientre social de la guarda previa a la adopción.”

En forma coincidente, la construcción jurisprudencial, anterior al código civil y comercial como la posterior, recoge estas nociones, haciendo hincapié en la finalidad de la adopción y los vínculos afectivos consolidados en el tiempo, todo en función del interés superior del niño (art. 3.1 CDN; art. 3 Ley 26.061; art. 4 Ley 12.967; art. 595 inc. a); art. 706 inc. c) CCC).

Así es doctrina de la Corte Suprema que, “La identidad filiatoria también puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, configurándose allí un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado [Fallos: 308:1978; 321:865; 328:2870; 330:642; 331:147; y S.C. G. N° 617, L. XLIII, “G., M.G. s/protección de persona —causa n° 73.154/05—”, del 16 de septiembre de 2008].

Pues bien, en el presente caso esos vínculos afectivos se han construido a lo largo de estos ya seis años, por lo que la relación de S. y sus padres como él los llama, tiene su base en este concepto de socio afectividad que resume lo antes dicho. Vínculo que se ha creado, desarrollado y fortalecido en vida del Sr. V., por ende, no puede ser soslayado.

No existe norma legal alguna que prohíba la procedencia del reconocimiento de dicha guarda la que, por otra parte, ya fue otorgada en vida del Sr. E. V. (Resolución N° 452 de fecha 27 de febrero de 2015 autos conexos citados) y se reitera, peticionada formalmente en los presentes por el mismo (fs. 5). Asimismo ha tenido ya acogida jurisprudencial por el máximo Tribunal la figura de la adopción pos mortem, fundado su reconocimiento en los vínculos afectivos y el interés superior del niño [CSJN; 26/09/2012; “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”; LL 16/10/2012]. Por lo que entiendo que no existe razón alguna que impida su otorgamiento, reconociendo la guarda con fines de adopción desempeñada por el fallecido E. V. y la Sra. M. M., y así se declarará.

Sentado ello, tengo para mí que se han acreditado en los presentes los extremos legales exigidos por la normativa vigente, conforme surge de las constancias de autos citadas (art. 594 y s.s.; y art. 613 CCC), todo lo cual habilita su consideración a los fines de la procedencia de la guarda con fines de adopción solicitada.

Refuerzan lo concluido, lo expuesto por la trabajadora social del Juzgado de Familia de San Lorenzo, Lic. Lorena Capucci, en Informe psico-socio-ambiental realizado en el domicilio de los actores, en fecha 11 de diciembre de 2017 (fs. 37/42), donde relata aspectos referidos al grupo familiar de los pretensos adoptantes, habitacionales, educacionales, ingresos económicos, dinámica familiar y proyecto adoptivo. En el mismo acto el niño expuso ser S. V. “como mi papá y mis hermanos”, expresó. Por su parte, la Sra. M. relató los sucesos que llevaron al fallecimiento de V. y ante el diagnóstico de su fatal enfermedad cómo el fallecido decidió hacer un último viaje con su hijo S., y se fueron los dos a Córdoba. Expresó encontrarse toda la familia atravesando el duelo, acompañados por su congregación de la iglesia evangélica, religión que todo el grupo familiar profesa. Se informa que S. concurre a la escuela N°113, que pasó a 3er grado y enseñó sus cuadernos. Que es cuidado por una niñera y su hermano Yago. Que continúa con tratamiento médico con el infectólogo, cuenta con obra social y médica de cabecera. También concurre a terapia y se encuentra muy bien. Concluye que el niño está alojado con M. pero también lo estaba con E., ya que pudo hacer lazos afectivos que lo llevan a identificarse como uno más de la familia y por ello desea tener el mismo apellido que sus hermanos y que su padre.

Por su parte, la idoneidad de los peticionantes surge de los informes y demás constancias obrantes en autos y los conexos citados, de los que se evidencian los cuidados que en la salud integral y escolarización del niño promovieron los actores, como así también su interés y dedicación a conservar su vínculo familiar con su hermanito biológico.

En igual sentido, dictaminó el Defensor General actuante quien expresó, fundado en las constancias de autos, y en especial la escucha del niño, de cuya acta se desprende que quiere ser adoptado por sus

padres y le gustaría llamarse V., aclarando que su papá se fue al cielo, y el informe psicológico que refiere que S. tiene una importante identificación en relación a su padre E. V., hoy fallecido, siendo favorable reforzar esa identificación que le ha permitido elaborar muchas de sus problemáticas pudiendo tener el apellido, el informe de la TS donde el niño expresa llamarse S. V. como su papá y sus hermanos, pudiendo formar lazos afectivos que lo llevan a identificarse como uno más de la familia y por eso desea tener el mismo apellido que ellos, y el prolongado tiempo que el niño se encuentra viviendo con ellos desde el 18/5/2012, entiende que nada tiene que observar a la procedencia del otorgamiento de la guarda con fines de adopción a la Sra. M. M. y al Sr. E. V., hoy fallecidos, con los cuales siempre se sintió identificados el niño, y resultando lo más conveniente a su mejor interés.

Por su parte, a pesar de la falta de inscripción de los pretendientes adoptantes al registro respectivo, y el fallecimiento del Sr. E. V. en fecha 9 de enero de 2017 (fs. 9), ciertamente el plazo legal de guarda preadoptiva se cumplimentó durante la vigencia del código civil derogado y en vida del Sr. V.. Por lo que tengo para mí que, el recaudo legal del plazo se encuentra ampliamente cumplido tanto en razón de las normas del código civil derogado (art. 317 CC) como en virtud de lo dispuesto por la actual contenida en el art. 614 del CCC. En consecuencia, en razón de las normas hoy vigentes (art. 614 CCC) debe darse reconocimiento de guarda en tales fines a la que en exceso se ha cumplimentado, y en cabeza tanto de la Sra. M. como del Sr. V.. Por ende, deberá iniciarse inmediatamente el proceso de adopción y conforme lo dispuesto por la norma del art. 616 del CCC.

Por consiguiente, en mérito a los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, y art. 67 LOPJ,

RESUELVO: 1. Reconocer como guarda con fines de

adopción del niño S. L. C. D.N.I. N° xxx, nacido el 27 de diciembre de 2008, la guarda judicial otorgada mediante resolución n° 452 de fecha 27 de febrero de 2015, a M. L. M. D.N.I. N° xxx y E. O. V. D.N.I. N° xxx, fallecido en fecha 9 de febrero de 2017, con los efectos, alcances y obligaciones contenidas en los artículos 594, siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

2. Tener por cumplimentado el plazo total de dicha guarda, a efectos de lo dispuesto por los artículos 614 y 616 del Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Ordenar que deberá iniciarse el respectivo proceso de adopción en el plazo de tres (3) días, caso contrario se iniciará el respectivo proceso conforme art. 616 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación. 4. Ofíciase al R.U.A.G.A. a los fines de comunicar la presente. Insértese y hágase saber. Dra. ANDREA MARIEL BRUNETTI (Jueza). Dra. MARIA SILVIA ZAMANILLO (Secretaria)