

L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061

Buenos Aires, 15 de julio de 2016.-MMC

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en autos caratulados: “L. G. M. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061” la situación de adoptabilidad de la niña y el pedido de guarda preadoptiva formulado y

CONSIDERANDO:

I.- Este Juzgado toma intervención respecto de la situación de la niña G. L. a partir de lo que surge del informe de fs. 32/4 de los autos “L. D. E. s/ Diligencias preparatorias (13.083/09) y por el cual - ante la solicitud efectuada por la Defensoría de Menores e Incapaces- se dispuso la intervención del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del G.C.B.A. en las actuaciones conexas N° 15.506/10 “F., I. c/L., D. E. s/Denuncia por violencia familiar”.

Para entonces se ordenó, como medida cautelar, el traslado de la niña del domicilio familiar a un Hogar convivencial (ver fs. 120 de los autos aludidos).

Finalmente, el día 24 de febrero de 2011 la niña ingresa al Hogar Virgen Madre, a instancias de la Guardia Permanente de

Abogados, debido a la situación de riesgo en la que se encontraba la pequeña.

Luego de ponderar su situación, el equipo técnico de la Defensoría Zonal Comuna N° 8 consideró viable que la niña egresara del Hogar con su hermana, Sra. M. G., a quien le fue otorgada la guarda provisoria (ver fs. 189 del expte. n° 15.506/10).

Se habrá de destacar que el inicio de las presentes actuaciones obedece a que la niña es institucionalizada por segunda vez, a causa de los hechos denunciados en el expte. 37.335/12 -acumulado al antes referido-, promovido por la abuela materna de G. contra su hija, D. L. De ella surge que la Sra. G. -guardadora de la niña- había dejado su cuidado nuevamente a cargo de su progenitora, situación ésta que fue valorada por la Oficina de Violencia Doméstica como de “altísimo riesgo psicofísico” para G. (ver fs. 230).

En esta oportunidad, G. ingresó al Hogar San José el día 6 de julio de 2012.

Iniciados estos obrados, a fs. 11 la Defensoría Comuna N° 8 informó que la Sra. M. G. no pudo dar cuenta de los motivos que la llevaron a dejar a su hermana nuevamente al cuidado de su madre, conociendo los antecedentes de esta última.

A fs. 28/29 obra el informe del Hogar San José del que surge que la niña mantuvo inicialmente, dos meses, contactos telefónicos con su progenitora, dos o tres veces por semana. Que con fecha 14 de septiembre del mismo año la Sra. D. L. visitó por única vez a su hija. Es dable señalar que la actitud de la madre fue “de negación”, “culpabilizando del alejamiento de su hija a su padrastro y a su madre”. Asimismo, informó que “la modalidad vincular de la madre se observó intrusiva, manipuladora con la nena, adjudicando sentidos negativos a su silencio.”

Desde entonces, la Sra. L. no volvió a presentarse al Hogar, sino que se comunicó telefónicamente con su hija en forma reiterada, observando el equipo técnico interviniente que la nombrada presentaba "...un discurso confuso, paranoide, querellante." En virtud de ello, la Defensoría Comuna 8 suspendió las comunicaciones telefónicas y solicitó al Hogar que se arbitren los medios a fin de favorecer las visitas madre e hija, lo que no se pudo llevar a cabo por no presentarse la Sra. L. a las entrevistas pautadas y no contarse con datos sobre su paradero (ver fs. 11/2 y 38/39)

A fs. 48/50 la Defensoría Zonal interviniente solicita la prórroga de la medida excepcional, que se convalida a fs. 56.

En dicha oportunidad dicho órgano local señaló que la Sra. G., mostraba una actitud reticente, hostil y querellante hacia el equipo técnico lo que dificultaba la re-vinculación fraterna. Asimismo, reiteró que la madre de la niña "no problematiza las situaciones que dieron origen a la medida" de protección de derechos, que no asiste a las entrevistas pautadas por lo que no se ha podido abordar de manera sostenida la situación familiar.

A fs. 60 de la audiencia llevada a cabo el día 8 de marzo de 2013, la abogada de la niña afirmó que "por toda la historia familia e institucional de la niña se encontraría en condiciones de adoptabilidad". Por ello en su presentación de fs. 66/9 sostuvo que en la situación que nos ocupa "se encuentra configurado el estado de desamparo moral y material el que se acrecienta cada día y consideramos que sería oportuno que pudiera recomenzar una nueva etapa en su vida con la protección de una nueva familia ponderando así el interés superior del niño...". A mayor abundamiento señaló el "grave estado de vulnerabilidad" en el que se hallaba G., resaltando "la inacción por parte de su madre, con relación a realizar y/o acreditar tratamiento alguno a los fines de diagnosticar y

superar sus problemas psicológicos...”, que “...no nos caben dudas respecto a que la madre carece de capacidad de maternaje...”

A fs. 71 la Sra. Defensora de Menores e Incapaces solicitó se decrete el estado de adoptabilidad de G.

A fs. 87 el Hogar informó que G. inició una vinculación con el matrimonio compuesto por la Sra. M. R. N. y el Sr. A. V., referentes voluntarios de la institución, y que ésta se evaluó como positiva para la niña. Asimismo, aclaró que G. “muestra signos de introversión, timidez, inhibición. Dificultades para vincularse.”

Del informe social de fs. 99/100 elaborado por la Trabajadora Social del Juzgado, se desprende que la Sra. D. L. conocía la imperiosa necesidad de cumplir con la evaluación oportunamente ordenada a fs. 97 del expediente conexo 13.083/09 y que pese a ello no solo no cumplió con ella, sino que tampoco informó a los profesionales intervinientes sobre los motivos a su criterio le impidieron asistir.

Asimismo, y a partir de dicho informe se requirió al Centro Ameghino que además de cumplir con dicha evaluación se expidieran concretamente acerca de la actitud y aptitud de la Sra. L. para ejercer su rol materno. Cabe mencionar que la nombrada, pese a haber retirado el oficio para tal fin, (ver nota de fs. 102 vta.) no lo diligenció (ver informe de fs. 112).

A fs. 120/122 el órgano administrativo solicitó la prórroga de la medida excepcional e informó que se mantuvieron entrevistas con la madre de la niña quien manifestó “que le resulta complicado visitar a su hija dado que se descompone en el viaje y le agarran fobias, pero no obstante ello desea vincularse con la niña”, que realiza tratamiento psicológico, que ha estado viviendo en distintas pensiones de las que se ha retirado por problemas de convivencia,

“habiendo retomado la convivencia con sus padres con los cuales siguen presentándose situaciones de violencia”.

En la misma línea son las manifestaciones vertidas por dichos profesionales en la audiencia de fecha 20 de mayo del 2014 (ver fs. 183) en la que expresaron que la madre “se mantiene desvinculada de la niña”, que se desconocen datos de su paradero y que “habiéndole informado estrategias a articular para que pueda visitar a su hija (por ejemplo, ofrecerle un remis que la traslade desde su domicilio al Hogar) tampoco ha mostrado voluntad en tal sentido ni ante los pedidos de los profesionales se ha acercado a la Defensoría Zonal”.

Cabe destacar que desde el mes de septiembre de 2012 la Sra. D. L. no ha vuelto a tener contacto con su hija (ver fs. 175/179).

En otro orden de cosas, en el informe de fs. 120/2 se hizo saber que G. había establecido con los Sres. V. y N. un vínculo afectivo gradual, compartiendo salidas, pernoctando en el domicilio de éstos, pasando las fiestas navideñas en su compañía, hasta que incluso han compartido algunos días en la Costa Atlántica Bonaerense.

A fs. 142 se presentó el matrimonio V. - N. y solicitó la guarda de G., sobre la base del fuerte vínculo afectivo que había establecido con la niña y que será detallado en el punto II de la presente.

A fs. 154 se designó al Dr. Esteban Caride como tutor oficial de G. en los términos del art. 397 inc. 1° del Código Civil.

Luego de no haberse vinculado con su hermana durante todo el año 2013 y ante la convocatoria del equipo del Hogar (ver fs. 161/2), a fs. 172 se presentó la Sra. M. G. a fin de “reencausar” dicho vínculo.

Ante a ello, la nombrada retomó las visitas a G. en forma semanal y se dispusieron evaluaciones tendientes a conocer la posibilidad de concretar un egreso con ella, a fin de evitar que se reitere la

desafortunada situación que terminó en la última institucionalización de la niña (ver fs. 183).

De los informes de fs. 213/220 y 249/252, surge que la Sra. G. no realizó la evaluación encomendada al Centro CIENA, adoptando por el contrario una actitud querellante ante el juzgado y los organismos intervinientes.

La Sra. G. se desvinculó de su hermana desde el mes de agosto de 2014 (ver fs. 251).

A fs. 187/188 la Defensoría interviniente informó la prorroga de la medida excepcional adoptada respecto de la niña.

A fs. 210 la entonces jueza a cargo de este juzgado, se presentó ante el Hogar San José y mantuvo entrevista personal con G.. En dicho encuentro, la niña le expresó concretamente “que lo que más le gustaría en la vida es vivir con sus padrinos” en referencia al matrimonio N.-V., relato que coincide con lo ya expresado en los informes de fs. 175/9, 252 y 264/5, entre otros.

En virtud de todo lo actuado, a fs. 253 la Defensoría Zonal interviniente solicitó se decrete el estado de adoptabilidad de la niña.

Las circunstancias señaladas dan cuenta que, pese a haber transcurrido casi cuatro años desde que G. fue institucionalizada y las numerosas estrategias de intervención desplegadas por parte de diversos organismos tendientes a la reinserción de la niña en su seno familiar, su madre no ha intentado seriamente y con compromiso mantener el vínculo con su hija, limitándose a establecer esporádicos contactos con la Defensoría Zonal y con el Hogar.

Cabe agregar que a partir de lo que aquí detallado y los innumerables informes que dan cuenta de la severa disfuncionalidad que caracterizó al grupo familiar de origen de G., atravesado por continuos hechos de violencia, maltrato, negligencia y abandono, no ha existido

familiar alguno que pudiera garantizar a la niña las mínimas condiciones de apoyo, acompañamiento y afecto para su satisfactorio crecimiento.

II. Por otro lado, cabe expedirse sobre el pedido de guarda preadoptiva formulado por el matrimonio que inicialmente se ha vinculado con G. como “referentes afectivos” para finalmente, y luego de establecer con la niña un fuerte vínculo afectivo al que definen como “un amor únicamente compatible con el que siente un padre por su hijo”, peticionar como lo hace, con la absoluta anuencia de G. quien los ha “adoptado” como padres, más allá de cualquier recaudo legal que, por supuesto, la niña desconoce.

El matrimonio N. - V. en su presentación de fs. 503/511, relatan minuciosamente los motivos del acercamiento al Hogar donde residía G., la invitación a apadrinarla y la evolución de ese vínculo que comenzó con visitas en la institución para ir consolidándose fuertemente con el paso del tiempo compartido y alimentándose recíprocamente.

Así, ya el informe de fs. 175/9, la Defensoría Zonal Lugano N° 8 da cuenta que G. expresa claramente sentirse cómoda con sus referentes afectivos M. y A. con quienes la une un vínculo de afecto y contención.

A fs. 195/196 obra informe de la Lic. Alba Lusardi, Trabajadora Social de la Tutoría Pública que señala que la niña recibe demostraciones afectivas cuando concurre los fines de semana a la casa de M. y A., que su vínculo se ha estrechado y que solicita vivir con ellos.

A fs. 213/220 la Trabajadora Social del Juzgado realizó un vasto y contundente informe social concluyendo que se establecieron fuertes lazos afectivos entre el matrimonio y G., lo cual ha dado como fruto que los entonces referentes deseen hacerse cargo de la crianza de la niña. Considera que ha de ponderarse todo lo que ha atravesado la niña en sus

siete años de vida, el extenso tiempo de institucionalización, la incomodidad que manifiesta respecto de su actual situación en el hogar (ver fs. 196/197), que la madre no se encuentra en condiciones de hacerse cargo de su crianza (pese a las innumerables intervenciones realizadas para modificar tal situación). Por todo lo expuesto estima necesario definir el egreso de G. del Hogar San José a un medio familiar.

A fs. 249/252 obra informe de la Lic. Guadalupe Ares Lavalle, profesional psicóloga del C.D.N.N.A., quien destaca que G. expresa de manera muy enfática su deseo de vivir con sus referentes afectivos, a los que reconoce como quienes se hacen cargo de su cuidado cotidiano y se comportan con mucho amor hacia ella. Considera necesario poder resolver su egreso lo más pronto posible. Expresa que se desprende de todo lo actuado en este tiempo y de lo presentado en el informe que G. L. deberá egresar a un medio familiar estable y alternativo al de origen, que le brinde el cuidado y afecto que ella requiere.

A fs. 273 se autoriza al matrimonio N.-V. a compartir con la niña las fiestas de fin del año 2014 y las vacaciones de verano 2015.

A fs. 289 y 290 obran certificados negativos de antecedentes penales de M. R. y A. P.V.

A fs. 357/394 luce informe psicológico del matrimonio N.-V., cuyo resultado ha sido positivo, al que me remito en honor a la brevedad.

A fs. 437/439 obra informe socio - ambiental que da cuenta de la existencia de un estrecho vínculo entre G., M. y A.; la niña los nombra como referentes importantes y gran parte de los recuerdos por ella comentados los incluyen. Considera recomendable otorgar la guarda de la niña a M. y A., quienes deberán antes de que se haga efectiva comprometerse a tener la casa acondicionada para recibirla.

A fs. 458/459 el Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia informa que la niña ha experimentado la construcción de un vínculo de amor y confianza respecto de M. y A.. Manifiesta expresamente la necesidad y el deseo de vivir “en familia” con este hombre y esta mujer que la alojan en sus vidas, lo que permitió que G. los considere como figuras parentales.

A fs. 474 la misma institución señala que la posibilidad de que la niña se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio V.-N., instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono. Por ende, resulta importante protegerla de esta re victimización e impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores. De alguna manera, esto significa preservar los espacios vinculares donde la niña ha logrado conquistar su estabilización afectiva.

Así, se ha creado este vínculo al que ha de -en caso de ser posible- otorgársele carácter legal llegado a este punto, debiéndose evaluar, especialmente, que este matrimonio no se encuentra inscripto en el registro de adoptantes correspondiente.

III. La Constitución Nacional, en su art 14 bis, reconoce la obligación estatal de garantizar una protección integral de la familia. Ello está en sintonía con el art 75, inc 23, CN en cuanto legisla y promueve acciones positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados internacionales de vigentes sobre derechos humanos.

La Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, consagra el derecho de los niños a no ser separados de los padres

contra su voluntad (arts. 8, 9 y 21). En igual sentido, el art 11 y 17 CADH, establece el derecho de todas las personas a la vida familiar.

Cuando se verifica la imposibilidad de permanencia en la familia de origen (art. 595 inc c) CCyC), garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la vida familiar, importa una actividad estatal subsidiaria una vez detectadas falencias en el despliegue de las responsabilidades de los progenitores. El art 10 de la Ley 26.061 reglamenta los derechos a la vida privada y a la intimidad en la vida familiar, estableciendo la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, a la par que designa dentro del derecho a la intimidad, el derecho a la identidad y de ser cuidados por los padres. Bajo este sistema (que se deriva de los arts. 3, 4, 5, 6 7.1, 8.1, 9 y 19 CDN), toda restricción impuesta por el Estado deberá ser ajustada a las reglas del debido proceso y ser ejercido en la porción más ínfima.

Sin embargo, particulares circunstancias excepcionales pueden conducir -tras fracasar todas las estrategias de refortalecimiento familiar y de re-estructuración de las funciones parentales (vía de naturaleza administrativo-jurisdiccional art. 39 y ss ley 26.061)- a modo de satisfacción del mejor interés del niño o niña, a desvincularlos cuando aparece manifiesto que la familia de origen no puede garantizar mínimamente el ejercicio de los derechos consagrados a favor de aquel y no existe otro recurso ni familia extensa que pueda recibirlo y atender en debida forma a la satisfacción de sus necesidades.

Sobre el particular cabe destacar una norma aclaratoria del Dec.415/2006 que establece: “Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias que amenacen o causen perjuicio a

la salud física o mental de la niña o niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes...” (art 39, primer párrafo).

El Código Civil y Comercial incorpora expresamente el principio de constitucionalización del derecho privado, conforme se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto... “ y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (...) se sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella" (Fundamentos del Anteproyecto de CCyC elaborado por la Comisión creada por dec. 191/2011, integrada por los Dres. Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti.)

En el caso concreto, a raíz de las constancias de la causa ante la inexistencia de familia de origen presente, con la cual G. pudiera o hubiera podido contar y desarrollarse, a pesar de los numerosos intentos con resultado negativo efectuados desde la intervención estatal

mixta (defensoría zonal y juzgado), como así también desde el Hogar con el fin que tanto la progenitora como la hermana de la niña se hicieran cargo responsablemente de su crianza; habiendo quedado acreditada la imposibilidad del restablecimiento de aquel vínculo, me persuade, de la necesidad de adoptar -en forma urgente- medidas especiales de protección de carácter permanente que faciliten una solución definitiva a la situación de la niña, en atención a su interés superior, y en particular de su derecho de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

Por lo expuesto, dada la imposibilidad de la madre -evidenciada a lo largo de la vida de la niña, antes y después de la institucionalización- de asumir el ejercicio de la responsabilidad parental con todo lo que ello implica y el tiempo transcurrido desde que la niña ingresara a un sistema convivencial alternativo, teniendo como norte el interés superior de ésta (art. 3 CDN) que consiste en garantizarle el pleno goce de sus derechos y que se encuentra configurados por demás los presupuestos del art. 607 inc. c) del CCyC de abandono y desamparo material y moral de parte de la familia de origen, (en forma continua y manifiesta) **no cabe más que declarar la situación de adoptabilidad de G. L. L..**

Para arribar a esta conclusión, pondero la gran cantidad de informes sociales y de seguimiento del caso que obran en autos que ilustran acerca del grado de vulnerabilidad social en el que se encontraba la niña, que su progenitora no ha podido hacerse cargo de ella en su oportunidad y que tampoco ha intentado restablecer el vínculo desde que ha sido institucionalizada, evidenciando así la palmaria imposibilidad de ofrecerle las mínimas condiciones de cuidado y crianza que les garanticen el regular ejercicio de sus derechos fundamentales.

IV. Ahora bien, el CCyC dispone en el art 595 los principios generales que rigen el sistema adoptivo, a saber: La adopción se

rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes ; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Dichos principios han sido conceptualizados como “mandatos de optimización”, “derechos para el ejercicio de los derechos”, directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento”, “lineamientos para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas”, etc. (Caramelo, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, siguiendo a Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, AAVV, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Bs. As., Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197, disponible [en línea] www.infojus.com.ar)

El establecimiento de principios coadyuva a la solución en supuestos en que las circunstancias planteadas no se encuentren previstas en la letra de la ley o se trate de un caso donde dos derechos igualmente reconocidos se contraponen. Así lo ha expresado la Dra. Marisa Herrera “... no solo para reforzar esta obligada perspectiva, sino para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción” (Herrera, Marisa, “El decálogo de la

Adopción a la luz de la reforma del Código Civil”, disponible en www.nuevocodigocivil.com).

Se trata de seis principios con un punto en común entre todos ellos: están diagramados desde el niño y hacia el entorno adulto, y ello en función del primero de ellos -“a) el interés superior del niño...”- que es la base del sistema jurídico que regula los derechos de la infancia, un principio general de derecho, y que implica priorizar los derechos titularizados por los niños y niñas ante cualquier confrontación con los de los adultos que pueda perjudicarlos.

Emergentes de las reglas convencionales internacionales, cuatro son los principios fundamentales en materia de niñez que se encuentran consagrados en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el de no discriminación, el principio de participación, el del desarrollo y supervivencia y el principio del interés superior del niño.

En tal sentido, lo cierto es que desde la necesaria mirada del derecho constitucional y convencional privado que imponen los arts. 1 y 2 del CCyC, la solución que se adopte para resolver “los casos” que a los magistrados se nos plantean, no debe perder de vista los principios emergentes de la constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones y sentencias de los organismos internacionales creados por dichos instrumentos (Conf. Gil Domínguez, Andrés, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar Bs. As 2015, p 14 y ss).

Ha de recordarse que la ya citada CDN obliga a los Estados parte a que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño

(conf. art. 3, Convención citada) y el art. 3 de la ley 26.061 define al mentado interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos.

En palabras de Cecilia Grosman, el concepto del interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que resultará en su interés toda acción o medida que tienda a respetar de manera más efectiva la mayor cantidad de derechos involucrados. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (conf. Grosman, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", LL, 1993-B-1095).

Y refiriéndonos justamente al interés superior del Niño (ISN), resulta que el mismo viene a ser el nudo gordiano para resolver la convalidación de una guarda preadoptiva –como de tantos otros conflictos familiares-.

Este “concepto jurídico indeterminado” de vital importancia como lo es en materia de adopción, reviste una configuración distinta que ese mismo interés en otros institutos del Derecho de Familias. En la adopción, involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1 CDN), el derecho “a preservar su identidad (art.8.1 CDN), el derecho a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1. CDN) y el cumplimiento del debido proceso adjetivo en el procedimiento de adopción (art. 21 CDN).

La acepción del “interés superior del niño”, se completa en su significado con las circunstancias que rodean cada caso,

que lo contextualizan y justifican su aplicación. Procede recordar que la CSJN ha establecido que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (v. doctrina de Fallos: 323:91; 328:2870).

Asimismo, la Corte Federal ha sostenido que el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y que, en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (Fallos 333:1776)

En línea análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la determinación del interés superior del niño, en supuestos de cuidados y custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte IDH “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24/04/12, párrafo 109; y “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/04/12, párrafo 50, entre otros. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

En la especie, la directriz consignada en el inc c, del art 595 CCyC, respecto al “agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” se ha concretado sin éxito con la implementación del diagrama de fortalecimiento de la función maternal y del vínculo fraterno con la hermana mayor de G., en un plazo superior al razonable, por lo que la autoridad de aplicación tuvo por agotada la estrategia. Ello en atención a las circunstancias descriptas en los considerandos II y III, situación que se siguió durante largos 5 años, y

que de continuar sin una respuesta concreta y definitiva, desvirtuaría otros derechos igualmente reconocidos y que se contraponen. Es ahora y sin más dilación la función creadora de una solución jurídica que se acerque a los valores que informan el ordenamiento legal. Los principios que rigen la adopción no son excluyentes entre sí; su aplicación siempre será concomitante y dirigida a amalgamar la decisión judicial, y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro.

El inc. f) del citado art 595 CCyC establece el derecho a ser oído, que sea tenida en cuenta la opinión y a consentir la adopción- tiene base constitucional al contemplar la visualización de la persona menor de edad como sujeto con derechos ejercibles comprendida en el precepto “acceso a justicia” y según el desarrollo -edad y madurez-. Los cuatro contenidos en las letras b) a d) (derecho a la identidad, imposibilidad de permanencia en la familia, vínculos fraternos) guardan estrecha relación, pues todos versan sobre aspectos de la identidad, sea estática o dinámica y están emparentados con preceptos constitucionales como el derecho a la identidad o la tutela judicial efectiva -en el caso del deber de oír al niño y tener en cuenta su opinión- y deben ser armonizados durante todo el recorrido adoptivo con los principios generales reglados en los arts. 705 a 711 CCyC. (Comentario al art. 595 en Código Civil y Comercial Comentado. Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. Tomo II. Ed. Infojus. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2015)

En este sentido y en consideración a la petición efectuada a fs. 503/511, y el firme interés manifestado por G. en las oportunidades en que ha sido escuchada tanto en la entrevista de la que da cuenta el informe que luce a fs. 476/477, así como en forma personal con la suscripta en la sede del juzgado (ver acta de fs. 500), y frente a su

genuino deseo y requerimiento en permanecer con el matrimonio V.- N., no cabe sino contemplar en este supuesto las particulares características de la vida que ha tenido niña hasta conocerlos y la que estos actualmente le deparan, plena de cariño, contención y atenciones afectivas y materiales que la niña aprecia y valora y que han venido a compensar el desamparo de sus primeros años de vida. Evitar la “cosificación” del niño también es impedir que, en pos de pétés postulados, se experimente en su protección; en este caso tratando de ubicarla con otra familia -inscripta previamente en el registro- cuando ni siquiera podría afirmarse que aquella sería mejor que la actual. Contrariamente, la posibilidad de que la niña se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio peticionante, “... instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono... Por ende, resulta importante protegerla de esta re victimización e impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores. De alguna manera, esto significa preservar los espacios vinculares donde la niña ha logrado conquistar su estabilización afectiva” (así lo informa a fs. 474 el Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia).

V. Y llegado a este punto ha de anudarse al concepto de mejor interés del niño con el de “socioafectividad” también de aplicación en este supuesto. Tal concepto se traduce como “aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana (Caramelo, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado

para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, siguiendo a Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, AAVV, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), Bs. As., Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197, disponible [en línea] www.infojus.com.ar).

“La socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. Además ambas ideas interactúan entre sí. Como bien lo señala la autora brasilera Berenise Días: “La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas que la voluntad y el afecto son los únicos elementos – y para eso el ejemplo más evidente es la adopción-“ (Dias, Maria Berenise, *Manual de direito das familias*, 6ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, ps 387 y ss en: Herrera Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento “Rupturista” del Derecho de Familia”. *Revista de Derecho de Familia* Nro. 66. Directoras Cecilia Grosman, Nora Lloveras, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2014, pág.79 y ss.).

En el caso en análisis, parafraseando a la autora precedentemente citada, la noción de socioafectividad, bajo otro ropaje como es el reconocimiento de la identidad en su faz dinámica y la

revalorización de los referentes afectivos -damnificados indirectos-, han sido elementos claves para colocar en segundo plano lo jurídico.

Ahora bien, el art 611 del CCyC, establece que: “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”

La solución legislativa pretende reafirmar la prohibición que ya observaba el derogado art. 318 CC, colocando las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio -garantizado con control estatal organizado a esos efectos- el que cobra relevancia, por aplicación del principio nodal de su interés superior, autónomo e independiente de los adultos.

El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción -se trate de un recién nacido o de mayor edad- es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental. Objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles provistos por sus principales responsables -los padres y otros miembros de la familia de origen- dando lugar a la intervención estatal.

Esta norma establece en su primer párrafo la regla: en principio, la guarda directa está prohibida y su transgresión faculta al juez a separar al niño de su presunto guardador.

Han aclarado los juristas intervinientes en la sanción de dicha norma que el juez se encuentra “habilitado”, lo que significa que es una facultad, no una obligación, y que se justificará en el caso concreto acorde a las particulares circunstancias del mismo de acuerdo al interés superior del niño o niña.

En el segundo párrafo se prevé la excepción cuando exista un lazo de parentesco entre progenitores de origen y pretendidos adoptantes.

Fue conocido que el anteproyecto en su redacción original previó la existencia de parentesco o “*vínculo afectivo comprobable*”, lo que fue suprimido en la discusión en el Senado a fin de que dicha afectividad no se convirtiera en una “ventana” a fin de sortear el verdadero espíritu de la reforma.

En este caso, el conflicto jurídico no fue motivado por una “entrega directa”, sino por circunstancias en las que el transcurso del tiempo durante las medidas de alojamiento alternativo excepcional, se convirtieron en fuertes vínculos afectivos.

Se ha dicho al respecto que: “fuera de los supuestos que el art. 611 pretendió eliminar con miras a la protección del tráfico, venta o transacción referida a un niño, existen situaciones legítimas, preexistentes, nacidas, gestadas y amparadas bajo la afectividad, ajena a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto del interés superior del niño. El principio o estándar de socioafectividad no ampara a la luz del interés superior del niño situaciones que comprometen los derechos fundamentales del niño, tales como las irregularidades en el

origen de la guarda, la venta o transacción que involucra al niño, la vulneración de los derechos de la madre de origen -estado puerperal, transgresión al consentimiento pleno, libre e informado-. Las violaciones a las normas imperativas del debido proceso de adoptabilidad, ni menos aún, finalmente, el delito (...) Los afectos –como la vida en sí – es más compleja y se necesita contar con una normativa que esté a tono con ella (Ponencia. “La identidad dinámica/socio afectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción”, XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Bahía Blanca, octubre 2015. Autores: Fernández, Silvia E., González de Vicel, Mariela, Herrera, Marisa, disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/>).

Al respecto también se sostuvo que: “... la noción de socioafectividad observa un rol esencial a tal punto de desestabilizar el regimen legal establecido. Nos referimos a la cuestión álgida de la guarda de hecho como antesala de la adopción (...) Simplemente para corroborar esta aseveración en torno a la interacción entre guarda de hecho, adopción y socioafectividad, cabe destacar que a pesar de la prohibición prevista en el art. 318 del Código Civil y que reitera con algunas modificaciones menores el art. 611 de la actual regulación reformada, lo cierto es que la justicia se ha tenido que topar, en tantísimas oportunidades, a la obligación de dilucidar qué hacer ante una situación fáctica en la cual prima un vínculo afectivo consolidado entre un niño y sus guardadores, quienes pretenden ser reconocidos como guardadores con miras a una adopción. Tanto la jurisprudencia –incluso la jurisprudencia constitucional –como la doctrina mayoritaria, entienden que la postura que mejor responde al principio rector del interés superior del niño es aquella que defiende, resguarda y respeta el vínculo socioafectivo. Incluso, la Corte Federal y otros tribunales inferiores han protegido ese lazo aun ante la falta de

inscripción de los guardadores de hecho en el correspondiente registro de adoptantes” (Herrera, Marisa “Socioafectividad e Infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?, Fernandez, Silvia Eugenia (directora), “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, Tomo 1, pág. 981 y ss.).

VI. Por otro lado, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, el interés superior del niño no se relaciona con la mera invocación del “transcurso del tiempo” al cuidado de los pretensos guardadores/adoptantes. Los repertorios jurisprudenciales en la materia nos muestra que los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del *statu quo* de niños provisoriamente separados de su familia; así, al amparo de la pretendida satisfacción del “interés superior” del niño, se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido y la altísima dificultad de revertir situaciones que el tiempo “ha sentenciado.”

Al respecto, el pretense mantenimiento del “statu quo” debe enfrentarse con otros principios de peso como ser: legalidad, orden público, derecho a la identidad, el interés superior del niño y asimismo la satisfacción más completa de todos los derechos involucrados. Entonces, siempre se debe analizar si el respeto por el mantenimiento del *statu quo* aparece compatible con otros componentes del interés superior del niño, tales como la preservación de su identidad (arts. 7, 8, CDN), su derecho a la vida familiar (arts. 7, 8, 9, CDN, arts. 10, 11 ley 26.061) y la permanencia en el ámbito de su familia de origen, todos ellos de rango constitucional.

El TEDH en el caso “Görgülü vs. Alemania” del año 2004, ya había señalado que el respeto por el derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo.

Comparto, sin dudas, que: “El tiempo no puede convalidar situaciones de hecho en derecho cuando la ley no lo prevé, es decir, violentando la ley, por temor a crear un nuevo perjuicio; ni aun tratándose de la vida de un niño en sus primeros meses y años de vida tan importantes para su estructura psicológica (...) (CNCiv., Sala M, R.394324 N.N. o R., F. s/ Protección de Persona, 12/05/04, Sumario N°16002 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2004), sin embargo a luz del eje rector de cualquier intervención en la vida de un niño que es su “mejor interés” no puedo dejar de ponderar, en este caso concreto y conforme las particulares circunstancias que lo rodean, que no sería resguardarla buscarle una nueva familia cuando la actual, aquí peticionante, unida por un genuino afecto mutuo con G., reúne y cumple con las condiciones para atenderla, estimularla, brindarle la satisfacción de todas sus necesidades. (ver fs. 458/459 donde el Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia informa que “la niña ha experimentado la construcción de un vínculo de amor y confianza respecto de M. y A.. Manifiesta expresamente la necesidad y el deseo de vivir “en familia” con este hombre y esta mujer que la alojan en sus vidas, lo que permitió que la niña los considere como figuras parentales”).

No puede obviarse que sobre G., con tan pocos años de edad, ha pesado una existencia azarosa e inestable, en una situación de incertidumbre impropia para su edad, a la espera de salir de la institución, en los últimos tiempos con la expectativa de hacerlo con sus referentes afectivos. Por ende, resulta importante protegerla de esta revictimización e

impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores. De alguna manera “la posibilidad de que la niña se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio V.-N., instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono” (ver informe citado de fs 474).

Ha de tenerse en cuenta que esta primera etapa de la existencia de G., tan decisiva para la formación integral de cada ser humano, exige valorar en conjunto y con visión prospectiva los componentes particulares de las circunstancias que rodearon su advenimiento al matrimonio, en coherencia con el fin protectorio que, como sabemos, es el norte indiscutible de la actuación estatal en materia de niñez. Precisamente, el ars propio de los jueces es la prudencia, que discierne lo justo con referencia al caso concreto (ver Fallos: 323:91; 328:2870), haciendo operar así, en cumplimiento del servicio de justicia, las garantías fundamentales, sin eufemismos y con creciente vigor.

Por ende, si lo que ha de enfatizarse son las necesidades de G., inmediatas y actuales, es en función del trascendental estándar valorativo que establece que en estas decisiones debe prevalecer el "interés superior del niño" (de rango constitucional) y en miras de atemperar o morigerar el rigorismo con que ha sido tratada por la vida desde su alumbramiento, entiendo y adelanto que, resultaría beneficioso permanecer con los peticionantes, constituyendo con ellos una familia. No puede la niña seguir sujeta a los vaivenes que el mundo adulto, hasta aquí, le ha deparado y con la finalidad, ahora, de un tributo a la ley quedando fuera de las previsiones del art 611 CCyC cuando “prima facie” se observa que no ha habido intenciones del matrimonio de apartarse de norma alguna al conocer y desarrollar un vínculo, tan caro a los tres ahora. Se advierte de la lectura de las actuaciones que sólo los ha animado colaborar

espontáneamente en el bienestar de algún niño/a institucionalizados. Se suma a ello que el matrimonio se presentó al juzgado espontánea e insistentemente a fin de normalizar la situación legal, cuando en los casos en que precisamente se quiere desatender a la ley, el vínculo se mantiene y se extiende por un tiempo asaz prolongado de modo que resulta luego casi definitorio para la decisión judicial.

Reitero y destaco la necesidad de una mirada holística para resolver cuestiones como las de este supuesto. Mirada que, lejos de encriptarse en la rigidez de las normas opacando en un coma teórico una situación vital de afectividad, convoca y obliga al diálogo de fuentes que el art.2 del CCyC nos trae para correrlos de los lugares de comodidad y obligarnos a una interpretación que surge de la incertidumbre, la ambivalencia y la vertiginosa dinámica de los nuevos paradigmas de esta sociedad.

VII. El concepto constitucional de familia supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado.

Asimismo, debe seguirse el concepto amplio de familia, es decir: “Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...” (art. 7 Dec. 415/06).

Todo ello configura un escenario que permite tutelar los derechos de G., acompañándola con una justicia humana, más vital que ritual, realista, a fin de asegurarle la permanencia en esta familia que ha deseado y encontrado, que abrevando en el amor que recíprocamente sienten y se profesan, pretende ejercer el rol parental en plenitud y darle la contención y el abrigo que G. ya conoce desde que se han incorporado a su vida, y los motivó nada más y nada menos que el estrecho lazo afectivo que han desarrollado y nutrido con la niña respecto de lo cual se han explayado en mi presencia (conf. acta de fs. 501). Se enlazan, para llegar al más natural y transparente convencimiento, la fuerza de los hechos, del afecto y que, en este caso en particular, las vastas constancias de autos dan cuenta claramente que no se ha intentado omitir el cumplimiento de norma alguna.

VIII.- Respecto al requisito de inscripción en el registro de adoptantes previsto en el art 600 inc b) CCyC, tanto la jurisprudencia nacional, como la jurisprudencia constitucional entienden que la postura que mejor responde al principio rector del interés superior del niño es aquella que defiende, resguarda y respeta el vínculo socioafectivo. Incluso la Corte Federal y otros tribunales inferiores han protegido ese lazo aún ante la falta de inscripción de los guardadores en el correspondiente registro de adoptantes. (Juzgado de Familia Nro.6 San Isidro, “D.T.A s/guarda con fines de adopción”, 21/2/2014 cita online: AR/DOC/153372014, CSJN, 19/2/2008; JA 2008, II, 19 y CSJN 16/972008, JA 2009- I-15, entre otros en Herrera, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento “Rupturista” del Derecho de Familia”, ob cit p 85/86).

Para ilustrar y a mayor abundamiento respecto a uno de los fallos federales citados “en fecha 16/9/2008, la Corte Federal revocó una sentencia que había declarado la situación de adoptabilidad de un niño

y había dispuesto seleccionar a un matrimonio del pertinente registro no teniéndose en consideración el vínculo afectivo que el niño ya había creado con una familia cercana a la madre. Pero ordenó llevar adelante la pertinente evaluación y consecuente inscripción a este matrimonio con quien el niño ya se encontraba conviviendo, dado que no estaban inscriptos en el correspondiente registro. Allí la Corte Suprema de la Nación dejó en claro que el requisito de inscripción en el registro no puede constituirse en un requerimiento ritual, sino que debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pauta que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales en aras de lo que resulta de mayor beneficio para ellos. Agregando: “Sin embargo, ello no conduce a admitir la petición del matrimonio de que la guarda le sea concedida con fines de adopción si no se han producido las evaluaciones comparables con las que requiere la ley nacional 25.854 para determinar la aptitud adoptiva de la pareja, ya que el otorgamiento de una guarda con fines de adopción es un momento privilegiado, de gran trascendencia socio-jurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, cual es la tutela de los derechos de la infancia -Corte Sup., “G.M.G. s/ protección de persona –causa 73.154/05”, 16/09/08 MJ-JU-M-38350-AR, LL, 2008-F-57- (Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel “El Derecho Humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran”, Fernandez, Silvia Eugenia (directora), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, Tomo I, pág. 1189 y ss.).

Este criterio resulta de aplicación al caso de autos ya que, dado el plafón fáctico descripto, no puede concluirse que ha habido aquí un manejo espurio en la entrega de la custodia coronando así un fraude a la ley, dado que toda la historia recabada en torno al modo en que el matrimonio solicitante llegó a la vida de G. aleja cualquier temor de que

estos hayan participado en algún modo en esa modalidad de recepción de un niño que se llama “entrega directa”, a fin de evitar el trámite -a veces penosamente extenso para quienes han arribado a la decisión de la adopción- que imponen las leyes actuales y que tienden precisamente a neutralizar la posibilidad de que por la vía de los hechos consumados se desconozca el plexo normativo cuyo fin ha sido evitar, precisamente “el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar a un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales” (fragmento del informe de las Comisiones de Justicia, de Legislación general y de Familia, Mujer y Minoridad de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, luego ley 25.854) .

En tal sentido, es dable recordar que la ley 25.854/2004 crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de adoptivos (D.N.R.U.A) con el objetivo de aspirar a una lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos conformada por los diferentes registros provinciales, por lo que quienes deseen adoptar niños menores de edad, deberán contar con la admisión como pretensos adoptantes. En la especie, como ya se adelantó, no se encuentra cumplido este requisito exigido por la ley.

Con respecto a la elección de los pretensos adoptantes, establece el deber de los jueces de recurrir al registro creado por la Ley N° 25.854, que en su art. 16 dispone que “es requisito esencial de los peticionantes, hallarse admitidos en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos”.

Por su parte, el decreto reglamentario (Anexo I, Dec. Regl. 1328/09) agrega que “los Jueces competentes previa consulta de la nómina de aspirantes evaluados en Jurisdicción Nacional, requerirán del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (R.U.A.G.A.) la remisión de copia del número de legajos que considere necesarios y que resulten adecuados al caso...” (art. 22). Además, estipula que el juez competente, con la intervención previa del Ministerio Público, seleccionará al postulante adecuado al caso (art. 24, Anexo I, Dec. Regl. 1328/09). El fundamento de la creación de este registro se basa en la transparencia y publicidad del Sistema de Protección, que cuenta con la información centralizada de quienes se encuentran en condiciones de adoptar, a fin de que los jueces con competencia en asuntos de familia elijan entre los inscriptos al más idóneo en interés del adoptado (Fernández, Silvia, comentario al artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación; Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (Directoras), *“Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014”*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, pág. 288 y ss.)

Por ello, a fin de sanear la falta de inscripción de los aquí pretendidos guardadores con miras a adopción ante el registro respectivo conforme lo prescribe el art. 600 inc b) CCyC, habida cuenta que dicha falta de registración es causal de nulidad absoluta (art 634 inc. h) del CCyC), en atención a la relevancia que adquiere la existencia y validez de gestiones a cargo de registros nacionales o locales de adoptantes en resguardo de las personas menores de edad y haciendo prevalecer sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, ante la situación existente basada en la socioafectividad, en la que se está forjando el derecho a la identidad, en su faz dinámica y sin

perjuicio de la evaluación de la aptitud adoptiva del matrimonio acreditada en autos, (conforme el informe psicológico de fs. 357/394, informe socio- ambiental de fs. 213/220 y certificado de antecedentes penales de fs. 289/290), habré de ordenar al Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos (RUAGA), -atento a la especialidad de los profesionales de los equipos interdisciplinario del organismo y en honor a la transparencia del sistema- la evaluación del matrimonio V.- N., con el objetivo de ser declarados “aptos” para adopción y su consecuente inscripción. Dicha evaluación de idoneidad de estos postulantes seleccionados deberá efectuarse para esta niña concreta, G. L., respecto a quien se está procurando satisfacer su derecho a la vida familiar (art. 594 y ccts., CCyCN).

IX. Sostiene Bidart Campos que el control judicial de constitucionalidad, y la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma o un acto, es un deber (u obligación) que implícitamente impone la Constitución formal a todos los tribunales del poder judicial cuando ejercen su función de administrar justicia, o cuando deben cumplir dicha norma o dicho acto (Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, t. IA, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 403.)

Este control de constitucional es jurisdiccional difuso porque todos los jueces, de cualquier instancia, pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema de Justicia como tribunal último por vía del recurso extraordinario previsto por el art. 14 de la ley 48.

Tal es el caso en que se demuestre que la aplicación de una norma -al menos en un supuesto concreto- implica la vulneración de uno o más derechos fundamentales reconocidos en el texto original de

nuestra Carta Magna y en los diversos instrumentos de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad (conf. art. 75 inc. 22°, CN).

Para determinar si una norma vulnera derechos humanos emergentes de este bloque constitucional es preciso hacer un análisis desde el llamado principio de proporcionalidad, contenido en cierta medida en el art. 28 de nuestra Carta Magna (que en rigor habla del principio de razonabilidad). El principio de proporcionalidad -como su nombre lo indica- permite auscultar si la intervención en un derecho fundamental a través de una norma o acto de los poderes estatuidos o particulares es o no proporcionada y, en consecuencia, si supera o no el test de constitucionalidad (Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ps. 75 y ss.).

El art. 75 inc. 22 trajo al orden simbólico local, un orden distinto, es el que se configura a través de los DD. HH., los que irradian la coexistencia de una constelación plural de opciones de vida en lugar de un supuesto de homogeneidad ideológica o pensamiento único, que se manifestará en las distintas formas en que se expresa la legalidad.

El derecho de familia debe receptor la constitucionalización del derecho privado en todo su contenido, como surge de los principios que son la base del sistema que consagra: pluralidad, igualdad y solidaridad.

La igualdad, como principio constitucional y el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el orden público reconoce la aptitud de los miembros de la familia para decidir libremente opciones inherentes a la intimidad de la vida familiar.

La propia Corte ha señalado hace ya tiempo que “la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional”. “La ley no debe ser interpretada históricamente, sino teniendo en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad” (Fallo “Casal, Matías E. y otro” del 20/09/2005, consid. 14 del voto de los Dres. Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; en LA LEY, 2005-F, 110. "Kot", 5-9-58, Fallos 241:291).

Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14: 425; 147: 28 6). “Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución...” “En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad”(Fallos: 300:1029; 305:1304).

“El aludido 'control de convencionalidad' importa, pues, una búsqueda de compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, y cuando hablamos de esas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina (que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos), al *ius cogens* y a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales”. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos

Aires, P.L., J. M. c. I.O.M.A., 18/08/2010, voto del Dr. Juan Carlos Hitters).

Para entender el cambio copernicano que se produce en el sistema de fuentes se debe precisar que, a partir de la última reforma constitucional, un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan en lo que denominamos fórmula primaria de validez. En nuestro ordenamiento jurídico la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas foráneas – las normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional-, lo cual potencia su naturaleza heterogénea. Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el ordenamiento jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía. Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal (BCF) el que se encuentra formado por dos subsistemas, uno, el articulado constitucional, otro, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (Pizzolo Colagero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, La Ley 2006-D, 1023).

En la cúspide, el reinado de la constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a otros instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía. (Pizzolo Colagero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino...”, ob. cit.).

Desde antiguo, la Corte IDH ha establecido que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y Estado de Derecho, constituyen una tríada”, en la que cada componente se describe completa, y adquiere sentido, en función de los

otros, criterio ratificado a cada momento. (SCBA, 18 de agosto de 2010, causa A. 69. 412, voto del Dr. Hitters, publicado en www.scba.gov.ar).

En primer término es fundamental tener en cuenta que cuando un Estado ratifica un tratado de derechos humanos se asumen obligaciones en los términos y significados del instrumento internacional, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

En la Opinión Consultiva 2 (OC-2/1982, del 24/9/1982) surge que "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".

Respecto de las obligaciones, la CADH en el art. 1 establece: " 1.1 Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna..." y luego el art. 2, determina: " Si el ejercicio de derechos y libertades mencionados en el art.1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

La Corte IDH ha dicho que para cumplir con el mandato del aludido art. 2, es necesario: 1) La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y 2) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones de derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas, y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro (Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 27 de abril de 2012, párr. 131; Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 52, párr. 207; y Caso “Salvador Chiriboga Vs. Ecuador”, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, 6 de Mayo de 2008, Serie C, N° 179, párr.122, citados por Bazán Víctor, “Control de Convencionalidad. Influencias jurisdiccionales reciprocas”, La Ley del 4 de abril de 2012).

Una importante herramienta para dar cumplimiento con lo establecido en el art. 1 de la Convención Americana, es decir para la armonización del ordenamiento jurídico interno con la normativa de la protección de la Convención es justamente el “Control de Convencionalidad”; las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa del “*effet utile*”, siendo obligación de los magistrados locales asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del referido control, sobre el que me referiré en apartado especial... (Caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 164).

Respecto del control de convencionalidad, no ha de soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, estableció que: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” (párr.124, CIDH, “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia del 6 de septiembre del año 2006, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, párraf. 124.”

En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, la Corte IDH profundiza su doctrina

sobre el control de convencionalidad, precisando que procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo peticionen (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 24/11/2006, párr.128). Por lo tanto, los jueces locales se transforman en los primeros jueces internacionales al imponérseles el deber de controlar de oficio la convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana, recayendo sobre ellos la mayor responsabilidad para armonizar la legislación local con los parámetros internacionales, regionales o universales.

En definitiva podemos afirmar que la Corte IDH no tiene el monopolio en el ejercicio del “control de convencionalidad” sino que por el contrario son o deberían ser los jueces nacionales los primeros intérpretes de la normatividad internacional convirtiéndose así el juez nacional en juez interamericano” (Highton de Nolasco, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, La Ley del 10 de junio de 2014) y para que ello efectivamente ocurra deben ejercer no sólo un control “de constitucionalidad” sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana. (La Ley online, AR/JUR/ 10607/2006).

El “control de convencionalidad”, se ejercita respecto de dos parámetros normativos diferentes: las “normas supranacionales” o “material normativo controlante y las “normas locales”, “normas domésticas” o “material normativo controlado”. (Cabe aclarar que los términos “material normativo controlante” y “material normativo controlado” son utilizados por el Dr. Néstor Sagüés en su trabajo “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, Revista de Estudios Constitucionales Vol. 8, 2010, pág. 126-127).

Respeto del control de convencionalidad, existe una opinión casi unánime que el análisis de compatibilidad - de las normas domésticas y de los actos de la autoridad pública- se efectúa respecto de las normas de la Convención Americana y así también de la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH.

Sin embargo, a partir del voto razonado del Dr. Sergio García Ramírez en “Trabajadores Cesanteados del Congreso”, se abre un camino interpretativo más amplio -en esta especial cuestión- y es que abarca también otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Al respecto, el magistrado interamericano expresa que la Corte IDH al referirse al control de convencionalidad “...ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus iuris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de Salvador; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada, etc. De lo que se trata es que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos” (Párr. 2 del Voto razonado del Dr. García Ramírez en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, ap. 128)

Lo expuesto en el voto razonado se puede complementar con el discurso que brindaba el citado magistrado como presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período

Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, el 28 de marzo de 2006, cuando refiriéndose a la labor de la Corte Interamericana refería que “... le incube juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana y eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (...) es Corte de Convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales” (Citado por Bazán Víctor, “Control de Convencionalidad. Influencias jurisdiccionales reciprocas, La Ley del 4 de abril de 2012”).

“El parámetro del control difuso de convencionalidad no sólo comprende la Convención ADH, sino también Protocolos adicionales de la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus iuris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH” (“De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del corpus juris interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano”. Del voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en “Caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones y Costas, del 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 47).

“Este es quizás uno de aspectos menos delimitado de la doctrina del Control de Convencionalidad – todavía en rica construcción-

es que, al menos según los términos en que fue delineada en el caso “Almonacid Arellano”, la Corte IDH sugiere que tal control (de las normas internas del país) debería hacerse para asegurar la supremacía de cualquier tratado internacional relativo a derechos humanos (verbigracia: en el caso argentino, los enumerados por el art. 75, inciso 22 de la CN) y no sólo la de la Convención Americana, que es uno de los tantos tratados que puede suscribir un país”. (Abel, Federico, “El control de Convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano, La Ley 20/05/2011).

Todo parecería indicar que en su labor el juez nacional no queda circunscripto al “corpus iuris convencional” o “corpus iuris interamericano” sino que dentro del material normativo controlante quedan también comprendidos los tratados de derechos humanos incorporados por la vía del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional con más las decisiones de los órganos de aplicación e interpretación, es decir el “corpus iuris internacional”.

La Corte Suprema reafirmó la procedencia del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio por parte de todos los jueces y juezas que forman parte del Poder Judicial del Estado Constitucional de derecho argentino” (Gil Dominguez, Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio ¿una tensión difícil de superar? La Ley, 2010-B, 1302 y del mismo autor, La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio, La Ley 2010-E, 197) y conforme reconocimiento expreso que hiciera el Máximo Tribunal Regional, ha sido unas de las pioneras en Latinoamérica al acoger, ya en el año 2007, el deber paulatinamente cimentado por ella y en forma preponderantemente a partir de 2006, en torno al “control de convencionalidad” (Bazán, Víctor, “Control de Convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas, La

Ley del 4 de abril de 2012”. Dicho reconocimiento también puede leerse en el párr. 30 del voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en Caso “Cabrera García...”).

El concepto de “corpus iuris en materia de niñez” se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los mismos y se encuentra conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (Tratados, Convenios, Resoluciones y Declaraciones) así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39 e Informe sobre “El Derecho del Niño y la Niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”. UNICEF- CIDH-OEA-2013, párr. 31 y 32. Se puede ver en <http://www.cidh.org>).-

La Corte IDH y la Comisión IDH han aplicado esta noción de corpus iuris en forma reiterada y consistente en sus decisiones relativas a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. “El concepto corpus iuris en materia de niñez se refiere al conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños niñas y adolescentes (NNA) ... Esta noción propia del derecho internacional de los derechos humanos y de la interpretación de los tratados tiene particular importancia por contribuir a avanzar sustancialmente en la protección y defensa de los derechos humanos de los niños mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos de protección (y) para fijar los alcances de las obligaciones de los Estados en relación los derechos de la niñez” (Párr. 33 del Informe sobre “El Derecho del Niño ..., CIDH-OEA-2013.)

En el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado “Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”, puede leerse: “... Ambos órganos del Sistema Interamericano han sostenido que el referido corpus juris cumple un importante papel en lo que refiere a la interpretación de las distintas disposiciones de la Declaración y la Convención Americanas en esta materia (...).

Por consiguiente, para interpretar el significado, contenido y alcances de los derechos de los niños en particular en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”; el artículo VII de la Declaración Americana: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales” y artículo 16 del Pacto de San Salvador: Derecho de la Niñez: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, - los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por

parte de su familia, la sociedad y el Estado-, es importante recurrir por referencia, no sólo a las disposiciones contenidas en los referidos instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino además a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez...”(Informe sobre “El Derecho del Niño, ap. 33, 34 y 35 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 2º Edición; OE/Ser. L.N/11.133; doc.34, 29/10/2008, párr. 40 y 42)

De las numerosas sentencias de la CSJN referidas a los derechos de NNA analizadas con perspectiva constitucional-convencional, podemos seleccionar a modo de ejemplo el fallo: “M. de S. R., y otra s/ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación de declaratoria de herederos” del año 2012, por referir expresamente al instituto adoptivo y su viabilidad despojada de todo análisis puramente dogmático. Allí la CSJN, sin dejar pasar por alto que el Superior Tribunal Provincial de Entre Ríos había dictado sentencia en el caso “Fornerón e hija Vs. Argentina” y en vistas a lo allí resuelto por la Corte IDH, señala que el caso había sido “abordado con igual dogmatismo” y haciendo suyos los fundamentos de la Procuradora General entiende que “... corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción-los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75 inc. 22, Ley Fundamental)”, para luego hacer referencia expresa a la Observación Gral. N° 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” y asimismo al documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, del 29/10/2008, (OEA/Ser.L/V/II.133).

Lo trascendente del considerando del fallo citado es poder apreciar con mayor claridad como la CIDH, establece de manera obligatoria para el Poder Judicial de cada Estado, realizar el control de convencionalidad en virtud de la ratificación de un tratado internacional con jerarquía constitucional que, en la especie, será pensarlo fundamentalmente para la Convención de los Derechos del Niño. En consecuencia, se amplía el control que debe llevar a cabo el Poder Judicial no sólo de la Constitución sino de los tratados internacionales que también la componen. Será de particular relevancia el rol activo y garantista del Juez ante estos planteos.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico local recibió la Convención de los Derechos del Niño con el dictado de la ley 26.061 de “Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes” que fue reglamentada por Decreto-ley 415/2005 la cual, posteriormente, ha sido incorporada al Nuevo Código Civil y Comercial. Bajo estas pautas puede apreciarse como el legislador reafirmó el derecho a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Sin dudas, y en miras a lo ya previsto por la Convención, sentó la base normativa como reflejo del “Interés Superior del Niño” esbozado por el art. 3 de la Convención, incorporado a la ley 26.061 mediante el artículo tercero. En este sentido es preciso señalar que, con ánimo de delimitar la locución “interés superior del niño”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, señaló que dicho interés debe ser entendido “como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos de derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de

propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Gil Domínguez, Andrés, Famá, M. Victoria, Herrera, Marisa, “Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes”. Derecho constitucional de familia. Comentada, concordada y anotada., Buenos Aires, Editorial Ediar, año 2007, pág. 87.)

A su vez, la ley 26.061, también reguló el principio de “Responsabilidad familiar”, en este sentido el art. 7 establece que “la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...”.

De lo expuesto se puede concluir, que el Estado Nacional Argentino al suscribir y ratificar la Convención se comprometió frente a la Comunidad Internacional, a tomar todas aquellas medidas que sean necesarias para favorecer el pleno uso y ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tal motivo, es que será tarea del Poder Judicial, como parte integrante de uno de los poderes del Estado del Sistema Democrático que gobierna, de la implementación de aquellas medidas adecuadas para fortalecer el cumplimiento de su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs).que permita garantizar el desarrollo del niño dentro de lo que la Convención tuvo en miras, y no obstaculizar el desarrollo de tan reconocido derecho.

El desprendimiento de la crianza de un hijo por claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles provistos por sus principales responsables -los padres y otros miembros de la familia de origen- dando lugar a la intervención estatal. (Art. 19 CADH, arts. 3º y 4º CDN, Corte IDH, OC 17 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos

del Niño, arts. 1º, 29 y concs. de la ley 26.061, Derecho de todas las personas a la vida familiar (Art. 11 y 17 CADH).

En cualquier asunto en el que se encuentre involucrado un niño, niña y adolescente, el criterio rector de la decisión que ulteriormente se tomará, será teniendo en miras su interés superior (art. 3º CDN). Se trata de una pauta que delimita el marco de todas las decisiones de los jueces. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en este sentido ha sostenido que "la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño". (CSJN, 12/06/2012, "N.N. O U., V. s/ protección y guarda de personas", editorial La Ley, T 1. 2012-D, pág. 182).

Sostiene Cecilia Grosman que "... del juego armónico del preámbulo y de los arts. 5, 7, 8, 9, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende un programa básico de acción para proteger los derechos de los chicos relativos al hogar donde habrán de crecer y desarrollarse, que, en definitiva consagra lo que podríamos denominar el derecho a vivir en familia" (Grosman, Cecilia P., "La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes"; JA 2007-IV-1078.-104).

El Comité de los Derechos del Niño - interprete último de la CDN- en su día de Debate General: "Niños carentes de cuidado parental", expresó: "El Comité hace hincapié en que la familia, como grupo fundamental de la sociedad, es el entorno natural para la supervivencia, protección y desarrollo del niño y reconoce la existencia de

diversos valores éticos y culturales vinculados a la familia. Cuando se refiere al entorno familiar, la Convención refleja diferentes estructuras familiares derivadas de diversas pautas culturales y relaciones familiares emergentes. A este respecto, la Convención hace referencia a diversos tipos de familia, como la familia ampliada, y es aplicable en toda una variedad de familias, como la familia nuclear, la familia reconstruida, la familia compuesta, la familia con un solo progenitor, la familia consensual y la familia adoptiva. La socialización y la adquisición de valores se efectúan en el seno de la familia y las relaciones humanas trabadas dentro del contexto familiar serán los vínculos más importantes en la vida futura del niño” (Debate General: “Niños carentes de cuidado parental” del 16/09/2005, ap. 644.)

Luego, el citado órgano de control, en la observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art.3, párr. 1), expresa: “La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art.5). (Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, ap. 60.p. 72 de la Opinión Consultiva, OC N°17/2002).

Respecto de las presunciones de riesgo, del test de daño real y no especulativo, de la determinación de las implicancias que la decisión de separación acarrea en la vida del niño, podemos decir que con distinto nombre o rótulo desde antiguo se vienen delineando en la jurisprudencia de nuestro país los criterios que ha de adoptar el juez y que

servirán de fundamento a su sentencia; no obstante ello, y a raíz de la condena a nuestro país en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina” y también por la amplia difusión en el ámbito judicial y académico que tuvo el caso “Atala Riffo vs. Chile”, se van especificando con mayor nitidez los requisitos debe reunir la resolución que determina la separación de un niño de su progenitor/a cuando la contienda se debate entre ambos progenitores o bien cuando la misma se establece entre padres biológicos y padres adoptivos. Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Domínguez Raúl y otra s/ Adopción del 28/10/1975 “... que al evaluar el interés superior del menor en las adopciones, no se atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte” (Fallos: 293:273).

Similar criterio expone el Alto Tribunal Federal en el ya citado fallo del 26/09/ 2012, “M. d. S., R y otra s/ ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación de declaratoria de herederos”, en esta última oportunidad al respecto expresa: “... Los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir. Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener en la personalidad en desarrollo” (Publicado en La Ley 16/10/2012 y en DJ 19/12/2012).

X. Como se ha dicho: “La labor jurisdiccional debe ser protectoria o de acompañamiento, auscultando la justa aplicación de la ley en la toma de posiciones y con clara conciencia de que se debe dar adecuada satisfacción y tutela al superior interés en juego, aprehendiéndolo en su actual y real dimensión temporal... De no acceder a lo que se pide,

podría caer en un rigorismo excesivo que no se compadece con la tutela efectiva que debe brindar el órgano. Siendo así, entiendo que existe una ampliación en los poderes jurisdiccionales en lo que hace al gobierno de las formas a fin de tomar, razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice a fin de que lo que se resuelva, se compadezca con lo fáctico” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, Z.M.I. 03/03/2005 Publicado en: LLBA 2005 (agosto), 851 Cita online: AR/JUR/1547/2005.).

El derecho humano, personalísimo y constitucionalmente reconocido a la identidad, comprende la protección tanto de su faz estática como de su faz dinámica, esta última entendida como una construcción que se hace en el día a día de la persona, y que es esencialmente mutable y dinámica.

La solución que plantea el art. 611 del CCyCN resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el CCyCN. Lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica como claramente se dio en autos y por ello de adoptarse una postura, rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño. La postura que mejor responde a aquel principio rector es aquella que defiende y respeta el vínculo socioafectivo, es decir se debe resguardar la construcción de un vínculo de amor y confianza que G. forjó respecto de M. y A. y la necesidad y el deseo de vivir “en familia” con este hombre y esta mujer que la alojan en sus vidas, lo que permitió que los considere como figuras

parentales, y en el que las vastas constancias de autos dan cuenta claramente que no se ha intentado omitir el cumplimiento de norma alguna.

El concepto constitucional de familia supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado. Asimismo, debe seguirse el concepto amplio de familia, es decir que podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección... ” (art. 7 Dec. 415/06).

Todo ello configura un escenario que permite tutelar los derechos de G., acompañándola con una justicia efectiva que le asegure la permanencia en esta familia que ha deseado y encontrado.

Por lo que, admitida en los términos expresados la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, por cuanto ha sido expuesto ut supra, a juicio de la suscripta la regulación estricta del art. 611 del CCyC es inconstitucional y anticonvencional, en este caso concreto, en cuanto no ampara esta situación de socioafectividad o identidad dinámica como nuevo paradigma de esta sociedad.

En este caso, el conflicto jurídico no fue motivado por una “entrega directa”, sino por circunstancias en las que el transcurso del tiempo durante las medidas de alojamiento alternativo excepcional, se convirtieron en fuertes vínculos afectivos. Una vez más, destaco la necesidad de una mirada sistémica para resolver cuestiones como las de este supuesto. Mirada que, lejos de atenerse en la rigidez de las normas nos obliga a interpretarlas a la luz de la vertiginosa dinámica de los nuevos paradigmas de esta sociedad.

Por ello, teniendo en consideración como lo establece en el articulado del Título Preliminar (arts 1 y 2) y los principios generales que rigen el sistema adoptivo (art. 595) del Código de fondo los que han sido conceptualizados como mandatos de optimización o directrices para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas, de no declararse la inconstitucionalidad del art 611 CCyC atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico -ya que en este caso configura una barrera que tornaba inaccesible para la niña y el matrimonio peticionante de la guarda con miras a adopción, el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar- encontrándose la niña en situación de adoptabilidad como aquí se decretará, no se le podría resguardar y asegurar la permanencia en esta familia acogedora, que ha deseado y encontrado ya, relación genuina basada en el afecto y en la voluntad como únicos elementos de una realidad sociológica, que sin dudas beneficiará a G.. Ello resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial (art.75 incs.22 y 23 de la Constitución Nacional, arts. 1, 2 CADH).

En definitiva, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, habiendo analizado cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital de la niña, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes (examen que viene impuesto constitucionalmente) y que la interpretación de las cláusulas legales, tales como las contenidas en el Código Civil y Comercial, debe dejar suficiente espacio para que ello pueda ser efectivamente puesto en práctica, entiende la suscripta que, encontrándose G. en estado de preadoptabilidad y habiendo evaluado en

punto a las consecuencias que ello trae aparejado para la vida de la niña, tal como ella estaba transcurriendo en realidad, seleccionar a una nueva y todavía desconocida familia que la adoptaría no sería el mejor modo de satisfacer las necesidades para la formación de su personalidad ya que la posibilidad de que se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio V.-N., instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono. Por ende, resulta importante protegerla de esta re victimización e impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores (todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f) de la ley 26.061, es potencialmente apto para inferir un trauma). De alguna manera, esto significa preservar los espacios vinculares donde la niña ha logrado conquistar su estabilización afectiva.

Por tales consideraciones, antecedentes fácticos, normas, jurisprudencia y doctrina citadas, contando con la anuencia del Sr. Defensor Público Tutor expuesta fundadamente a fs. 513 y vta., compartida por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces a fs. 515 y en la firme convicción que esta decisión comulga con la tutela judicial efectiva de la niña y haciendo prevalecer sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, RESUELVO: I) Declarar la situación de adoptabilidad a la niña G. L.;

II) Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto, por cuanto no ampara y ni exceptúa de la prohibición, el vínculo existente basado en una genuina relación de socioafectividad, en la que se está forjando el derecho a la identidad de la niña, en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior de

conformidad con el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75 inc 22 de la Constitución Nación, el que aquí involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1 CDN), el derecho “a preservar su identidad (art.8.1 CDN), el derecho a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1. CDN) y el cumplimiento del debido proceso adjetivo en el procedimiento de adopción (art. 21 CDN).

III.- Ordenar la evaluación del matrimonio compuesto por la Sra. M. R. N. y el Sr. A. P. V. en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos (RUAGA) con carácter urgente y prioritario, con el objetivo de ser declarados “aptos” para adopción y su consecuente inscripción. Dicha evaluación de idoneidad de estos postulantes seleccionados deberá efectuarse para esta niña concreta, G. L., respecto a quien se está procurando satisfacer su derecho a la vida familiar. A tal efecto se libraré oficio de estilo adjuntando copia de la presente resolución y quedando a disposición de los profesionales interviniente la compulsa de las presentes actuaciones en la sede del juzgado, levantado a sus efectos la reserva, con el fin que el equipo interviniente pueda ilustrarse acabadamente.

IV) Notifíquese y en el caso la Sra. D. E. L. y Defensoría Zonal interviniente, mediante cédula a diligenciarse en el día y a los Ministerios Públicos y al Defensor Público Tutor en sus respectivos despachos.

ASI LO DECIDO.

MYRIAM. M CATALDI
JUEZ SUBROGANTE