



“LA GUARDA DE HECHO Y LA SOCIOAFECTIVIDAD EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN BAJO EL PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, EN LA JURISPRUDENCIA DE RÍO NEGRO”

TRABAJO FINAL DE GRADO

CARRERA: ABOGACÍA

ALUMNA: Sofía de los Ángeles Van de Couter.

DIRECTOR A CARGO: Ariel Alberto Gallinger.

AÑO 2023

VIEDMA – RIO NEGRO

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, mis papás Mónica y Fabián y mis hermanos/as Lautaro, Valentina y Victoria por acompañarme a lo largo de este camino, brindándome su apoyo incondicional, alegrándose por cada materia aprobada y estando conmigo cuando las cosas no salían como quería. Siempre motivándome a ir por más.

A mis grandes amores de 4 patas, Napoleón y Astor, que estuvieron acompañándome los días de estudio - y siempre - hasta altas horas de la madrugada, siempre al ladito mío haciéndome compañía.

A Federico, que con amor me acompaña en esta última etapa de mi carrera, alegrándose de mis logros como si fueran suyos.

A mi director de tesis, Ariel, que desde el primer momento estuvo predispuesto a acompañarme en la confección de este trabajo final, siempre presente, apoyando y motivándome a seguir hasta el final. Sin dudas, este trabajo no hubiera sido lo mismo sin él.

A la UNRN, por darme la oportunidad de estudiar la carrera que amo.

A todos, simplemente ¡Gracias!

Sofía.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN:	5
MARCO TEÓRICO:	6
MARCO METODOLÓGICO:	9
OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
ESTRATEGIA METODOLÓGICA:.....	10
ANTECEDENTES:	12
CAPÍTULO I: “EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN”	16
1.1 La adopción, regulación y principios generales.....	16
1.2 Guarda con fines de adopción. El rol del Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos “RUAGFA”.....	19
1.3 Guarda de hecho. Concepto. Prohibición. Historial normativo.....	22
CAPÍTULO II: “PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE”	27
1.1 Aspectos normativos, definición y alcances del interés superior del Niño, Niña y Adolescente.....	27
2.2 Protección de los derechos del niño, niña y adolescente en el proceso de adopción. Derecho a ser oídos y oídas.....	30
CAPÍTULO III: “EL VÍNCULO ENTRE LA GUARDA DE HECHO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART 611 DEL CCYC DE LA NACIÓN”	32
3.1 El paso del tiempo y la socioafectividad como elementos claves para plantear la inconstitucionalidad del Art. 611 del CCyC en miras al interés superior del NNA en el caso concreto.....	32
- El planteamiento normativo de inconstitucionalidad:.....	32
- El principio de la socioafectividad y el factor tiempo:.....	34
3.2 La Guarda de Hecho en la jurisprudencia Rionegrina. ¿Rigidez de la norma o	

preservación de la socioafectividad?.....	38
- “E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (Expte. N 0756/13/J5) - Viedma, Río Negro	38
- “M.E.A Y H A.M S/ADOPCIÓN” (Expte. N 0489/18/J7) - Viedma, Río Negro.....	42
- "L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)" (Expte. No 18864) - Cipolletti, Río Negro.....	44
CONCLUSIÓN:.....	47
BIBLIOGRAFÍA:.....	50
ANEXOS:.....	53
- ENTREVISTA REALIZADA AL DR. PALMA JORGE, ABOGADO DE LA FAMILIA GUARDADORA Y DE LA NIÑA “E.M.B” EN EL FALLO “E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (EXPTE. N 0756/13/J5).....	53
- ENTREVISTA REALIZADA A LA DEFENSORA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL DE RIO NEGRO, DRA. CRESPO DOLORES. PARTE ACTIVA COMO “ABOGADA DEL NIÑO/NIÑA” EN EL CASO “E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (Expte. N 0756/13/J5)	56
- ENTREVISTA REALIZADA A LA RESPONSABLE DEL R.U.A.G.F.A DE LA 1º CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE VIEDMA, SRA. ZANARDI ESTELA.....	58

TABLA DE ABREVIATURAS:

- **CCYC:** Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- **CN:** Constitución Nacional.
- **NNA:** Niños, niñas y adolescentes.
- **RUAGFA:** Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

INTRODUCCIÓN:

Cuando se aborda el análisis del instituto de la Adopción no puede omitirse la consideración de la figura de la Guarda de Hecho, pese a su reprobación por el ordenamiento jurídico, en tanto fuera expresamente prohibida en el Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 611, el cual la define como aquella entrega directa en guarda de un niño, niña o adolescente originada por fuera del ordenamiento jurídico.

Pese a ello, la guarda de hecho se sigue sosteniendo como práctica a lo largo del tiempo, con algún grado de tolerancia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia provocando diversas posturas.

A dicho debate no ha sido ajena la jurisprudencia de la Provincia de Río Negro, lo que me ha llevado a preguntarme, constituyendo el interrogante base de este trabajo ¿Cuál ha sido la respuesta de los órganos jurisdiccionales de Río Negro, frente a la guarda de hecho en los procesos de adopción?

Desde una mirada positivista de la cuestión a abordar, debemos tener presente que el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación impone el deber de no considerar a los fines de la adopción a la guarda de hecho como un antecedente.

No obstante, este instituto ocupa un lugar de preponderancia en la instancia en la cual el sistema judicial se expide respecto al otorgamiento de una adopción, debiendo tener el juez o la jueza una mirada individualizada para tomar una decisión acorde a la singularidad y particularidad del caso específico.

Los jueces y juezas al momento de decidir no solo deben tener en consideración lo establecido como requisitos en el CCyC, sino que también deben realizar un minucioso **diálogo de fuentes** teniendo en cuenta todos aquellos aspectos vinculados, el **interés superior del NNA** en razón de la socioafectividad, el paso del tiempo, el origen de la guarda, la identidad dinámica, entre otros.

Así mismo, el vínculo socioafectivo y el paso del tiempo (que en la mayoría de los casos, corresponde a la totalidad de la vida del NNA) son de los condicionantes más importantes que analiza la jueza o el juez a la hora de tomar una decisión, ya que son reafirmantes y forjadores de lazos afectivos para el NNA inserto en el núcleo familiar de la familia guardadora.

Velar por el Interés Superior del Niño implica un estudio y abordaje integral de los derechos afectados y los que puedan resultar vulnerados en un futuro, debiéndose siempre optar por aquellas medidas que garanticen la máxima satisfacción y menor restricción de los derechos.

En función de ello, la **hipótesis** de este trabajo, es que si bien la prohibición de la consideración de la guarda de hecho como antecedente de la adopción, constituye un resguardo del sistema en contra de la entrega discrecional de niños, niñas y adolescentes, ello no puede constituir un dogma aplicable a todas las situaciones, prescindiendo de los vínculos socioafectivos y el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes.

En realidad, no podemos prescindir de la casuística de que en determinados casos, concretos, específicos, es imposible dejar de lado al Interés Superior del NNA junto a los principios constitucionales y convencionales de resguardo de derechos, cuando de una guarda de hecho - que posee sus orígenes dentro de los límites de la licitud - se vean comprometidos los vínculos socio afectivos originados dentro la misma, entre el NNA y los guardadores.

El presente, cuenta de un **objetivo general** el cual se basa en analizar las implicancias de la no recepción de la socioafectividad como excepción a la prohibición de contemplar como antecedente de la adopción a la guarda de hecho, según la redacción del artículo 611 del CCyC, y su relación con el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes. No obstante, el mismo estará acompañado de tres **objetivos específicos** - que se detallarán a continuación - y que servirán de nexo para alcanzar el objetivo general planteado.

Si bien, luego explicaré con detalle la **metodología de la investigación** que utilizaré, es dable anticipar, que el mismo se realizará llevando a cabo una **investigación cualitativa** y utilizando como método de estudio, **el método exploratorio y el jurídico descriptivo**. Todo

ello en razón de que se realizará un análisis de la normativa jurídica vigente al tema objeto del trabajo, tales como, artículos de la Constitución Nacional Argentina y del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también de leyes e instrumentos de índole internacional que se detallaran a continuación.

En lo que respecta a la estructura del trabajo, el mismo contará de la presente introducción y de tres capítulos. Finalmente se arribará a una conclusión y se detallarán las referencias bibliográficas utilizadas y anexos.

En primer lugar, en el **CAPÍTULO I: “EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN”**, se estudiará el instituto de la adopción dentro del proceso de familia, los requisitos para concretar un vínculo filial (el actuar del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos), la declaración de guarda con fines adoptivos, la vinculación y las diferencias con la guarda de hecho mal llamada “guarda irregular”.

Seguidamente, en el **CAPÍTULO II: “PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE”**, se analizará la Ley Nacional 26.061 (D.R 415/2006) y la Ley Provincial D 4109 (2009) de Rio Negro de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes a los fines de profundizar sobre el interés superior, considerando en todo momento al NNA como sujeto de derechos. Como así también, se analizará la Convención sobre los Derechos del Niño, que en materia de protección de derechos de NNA el Estado tiene obligación de legislar mecanismos de restitución de derechos y también un deber de celeridad en la protección a la vida familiar (arts. 9 y 18 CDN).

Sin más, se estudiará la normativa nacional e internacional que regula lo atinente a la influencia del interés superior del niño, niña y adolescente en el proceso de adopción y el derecho a ser oídos y oídas en todo momento, ya sea judicial o administrativamente.

Posteriormente, en el **CAPÍTULO III: “EL VÍNCULO ENTRE LA GUARDA DE HECHO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART 611 DEL CCYC DE LA NACIÓN”**, y ya teniendo de antesala todos los conocimientos necesarios, me abocaré en el análisis del vínculo directo que existe entre la

guarda de hecho y el Interés Superior del NNA. El paso del tiempo y la socioafectividad como elementos claves para plantear la inconstitucionalidad del artículo 611 del CCyC en el caso en concreto, a los fines de establecer su correspondencia constitucional y convencional.

También, se llevara a cabo el **relevamiento y análisis de la jurisprudencia** más destacada sobre el tema objeto del presente, que atiende a la temática en el ámbito de la provincia de Río Negro (analizada y desarrollada con mas precision en el Capítulo III) y a nivel nacional e internacional (analizada y desarrollada a lo largo del presente).

Por ultimo, **se realizaran entrevistas** a diferentes profesionales que poseen relación con la temática, administrativos, abogados y defensores públicos, a los fines de que brinden sus conocimientos y posturas, para interiorizarnos de cómo es en la práctica el proceso de adopción, las etapas del R.U.A.G.F.A y la inclusión de la figura de la guarda de hecho vinculada con la socioafectividad y el paso del tiempo en miras de satisfacer el mejor interés superior del NNA en la provincia de Río Negro.

MARCO METODOLÓGICO:

Objetivo General:

Como anticipo, el presente trabajo tiene como **objetivo general:** Analizar las implicancias de la no recepción de la socioafectividad como excepción a la prohibición de contemplar como antecedente de la adopción a la guarda de hecho, según la redacción del artículo 611 del CCyC, y su relación con el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes.

Considero que es de plena relevancia la problemática que surge al momento de plantearse la afectación de la prohibición de la Guarda de Hecho como antecedente de la adopción en los casos en donde el NNA crea un vínculo socio afectivo duradero en el tiempo con sus guardadores/guardadoras en miras de satisfacer su Interés Superior, ya que en el **segundo párrafo del art 611 del CCyC se indica “...La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador...”**.

En este segundo párrafo es donde pretendo hacer hincapié, en la necesidad de plantear la existencia de aquellos elementos claves (la socioafectividad, el paso del tiempo, el centro de vida, etc) que se deben ponderar al momento de resolver en el caso en concreto.

Si efectivamente se debe hacer lugar a la orden que se fija en el artículo 611 del CCyC de la Nación, de separar al Niño, Niña o Adolescente de forma transitoria o definitiva de su guardador o más bien, ponerse en el lugar del NNA - a los fines de su protección y resguardo - y tener en consideración que con ese “guardador/guardadora” el NNA vivió una parte importante de su vida, forjando un vínculo socioafectivo y estableciendo su centro de vida geográfico y afectivo.

Objetivos específicos:

- Sistematizar el marco normativo aplicable en relación a la prohibición de la guarda de hecho como antecedente de los procesos de adopción y del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes.
- Establecer las conceptualizaciones de los institutos involucrados en la adopción según la doctrina jurídica, y su utilidad al momento de determinar el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes en cada caso en concreto.
- Analizar los antecedentes jurisprudenciales más destacados de la Provincia de Río Negro, en relación a la interpretación y aplicación del Art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, en razón de la socioafectividad y el paso del tiempo en miras del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA:

Como mencione anteriormente, la realización del trabajo se hará mediante **la investigación cualitativa**, la cual es de carácter inductivo e implica una inmersión general en campo y una interpretación contextual teniendo como finalidad una recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación (**Sampieri Hernandez, 2003**). Es por esto, que la investigación cualitativa plantea que la realidad se modifica constantemente, y que el investigador, al interpretar la realidad, obtendrá resultados subjetivos. (**Bryman, 2004**).

En el presente, utilizare **el método exploratorio y el método jurídico descriptivo**, en razón de que tal como se anticipó, se llevará a cabo un análisis normativo, comprendiendo a la CN, al CCyC, Ley 26.061 (D.R 415/2006) de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley Nacional 25.854 de creación del “Registro Único de aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos” - e instrumentos de índole internacional, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Convención Internacional de Derechos del Niño (1989), que en materia de protección de derechos de NNA son pilar fundamental.

Todo ello en razón de que el **estudio exploratorio** constituye el primer acercamiento a la realidad para observar sus rasgos fundamentales (**Pineda Gonzales, 1990**) y el **método jurídico descriptivo** se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espacio-temporal dada, justamente por eso se habla de descripción. Aquí el investigador se centra en dar a conocer las características del fenómeno en evaluación. (**Reynaldo Mario Tantaleán Odar, 2015**)

Ante esto el **autor Reynaldo Mario Tantaleán Odar (2015)** manifiesta que: *“...al igual que en el caso de las investigaciones exploratorias, el trabajo descriptivo también labora con solo un componente problemático de estudio; este componente o variable está dado por el objeto al cual se aproxima el investigador pero de modo más concreto que para el caso de las investigaciones exploratorias.”*

MARCO TEÓRICO:

El presente trabajo se desarrollará adoptando como marco teórico de análisis a la construcción teórica elaborada por la Dra. Herrera Marisa en torno al concepto de socio afectividad, en tanto la misma permite dar cuenta no solo de la problemática normativa y sus eventuales contradicciones internas, sino confrontar los hechos, el marco jurídico con la realidad de las infancias involucradas.

En dicho orden, ha definido a la socioafectividad como "*...Aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas...*"

Así, se enmarca la importancia de considerar a la socioafectividad, a los vínculos construidos y al paso del tiempo como elementos claves y determinantes para plantear la inconstitucionalidad de la prohibición de la guarda de hecho (Artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación) en el caso concreto, en miras de satisfacer el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

En la actualidad, el vínculo socioafectivo es considerado como un criterio destinado a instaurar la existencia del vínculo parental, por lo que queda arduamente demostrado que el derecho de las familias hoy en día va mucho más allá de lo normativamente reglado, encontrando su origen no solo en las relaciones de pareja y en el parentesco, sino que también en los vínculos afectivos significativos.

No obstante, no está de más aclarar, que para que se reconozca el vínculo socioafectivo, es requisito principal y excluyente que la guarda que dio origen al vínculo se haya originado en un escenario de total licitud, alejado de la ilegalidad o de cuestiones delictivas donde el NNA sea víctima directa.

Si bien hay variedad de autores que estudian a la socioafectividad frente al proceso de adopción, en esta oportunidad, tal como mencione con anterioridad, opté como fuente doctrinaria principal a una pionera en la temática, autora y escritora muy importante, la Dra. Marisa Herrera, que no solo habla de la socioafectividad en la adopción de manera amplia,

sino que hace específicamente, hincapié en el la socioafectividad implantada en los casos de guardas de hecho.

La autora **Herrera Marisa (2021)** manifiesta que *“La noción de socioafectividad constituye un elemento central, determinante y en determinados conflictos, definitorios, para la resolución de varios de los problemas más acuciantes, complejos y contemporáneos que desviven al campo de los derechos de infancia y adolescencia...”*

Es importante recordar que en la primera escritura del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 611 no estaba redactado de la misma manera que lo encontramos hoy, es decir, fue modificado en el camino legislativo.

Dicha modificación se fundó en sustraer de las excepciones del Art. 611 del CCyC la comprobación del vínculo socioafectivo entre los pretensos guardadores y el Niño, Niña o Adolescente, dejando sólo la comprobación real de parentesco entre los progenitores y los guardadores, dejando de lado al principio de la socioafectividad y las relaciones de familia que se fundan en el mismo.

Tal excepción a la prohibición genérica, resulta muy acotada en relación a lo que significa la figura de la guarda de hecho y la procedencia de la misma, y lo que resulta muy sorprendente desde el punto de vista jurídico es que en dicho artículo no se haya incluido un elemento tan importante que se plantea en la jurisprudencia. Ante esto, **(Herrera Marisa 2015)** recalca: *“¿Es beneficioso en el interés superior del niño que la ley no distinga — cuando lo puede hacer— diferentes situaciones fácticas que están detrás de una guarda de hecho?”*

Todo ello sin contar, la violación al interés superior del NNA que se genera con tal cuestión. ¿Y esto por qué? Porque la socioafectividad es considerada un elemento decisorio a la hora de resolver una posible adopción a la que le antecede una guarda de hecho, tal como lo podremos ver en los antecedentes que luego analizaré, siempre teniendo en consideración el caso particular y el origen de la guarda gestada.

Ante esto las autoras **Herrera Marisa y Molina de Juan, Mariel (2015)** manifiestan: *“...Mas allá de se pueda defender en abstracto la preeminencia del nuevo Código Civil en materia de guarda de hecho, lo cierto es que la decisión final nunca podrá violar el principio*

rector en la materia del interés superior del niño y analizar, según el caso, cómo el afecto previo entre ambas familias y la decisión de una a favor de la otra para que se haga cargo de su hijo, es la consecuencia de una situación socioafectiva que la ley no puede silenciar, obviar ni borrar so pena de incurrir en la violación de varios derechos humanos, siendo que la identidad en su faz dinámica no sólo la titularizan los niños sino también los adultos, al tratarse de un derecho reflejo o de —ida y vuelta”

Esta problemática, ha sido abordada en distintos precedentes provinciales y nacionales, en donde se ha planteado no solo la inconstitucionalidad, sino que también la anti convencionalidad del artículo 611 del CCyC de la Nación fundado en la falta de amparo ante un contexto de socioafectividad vivido por el/la menor de edad y aquellos que poseen su guarda y protección.

Dicho análisis jurisprudencial permitirá advertir diversas cuestiones jurídicas plasmadas tanto en normativa legal como así también doctrinal.

ANTECEDENTES:

En lo que respecta al estado del arte del presente, corresponde señalar que son varias las autoras y autores que han abordado la temática a estudiar, aportando su mirada confluyente en la necesidad de poner en el centro del debate del ajuste normativo constitucional y convencional, la adecuación al interés superior de niños, niñas y adolescentes, como también a la realidad del vínculo socio afectivo construido a través del tiempo.

En tal sentido, la autora **Krasnow Adriana (2019)** refiriéndose a la necesidad de recurrir al diálogo de fuentes instituido en los artículos 1 a 3 del CCyC, afirma que dichos artículos “...ordenan que el intérprete debe emprender en cada caso una labor de interpretación e integración del sistema de fuentes en vinculación directa con los hechos del caso a resolver; arribando de este modo al dictado de una sentencia judicial razonable.”

Como punto de partida, en lo que respecta al interés superior del NNA, dentro de la fuente convencional se encuentra el instrumento internacional por excelencia de más relevancia en la

temática, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (que tiene sus orígenes en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989) que regula lo atinente al Interés Superior del NNA, ponderando que todas las medidas adoptadas (conjunto de acciones y procesos) deberán estar basadas en garantizar el desarrollo integral de los mismos. Así mismo, en los artículos 3 y 18.1, en donde individualiza y protege a cada NNA en particular, en su condición de sujeto portador de derechos, teniendo la facultad de hacerlos valer ante autoridades judiciales y administrativas. Del mismo modo, en su artículo 9 regula la protección ante la separación del/la mismo/misma de su seno familiar y centro de vida en el caso en concreto.

En la fuente interna, Argentina ratificó la Convención Internacional sobre derechos del Niño en el año 1990 y posteriormente en el año 1994 le otorgó rango constitucional, por ende, le otorgó jerarquía normativa constitucional dentro del ordenamiento jurídico del país. Todo ello conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, desde 1994 nuestro país posee la obligación de establecer los estándares y garantizar todos los derechos establecidos en la Convención Internacional a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Argentina.

Posterior a la ratificación de la Convención, en el año 2005 se sanciona la **Ley Nacional 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes** la cual en su artículo 3 - último párrafo, refiere que los principios detallados en el mismo, son aplicables en materia de adopción – proceso de familia- y en el caso de conflicto de derechos e intereses, siempre va a prevalecer sobre cualquier otra cuestión el derecho del NNyA. Lo que resulta de gran trascendencia para el objeto del presente trabajo y al momento de responder el interrogante planteado .

Así mismo, el **artículo 595 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación** reafirma lo ya establecido en la Ley nacional 26.061 de Protección Integral, en razón de que establece dentro de sus principios generales que la adopción se rige por el Interés Superior del Niño.

A nivel local, la provincia de Río Negro en el año 2009 sanciona la **Ley D 4.109** sobre “Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes” señalando la definición de interés superior de la misma forma que la Ley Nacional 26.061.

En lo atinente al tema de la Guarda de Hecho dentro del proceso de adopción en el ámbito del derecho de familia, las autoras **Herrera Marisa y De La Torre Natalia (2022)** la definen como uno de los tópicos más conflictivos que rodea la figura de la adopción, en razón de que ha sido objeto de preocupación por el derecho argentino, derivada de respuestas legales diversas.

Además, **Cataldi Myriam (2016)** concuerda que es uno de los debates más complejos, generador de encontradas voces en el derecho de familia contemporáneo.

Retrospectivamente, la Guarda de Hecho ha sido permitida por la **Ley Nacional 19.134 (1971)** que autorizaba la entrega directa de NNA ante escribano público o acto administrativo, ante esto, está claro que la misma consideraba al NNA como un simple objeto y no como sujeto capaz de adquirir derechos.

Posteriormente, se sancionó la **Ley Nacional 24.779 (1997)**, la cual vino a derogar a la antigua Ley Nacional 19.134. La misma tenía como objetivo prohibir la entrega directa en el país.

El **Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 611** mantiene la prohibición de la guarda de hecho contenida en la **Ley Nacional 24.779**, lo que según el criterio de varios autores resulta inconstitucional y violatorio a la protección del interés superior del NNA debido a que no se considera en ningún momento el impacto perjudicial que tendrá para el NNA separarlo/la de la familia que vive hace años forjando afectos y su identidad dinámica. Ante este artículo arbitrario - según el caso en concreto las autoras **Gutiérrez Goyochea (2021)** y **Herrera Marisa (2021)** estudian lo atinente a la “socioafectividad, interés superior del niño y guardas de hecho” y plantean el desfasaje que existe entre el proceso judicial y la realidad social, es decir, la frialdad que existe entre la ley y la noción de la socioafectividad en el campo de estudio.

En lo que a esto respecta, las autoras **Fernández Silvia E., González de Vicel Mariela y Herrera Marisa (2016)** estudian la diferencia sustancial que se haya entre el transcurso del tiempo y la socioafectividad, manifestando: *“En los casos en que el niño ha transcurrido un considerable tiempo al cuidado de los guardadores de hecho, éstos suelen invocar la “consolidación” de la situación, planteando un verdadero “caso difícil”.* *Sin embargo, en*

estos casos no es el solo paso del tiempo el que dirige la mirada hacia la situación singular del niño a la luz de su superior interés, sino la exteriorización del principio de socioafectividad en las relaciones familiares. Esto así, en tanto el estándar socioafectivo se torna hoy al lado de los jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer el vínculo parental”.

A su vez, las autoras **Salituri Amezcua Martina y Videtta Carolina (2021)** estudian otro elemento a considerar, “el tiempo”, lo cual complejiza la construcción de la identidad dinámica con relación al impacto socio afectivo, por la consolidación que se produce entre el NNA y los guardadores de hecho.

Otros autores que remiten a dicho elemento son **Fernández Silvia (2014)** que se refiere al tiempo como inherente a la ciencia jurídica y elemento determinante en el nacimiento y ejercicio de los derechos. Por último, **Resta Eligio (2008)** que considera al tiempo de importancia peculiar en las cuestiones de infancia, “...aquel que tiene una cualidad de inherencia a cada decisión jurisdiccional relacionada con un niño...”

Así mismo, **Mendoza Elena (2020)** afirma que el juez puede legitimar la guarda de hecho porque satisface el interés superior del niño. Este criterio, es ratificado por **Herrera Marisa (2015)** la cual sostiene que este tema va mucho más allá de la postura que se siga, porque la realidad supera a las leyes y hay casos en los cuales a pesar de la prohibición del artículo 611 del CCyC, el vínculo que une a los NNA con los guardadores de hecho es tan grande que es difícil hacer lugar a la separación del NNA. Es por ello la importancia de que los magistrados a la hora de resolver el caso en particular, realicen un diálogo de fuentes y tengan determinados cuáles son los elementos a ponderar. Criterio que indica la autora **Cataldi Miryam (2016)**: “...el deber de poseer una mirada holística para abordar y resolver diferentes situaciones fácticas... obligando al diálogo de fuentes que el art. 2 del CCyC nos trae para corrernos 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”

CAPÍTULO I: “EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN”

1.1 La adopción, regulación y principios generales.

El instituto legal de la adopción en el ordenamiento jurídico argentino cuenta con antecedentes normativos ya no vigentes tales como la **Ley 13.252** y la **Ley 19.134**.

El origen de dicho instituto data del año 1948 con la sanción de la **Ley 13.252**. La misma funcionó como complementaria al Código Civil de Vélez ya que la adopción no se encontraba regulada en el antiguo código y sólo permitía como causa única del vínculo filial a la biológica o por naturaleza, por lo que el **artículo 1 de la Ley 13.252** normaba “**La adopción crea el vínculo legal de familia**” con dicha afirmación se logró dar mayor alcance a la causa fuente filial, como así también en su artículo 2 dejaba en claro que la misma sólo podía ser otorgada mediante resolución fundada de un juez, derivada de un proceso judicial.

Posteriormente, en el año 1971 la **Ley 13.252** fue derogada y entró en vigor la **Ley 19.134** (segunda ley de adopción), la cual vino a introducir en el ordenamiento jurídico argentino a la adopción plena, (diferente a lo regulado en la **Ley 13.252** que solo permitía como único tipo la adopción simple).

Con la adopción plena se le otorga la facultad a la familia adoptiva y al propio NNA la posibilidad de que la filiación venga a sustituir a la familia de origen, adquiriendo el adoptante los mismos derechos que tendría un hijo legítimo, todo ello se encontraba en el artículo 14 de la presente ley.

Ambas leyes procuraron dar origen a la creación de una institución jurídica que venga a dar una solución integral a una cuestión determinada que derivada de una situación de extrema vulnerabilidad que en ese entonces se apodaba “infancia abandonada”, tal como refiere la autora Marisa Herrera.

Años más tarde, en el 1997 se sancionó la **Ley 24.779** la cual vino explícitamente a introducir la regulación de la adopción en el Código Civil de Vélez (Ley 340/17711).

Más en la actualidad, en el año 2014 el Honorable Congreso de la Nación Argentina sancionó la **Ley 26.994** que dio lugar a la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, dando una sección especial para la adopción en su libro Segundo, llamado “Relaciones de Familia” (título VI, artículo 594 al 637). Es a bien destacar, que el CCyC vino a colocar al NNA en el centro principal de la historia, en el/la protagonista de la adopción, teniendo como objetivo la protección integral de sus derechos.

Ante ello, el **Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 594** define a la adopción como: *“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuándo éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo.”* Es decir, deja en claro que la misma está dirigida a la protección máxima de los derechos de niños, niñas y adolescentes, considerándolos como sujetos plenos de derechos.

Todo ello, en razón de los principios constitucionales e internacionales sobre los cuales se construye el régimen adoptivo, los cuales se encuentran plenamente identificados y regulados en el **Artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación**, indicando: *“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 su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años”.* Principios que optan de verdadera preponderancia debido a que ya han sido regulados con anterioridad en varios instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos.

Los principios por los que se rige la adopción son utilizados como derechos para el ejercicio de los derechos.

La autora **Herrera Marisa (2015)** manifiesta que *“ante cualquier vacío legislativo o laguna 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”*

Así mismo, se deberá tener en consideración que el legislador primó en todo momento que el proceso de adopción sea un proceso seguro, que se rija por la celeridad y en donde el fin principal sea la plena protección de los derechos del NNA. Y ante esto, nos podemos preguntar ¿Cómo se consigue que el proceso sea seguro? A partir de la intervención judicial en todas las etapas del mismo. El proceso de adopción se divide en dos etapas claves, en primer lugar, la guarda del NNA y en segundo lugar la decisión final del juez al declarar sentencia de adopción, es aquí que hablamos del “poder jurisdiccional”

1.2 Guarda con fines de adopción. El rol del Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos “RUAGFA”

En el año 2003 se promulgó la **Ley Nacional 25.854**, la cual tuvo como objeto principal la creación del **“Registro Único de aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos”**, también llamado **“RUAGFA”**, con asiento en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que fue posteriormente reglamentado por los **decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008**.

El **“RUAGFA”** fue creado en razón del **artículo 2 de la Ley 24.779** en el ámbito nacional, el cual tiene como objetivo la formulación conjunta con los demás registros que existen en los ámbitos locales.

El objetivo del Registro Único de aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, se encuentra establecido en el **artículo 2 de la Ley 25.854** el cual indica: *“Formalizar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción, la que será denominada “Nómina de Aspirantes”*. Tal como ha referido en diferentes oportunidades la autora Marisa Herrera se trata de una especie de “Terminal de Registro Nacional” en donde se incluye a los inscriptos

en los registros locales en un registro general (a nivel nacional) a los fines de contener toda la información centralizada de las personas que hayan sido evaluadas satisfactoriamente ante los miembros del RUAGFA.

Así mismo, es pertinente que antes de seguir avanzando con los requisitos y demás particularidades que impone la **Ley 25.854**, es de destacar que en lo que respecta a los antecedentes normativos la **Ley 13.252** ya venía imponiendo requisitos que se debían tener en consideración a la hora de la elección de los pretensos adoptantes.

Con posterioridad, la **Ley 19.134** vino a reducir y facilitar los requisitos establecidos por la primer ley, por ejemplo, eliminando la limitación de la **Ley 13.252** que permitía adoptar solamente a aquellas personas que no tuvieran hijo/hija, cuestión que en su momento y aun en la actualidad continúa siendo discriminatorio y violatorio del principio a la igualdad.

Actualmente los requisitos generales que se tienen en vista al momento de analizar el perfil del/los pretensos adoptantes se encuentran establecidos en el **artículo 7 de la Ley 25.854**, que nos indica: *“ARTICULO 7º — Toda inscripción se efectuará por los peticionantes en el "Libro de Aspirantes" ante los profesionales idóneos del organismo designado por cada jurisdicción correspondiente a su domicilio, con la apertura del legajo respectivo, donde deberán constar los siguientes datos como mínimo: a) Número de orden, fecha de inscripción, apellido, nombre, lugar y fecha de nacimiento, sexo, estado civil y en su caso acta de matrimonio, profesión u oficio, en caso de imposibilidad de concebir se deberán exhibir los estudios médicos correspondientes, y certificado de reincidencia. b) Datos completos de hijos si los hubiere, indicando en cada caso: apellido, nombres, fecha de nacimiento, si es biológico o adoptado y en su caso si la adopción es simple o plena, si vive o no, si habita con el aspirante y domicilio legal. Número de menores que estaría en condiciones de adoptar, edades, si acepta menores con discapacidad, si acepta grupos de hermanos, si previamente ha tenido menores en guarda y resultado de la misma. c) Evaluaciones jurídica, médica, psicológica y socio-ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato; indicación de la documentación acompañada. d) De la iniciación de trámite se extenderá a los aspirantes una constancia que incluirá: número de legajo adjudicado, fecha de inscripción, organismo interviniente y transcripción del artículo 14 de la presente ley.”*

En el inciso d) cuando menciona al artículo 14 hace alusión a que las inscripciones de admisión a aspirantes tiene una vigencia legal por 1 año, por lo que, una vez cumplido dicho plazo es preciso la ratificación legal de la solicitud, de manera presencial.

Ante lo expuesto hasta aquí, se evidencia que para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos es requisito esencial y excluyente para los pretensos adoptantes encontrarse inscriptos en el RUAGFA, debido a que la razón de ser y de la creación del organismo es que garantice y avale la correcta elección de postulantes y ¿cómo lo garantiza? tal como lo indican las autoras **Wagmaister Adriana M. y Lea M. Levy** a través de los estudios ambientales y psicológicos previos que permitan discernir una guarda con fines a una futura adopción.

Así mismo, el **Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 600** regula lo atinente a la obligación del pretense adoptante a estar inscripto en el registro y ante su incumplimiento la nulidad absoluta, la cual se encuentra estipulada en su **artículo 634 inciso h**).

Sobre el planteo de la nulidad absoluta en los casos de que los pretensos adoptantes no se encuentren inscriptos en el registro, existe una excepción, y es cuando de igual forma el juez o la jueza puede acreditar la legalidad de los actos, alegando al principio de la socioafectividad y del vínculo generado entre el guardador y el NNA, tal como se vio reflejado en el fallo "**L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)**" (**EXPTE. NO 18864**)" de la provincia de Río Negro en donde se estableció la relatividad del valor del Registro frente a las realidades de hecho consumadas y consolidadas por el transcurso del tiempo, con el argumento en la prevalencia del interés superior del niño (Artículo 3 CDN) en el caso concreto.

Es decir, hay determinados casos en donde la inscripción en el R.U.A.G.F.A (considerado un requisito formal) debe ceder, ¿Y de qué casos estamos hablando? De aquellos en donde se busque la mayor protección y beneficio al interés superior del NNA, a los fines de preservar los vínculos.

Por otro lado, como se mencionó al principio, en el año 2019 mediante el **decreto 1328/2009** se llevó a cabo una "reformulación" de las funciones del Registro Nacional. Todo ello ante la disconformidad que presentaban los registros locales ante el concepto de "Registro

Nacional” aludiendo a que en realidad debía actuar como una “red” de registros que tenga como único fin la concentración de la información recabada por todos los registros locales, de esta forma, no existiría una subordinación de un registro sobre los demás locales. Es por ello, que en el considerando del **Decreto 1328/2009** se modifica la naturaleza del registro creado desde un principio por la **Ley 25.854**.

No obstante, si bien el fin principal del decreto fue la modificación de la naturaleza registral, también se ha dejado constancia que el registro nacional deberá velar y procurar por la creación de registros en las provincias que carezcan de los mismos.

A los fines de profundizar sobre las cuestiones atinentes al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, le realice una **entrevista a la responsable del R.U.A.G.F.A de la 1° Circunscripción Judicial de Viedma, a la SRA. ZANARDI ESTELA.**

A lo largo de la misma, creí importante consultarle: **¿Por qué consideraba que la inscripción en el registro es relevante?** y **¿Qué piensa que viene a solucionar el registro?**

A lo que me respondió que, en primer lugar considera que el al ser de orden nacional y constituir una red federal, el registro viene a poner un límite a la apropiación y entrega en adopción de NNyA a familias de distintas jurisdicciones, sin respetar así el centro de vida del niño, niña o adolescente.

Además, comentó la importancia de que dispongamos de una nómina de inscriptos, porque de esa forma queda establecido un orden que permanentemente se está actualizando. Siempre teniendo en cuenta que esto se logra con el cumplimiento de los requisitos previstos por la reglamentación y que las personas que así lo deseen deberán reunir las herramientas mínimas que les permita ahijar.

Cabe mencionar, que la entrevista completa se encuentra en la sección de **ANEXOS** correspondiente al presente.

1.3 Guarda de hecho. Concepto. Prohibición. Historial normativo.

La guarda de hecho dentro del proceso de adopción en el ámbito del derecho de familia, es definida por las autoras **Herrera Marisa** y **De La Torre Natalia (2022)** como uno de los tópicos más conflictivos que rodea la figura de la adopción, en razón de que ha sido objeto de preocupación por el derecho argentino, derivada de respuestas legales diversas. Así mismo, la autora **Cataldi Myriam (2016)** concuerda que es uno de los debates más complejos, generador de encontradas voces en el derecho de familia contemporáneo.

La guarda de hecho es aquella que se la define como toda entrega directa de un niño, niña o adolescente por fuera del ordenamiento jurídico considerándola como una guarda ilegal y tal como indica la autora **Ariza Cecilia del Valle**, “...*la característica relevante que define a la guarda de hecho es la ausencia de atribución de la ley, ni del juez; dejando así concretamente subrayada la existencia de una diferencia con las guardas de derecho.*”

Antiguamente, se tenía por sentado que una de las causas primordiales que daban origen a la guarda de hecho, ha sido la carencia económica que sufrían los progenitores, los cuales en razón de su status se veían imposibilitados de ocuparse de la crianza del hijo o hija, es decir, los deberes derivados de la responsabilidad parental, por lo tanto, es que hacían la entrega del niño o niña a un matrimonio de su confianza, a un vecino/vecina, amigo/amiga, conocido/conocida. El criterio sostenido por el **Máximo Órgano Jurisdiccional Nacional en el fallo “G.,H. J. y otra”**, de fecha 19/02/2008 es claro: “*La consolidación de la situación de hecho generada por la entrega directa de un niño o niña por parte de su madre a los guardadores, a la luz de las particularidades de cada caso, determina una inevitable inclinación de la ponderación a favor de estos últimos frente a la pretensión de reposición a la familia biológica*”.

En lo que respecta a sus antecedentes normativos, la **Ley 19.134 (1971)** permitía la entrega directa a favor de los guardadores ante escribano público o acto administrativo de todo niño, niña o adolescente. Claro está, que la misma consideraba al NNA como un simple objeto y no como sujeto capaz de adquirir derechos.

En la **Ley 19.134** se regulaba la situación de que el niño, niña o adolescente fuera entregado en guarda ante un órgano administrativo o mediante instrumento público. Cuestión que resultó muy chocante para la sociedad y que recibió cuantiosas críticas de los diferentes autores de aquel entonces. La doctrina criticaba mucho la postura optada por la **Ley 19.134** debido a que de esa forma autorizaba la exclusión total de las autoridades judiciales en las guardas preadoptivas y por lo ende no existía control, por lo que al fin y al cabo en muchas oportunidades se generaban un sinnúmero de situaciones irregulares. A los fines de esto, la autora **Wagmaister Adriana (2000)**, definía a la guarda de hecho como una especie de guarda fáctica como “...aquella que aparece desmembrada de la patria potestad pero no es delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad alguna, ya sea administrativa o judicial y por lo tanto no existe evaluación alguna de la idoneidad del guardador ni del interés del menor”

Posteriormente, la **Ley 24.779 (1997)** estableció todo lo contrario, es decir, la prohibición de la entrega directa de un NNA como acto válido para solicitar la adopción. Todo ello a los fines de prevenir lo que se podría haber considerado como una “incitación” al tráfico de niños y niñas.

Pero si bien, la ley regula normativamente lo que se expuso en el párrafo anterior es de gran importancia lo que se zanjó en la celebración de las **VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones de Morón** en el año 1999, donde se manifestó que: “La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24.779. La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales tales como la relación afectiva familiar, ponderándose siempre el interés superior del niño”.

Así mismo, el **artículo 318 del Código de Vélez** compartía el mismo criterio, expresando que: “Se prohíbe expresamente la entrega de guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”.

Ante esto, el autor **Di Lella Pedro (1997)** indica: “Se entiende desde un sector doctrinario que la aludida prohibición contenida en el art. 318 del Código Civil, específicamente no alcanza al otorgamiento de la guarda de hecho, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quiénes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido”

Ante tal criterio doctrinario, se da a entender que si bien no se encuentra de manera expresa la aceptación tampoco configuraría una negación y todo ello en razón del principio de legalidad. que tal como indicaba el jurista y filósofo Kelsen, “todo lo que no está prohibido está permitido”.

En la actualidad el Código Civil y Comercial de la Nación en su capítulo III mantiene la prohibición que estableció en aquel entonces la **Ley 24.779**, pero hay una salvedad y es que el código prohíbe expresamente la guarda de hecho, con independencia total de cómo hayan sido concedidas, es decir, no toma en consideración ningún supuesto de entrega en particular.

El artículo 611 indica del CCyC regula: *“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 pretense 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.”

El **artículo 611 del CCyC** en mira de satisfacer al interés superior del niño, niña y adolescente es digno de plantear su inconstitucionalidad (en el caso en concreto), debido a que según lo regulado, la guarda de hecho no es considerada como antecedente a los fines de una adopción/filiación (originada dentro de los límites de la legalidad). Es, por esto, que el planteamiento de la inconstitucionalidad se va a originar toda vez que no se tenga en consideración la cantidad de elementos que existen (vínculo socioafectivo, el transcurso del tiempo, el centro de vida, etc) y que debe ponderar el juez o la jueza al momento de emitir la resolución judicial.

Dicho artículo se encuentra totalmente alejado de tener en consideración la realidad social que vive ese NNA en el momento puntual de su vida en donde se desencadena la situación,

plantea un total estado de indiferencia, de vulneración y violación de derechos y tal como indican las palabras de la autora **Kemelmajer de Carlucci Aída (1998)**: “...es verdad que el juez no debe ceder a la política de los hechos consumados, pero a veces los hechos hablan con tanta crudeza que no hay modo de cerrar los ojos cuando la solución contraria daña gravemente a un niño”

Así mismo, el RUAGFA en los casos de guarda de hecho toma relevancia también, por ejemplo en el fallo “**V.L.S.E. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN**” Expte No: **SI-2791-2022**, que tramitó ante este Juzgado de Familia N° 3, del Departamento Judicial de San Isidro, se determinó de manera clara un criterio importantísimo: “Que el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de niños, niñas y adolescentes en estado de abandono...pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar un niño cuando obrar en su estricto apego produjere un perjuicio para el menor, contrario a su concreto interés superior.”

Este criterio que se manifestó en el fallo citado es muy interesante, porque si bien existe un registro de adoptantes regulado por la **Ley Nacional 25.854**, este mismo, no puede tomarse atribuciones mayores de las que posee, es decir, si bien debe actuar como garante en la elección de los pretendientes adoptantes, hay situaciones en donde es mejor dar un paso al costado y dejar de actuar como una especie de monopolio que todo lo puede cuando se encuentra al frente una situación de extrema vulnerabilidad en donde se ve alterado y ultrajado el mejor interés superior de ese NNA, al momento de presentarse la posibilidad de ser alejado de los guardadores de hecho con los cuales contrajo un vínculo de amor, de socioafectividad, de apego. Y no solo eso, sino también que actúan como representantes en la determinación del derecho de identidad (artículo 8.1 de la CDN) y en su faz dinámica.

Por otro lado, es sustancial hacer hincapié en el **segundo párrafo del artículo 611**, que establece una excepción muy importante en lo atinente a la guarda de hecho y que dice así: “...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 pretendientes guardadores del niño...”. Es decir, se tendría que comprobar dicho supuesto para que el magistrado de lugar a la guarda de hecho y autorice a ese NNA a permanecer con los guardadores.

Respecto a esta excepción, las autoras **Wagmaister Adriana M. y Lea M. Levy** expresan que “...en los supuestos de guarda de hecho en que existen lazos filiales entre los guardadores y el niño, la evaluación de esta relación debe primar por sobre el cumplimiento de la reglamentación y así también de la inscripción en el Registro”

Por lo tanto, de esta forma en los casos en donde se convalide un parentesco entre la familia de origen y la guardadora se va a dar lugar mediante vía de excepción a la guarda de hecho, sin tener siquiera que estar los guardadores inscriptos en el RUAGFA

CAPÍTULO II: “PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE”

1.1 Aspectos normativos, definición y alcances del interés superior del Niño, Niña y Adolescente

En primer lugar hay que tener en consideración que *“...se entiende por niña, niño y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad.”* según lo establece el **artículo 2** de la **Ley 4109/2006 de Protección Integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes** de la provincia de Río Negro.

En la antigüedad, el niño, niña o adolescente era considerado objeto de derecho, lo cual indicaba que no eran susceptibles de adquirir y ejercer derechos por sí mismo, considerándose los/las como simples “cosas”.

Con el paso del tiempo y ajustándose al derecho contemporáneo, el concepto de considerar al NNyA como objetos, se empezó a alejar cada vez más de la realidad y con la aparición y sanción de normativa idónea en la materia el cambio fue radical, debido a que se empezó a velar por un fin principal, la protección integral de los derechos del NNyA, encasillándolos como sujetos de derechos, portadores de derechos definidos y derivados de su condición de

tal, como así también la adquisición de sus capacidades progresivas. Siendo esto para el estado, un deber en su cumplimiento.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico interno contamos con la **Ley Nacional 26.061 sancionada en el año 2005 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual en su artículo 3** nos indica: *“INTERÉS SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

Si bien el artículo citado es importante en su integridad, es relevante hacer hincapié en el último párrafo, el cual refiere que los principios detallados son aplicables en materia de adopción – proceso de familia- y en el caso de conflicto de derechos e intereses, siempre va a prevalecer sobre cualquier otra cuestión el derecho del NNyA. Lo que resulta de gran poder al objeto del presente trabajo y del interrogante a responder: ¿Cuál ha sido la respuesta de los órganos jurisdiccionales de Río Negro, frente a la guarda de hecho en los procesos de adopción?.

Ante esto, **la provincia de Río Negro** en el año 2009 sanciona la **Ley D 4.109** sobre “Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes” señalando en su artículo 10 la definición de interés superior de igual forma que la Ley Nacional 26.061. Así mismo, en su **Artículo 3**, define los derechos fundamentales que poseen los NNA en razón de ser considerados como sujetos de derecho “...gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a su condición de personas. El Estado Rionegrino propicia su participación social, garantizando las oportunidades para su pleno desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.”

Asimismo, el **artículo 595 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación** reafirma lo ya establecido en la **Ley Nacional 26.061 de Protección Integral**, debido a que establece dentro de sus principios generales que la adopción se rige por el Interés Superior del Niño.

En lo atinente al ámbito Internacional, la **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 3** regula: “1. 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 consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Por lo expuesto, es de visible preeminencia que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, individualiza y protege a cada niño y niña en particular, dando a conocer como sujeto pleno y portador de derechos teniendo la facultad de hacerlos valer ante autoridades judiciales y administrativas.

En razón de este recorrido normativo, es dable destacar que las normas mencionadas tanto en el ámbito jurídico interno y convencional establecen y regulan normas de protección, promoción y resguardo dirigidas hacia la consideración, conservación y mejora del interés superior del NNyA, debiendo en todo momento el estado tener en cuenta que: *"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"*.

2.2 Protección de los derechos del niño, niña y adolescente en el proceso de adopción.

Derecho a ser oídos y oídas.

En el proceso de adopción el juez opera como asegurador del Interés Superior del NNA, teniendo en todo momento presente su estabilidad psicofísica y siempre velando porque los peticionantes congreguen las condiciones mínimas para que se les conceda la adopción.

En lo que respecta al derecho a ser oído del niño, niña o adolescente el **artículo 707 del Código Civil y Comercial de la Nación**, establece lo siguiente: *"Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso"*. Es decir, se deberá escuchar al NNA en todo el proceso de adopción, pero con una salvedad, siempre considerando su capacidad progresiva.

El artículo citado anteriormente se complementa con lo regulado en el **Artículo 24 de la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**, el cual indica: *"ARTÍCULO 24. — DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo."*

El citado artículo es muy importante porque no solo establece el derecho a ser oído del NNA en un proceso judicial de adopción sino que lo regula de manera amplia, es decir, dicho derecho es aplicable y se debe respetar en todos los espacios donde el NNA sea parte, participe de manera directa e indirecta sin importar el motivo o situación.

Y también, en el ámbito de la provincia de Río Negro con el **artículo 18** de la **Ley 4109/2006 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes**, que establece: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y a ser escuchados personalmente en todos los procesos judiciales y administrativos que los involucren o afecten directa o indirectamente. En los casos de delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes el derecho a ser oído se instrumentará en el ámbito apropiado y con la intervención de profesionales con competencia en el tratamiento psicosocial de niñas, niños y adolescentes, designados a tal fin.”*

Así mismo el **Comité de los Derechos del Niño 51º en el período de sesiones de Ginebra, en su observación general N° 12 del año 2009** manifiesta que *“...no se va a poder escuchar a un NNA cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños...”*

Además, el **Artículo 27 inciso A) de la presente ley** que indica las garantías mínimas del procedimiento judicial o administrativo fijando: *“...Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente...”*

Es importante indicar que cuando regula que también tiene derecho a ser oído en los procedimientos administrativos el **Comité de los Derechos del Niño 51º en el período de sesiones de Ginebra, en su observación general N° 12 del año 2009** refiere que se entiende como procedimiento administrativo a todas aquellas decisiones que sean relacionadas a la salud, educación o cuestiones del día a día de la vida del NNA.

Así mismo el **Artículo 617 del CCyC en sus incisos A) y B)** indica que: *“Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a) son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada; b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez...”*. Es decir, el código ya tiene como regla el escuchar a ese NNA menor de edad, teniendo en cuenta en todo momento su presencia y opinión.

Lo expuesto, es en razón de que en un proceso de adopción son muchos los derechos que se encuentran en juego y el fin principal es que el NNA se sienta y sea considerado un sujeto pleno de derechos.

Así mismo, esta cuestión se puede ver nuevamente regulada en el **Artículo 595 del CCyC en su inciso F)** estableciendo: *“f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”*

No obstante, en el ámbito internacional tenemos el **Artículo 12 de la Convención de derechos del Niño**, el cual no se queda atrás y regula el derecho a ser oído en procedimientos judiciales o administrativos, y no solo eso, sino que vela por que el NNA esté en condiciones de formarse en el proceso a los fines de poder expresar su opinión en todas aristas posibles, manifestando: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*

CAPÍTULO III: “EL VÍNCULO ENTRE LA GUARDA DE HECHO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NNA. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART 611 DEL CCYC DE LA NACIÓN”

3.1 El paso del tiempo y la socioafectividad como elementos claves para plantear la inconstitucionalidad del Art. 611 del CCyC en miras al interés superior del NNA en el caso concreto.

- El planteamiento normativo de inconstitucionalidad:

El magistrado/magistrada con anterioridad a plantear la inconstitucionalidad de una norma deberá tener en consideración todo aquello que derivaría de tal acto, es decir, la “gravedad” del mismo.

El planteamiento de inconstitucionalidad de una norma es utilizado como ultima ratio en el ordenamiento jurídico ¿y por qué como último argumento? Porque se debe demostrar el agravio que se produce, el cual actúa como fundamento para la declaración de inconstitucionalidad, al igual, que ninguna interpretación de la norma de rango inferior permite la compatibilización con la disposición superior.

En lo que nos respecta y tal como se ha visto reflejado a lo largo del presente y se seguirá desarrollando a continuación, el artículo 611 del CCyC ha sido objeto de declaración de inconstitucionalidad por parte de magistrados y magistradas, por ser generador y responsable de producir agravios irreparables a niños, niñas y adolescentes en determinadas situaciones específicas. Dicho planteamiento, siempre ha sido en miras de poder resguardar y proteger íntegramente su interés superior y ese, es el principal fundamento para su declaración.

Sobre ello, el juez **Carlos Fayt** en el Fallo “**Sejean**” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación refirió: “*Que el control judicial de constitucionalidad no puede desatenderse de las*

*transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera”*¹

En el fallo referencial, se dejó claramente plasmado que no debe que estar mal visto que un juez o jueza plantee la inconstitucionalidad de una ley, de un artículo o cualquier normativa jurídica, si para el caso en concreto quedó desactualizada/desvirtuada, porque si nos enfocamos exclusivamente en lo que la ley dice, dejaríamos de lado derechos humanos fundamentales y de esa forma, estaríamos afectando más de un interés y avocándonos solamente a la mera cuestión formal.

Porque como se indica en el fallo **“V.L.S.E. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN” Expte No: SI-2791-2022**: *“La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho”* ¿Y ello por qué? Porque el Código Civil y Comercial de la Nación (en los casos de guarda gestadas por fuera del ordenamiento jurídico) desconoce la abundancia, la importancia, la riqueza y variedad de los vínculos humanos, dejando de lado lo cotidiano en la vida de un NNA.

Dada esta manifestación, queda esclarecido que cuando se habla de guarda de hecho hay que tener siempre presente el “Principio de Equidad”, es decir, que los principios de justicia se apliquen al caso en concreto por sobre toda la normativa legal vigente, todo ello a los fines de valorar las condiciones del caso en particular.

En ese punto, tal como indica el autor **Faraoni Fabian Eduardo**, *“...se establece una relación o conexidad entre la guarda de hecho y la guarda con fines de adopción, por ser moneda corriente en la actualidad que la segunda en innumerables oportunidades reconoce su origen en la primera.”*

Lo que indica este autor, es que en la actualidad no podemos cerrarle los ojos a la realidad, a lo que verdaderamente sucede, no podemos fingir que es más común de lo que parece que en

¹ Fallo, t. 211, p. 162 Rev. LA LEY, t. 51, p. 255.

los procesos de adopción en la mayoría de las veces aparece la figura de la guarda de hecho como antesala, solo que en la gran cantidad de los casos no se da a conocer la verdadera causa que dio origen a la adopción, todo ello en razón de la “repercusión” social que podría llegar a tener.

Hay que comprender que la guarda de hecho no necesariamente está relacionada como en la antigüedad a la trata o al tráfico de niños, niñas o adolescentes. En donde al NNA se lo consideraba como un objeto, sino que la actualidad va más allá de eso, hoy en día, bajo el nuevo paradigma de protección integral en donde se los reconoce como sujeto pleno de derechos, se deben tener en consideración múltiples factores que hacen a la vida del NNA, no pudiendo despojarlo de los guardadores, ya que sino ese NNA estaría sometido a un nuevo abandono.

- **El principio de la socioafectividad y el factor tiempo:**

Es importante que en esta instancia ya se de por hecho que el juez o la jueza antes de tomar cualquier tipo de decisión, en lo que atiene a la aceptación o no de la procedencia de una guarda de hecho, tome en consideración los elementos claves que hacen a bien la conservación del lazo filial entre el NNA y los guardadores y de esta forma poder llevar a cabo el planteo de inconstitucionalidad del **artículo 611 del Código Civil y Comercial**.

Entre los elementos más importantes se encuentran el factor “tiempo” y el principio de la “socioafectividad”. Ambos, en la mayoría de los casos, son los que ayudaron, proyectaron y concluyeron el perfeccionamiento de la relación filial entre los guardadores y el NNA.

El transcurso del tiempo en estos casos, fue planteado y arduamente discutido en las Consideraciones Generales del **Fallo Forneron e Hija Vs. Argentina**, en donde la Corte recordó que: “el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia acogedora, y por lo tanto la mayor dilación en los procedimientos puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho”. Esta cuestión refleja que cuanto mayor tiempo pase

ese NNA con la familia acogedora más fuertes van a ser los lazos que se generen entre ellos, más inquebrantable va a ser ese amor, ese cariño, esa confianza, ese lazo de familia generado.

Cuando hablamos del “tiempo” en particular, no solo hacemos referencia al tiempo que pasó el NNA con los guardadores (que, en muchos casos, cuando el niño o niña es pequeño/pequeña suele considerarse “toda su vida”), sino todo lo que deriva de ello. Por ende, si el juez o la jueza no dan lugar a esa guarda que fue gestada desde la “irregularidad” (sea cual sea el motivo que dio origen) estaríamos sometiendo al NNA a un nuevo desarraigo (y todo lo que esto conlleva para su salud psicofísica), a la pérdida de su núcleo familiar, de sus amistades, de su cotidianidad, de su rutina, de sus costumbres y entre otras cosas más.

Tal como indican los autores **Ravetllat Bellesté y Pinochet Olave (2015)** “...puesto que el tiempo de permanencia con los guardadores le permitió hacer realidad su derecho a vivir en familia y unido a esto fortalecer el proceso de desarrollo de la personalidad que se construye sobre la base de los elementos que nutren de manera continua la dimensión dinámica de la identidad”.

En lo que respecta al vínculo socio afectivo, tal como ya se indicó al principio del presente, es considerado como un criterio destinado a instaurar la existencia del vínculo parental, siempre y cuando la guarda que dio origen al vínculo sea lícita.

El **artículo 611 del Código Civil y Comercial de Nación segundo párrafo**, presenta una excepción que indica: “...*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...*” por lo que se deberá comprobar este supuesto para que la justicia determine dar lugar a la guarda de hecho y autorice a ese NNA a permanecer con los guardadores

Dicho criterio que se compartió y se presentó en las **Comisiones del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, en el año 2012** en donde se manifestó que “*Se recomienda considerar, en forma excepcional y conforme el interés superior del niño en concreto, los casos de entrega directa efectuada por progenitores en sede judicial; tomándose como parámetros de evaluación, el consentimiento libre y pleno de los progenitores, el tiempo*

de convivencia del niño con sus guardadores y la conformación de lazos afectivos y significativos”

Por ende, esta excepción autoriza en un cierto punto y hasta un cierto alcance a la legalidad de la figura de la guarda de hecho, siempre y cuando exista la hipótesis en la que los guardadores puedan demostrarle al juez que ellos fueron las personas electas por los padres biológicos, fundado en la existencia un vínculo real de parentesco entre ellos.

Es por esto que tal como regula el **Decreto Reglamentario 415/2006 en su artículo 7** se deberá tener en consideración dentro del concepto de familia, a otros miembros de la comunidad ajenos del parentesco, aquellas personas que posean con el NNA un lazo, ya sea significativo o afectivos en su historia personal, en su desarrollo, asistencia y protección

Es dable remarcar, que se deberá demostrar ese lazo creado entre el NNA y el guardador, todo ello, a través de los hechos, logrando así una legitimación mediante la aceptación social y no legal. Esto mismo fue plasmado en un fallo del Juzgado Familia 4° Nom. Córdoba del año 2010 que manifiesta *“...Toda vez que el vínculo materno filial socioafectivo que une a la accionante y el menor, ha nacido de una convención lícita entre la actora y los padres biológicos del niño... creando vínculos socioafectivos legítimos, no puede negarse el derecho del menor a tener y recibir el afecto de quien actuó como “madre de crianza” en sus primeros años de vida”*

Otro fallo de interés es, por ejemplo, **L.G.M. S/Control de Legalidad, 15 de julio de 2016. MJ-JU-M-103219-AR | MJJ103219** se deja claramente enunciado que *“el art.611 del C.C.v C.N es inconstitucional y anti convencional cuando en el caso concreto no ampara ni exceptúa de la prohibición de entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes, al vínculo existente basado en una genuina relación de socioafectividad”* Es decir, es totalmente antijurídico que no esté reconocido el vínculo socioafectivo como una excepción a la prohibición de la guarda de hecho dentro del artículo 611 sabiendo todo lo que ello implica.

De esta misma cuestión también tenemos el pronunciamiento del Juzgado de Familia N°1 de la localidad de Tandil en el **Fallo B. O. I/ adopción. acciones vinculadas, MJ-JU-M-127037-AR | MJJ127037**, el cual declarará la anti convencionalidad del artículo

611 del CCyC manifestando que: “...ya que dicha norma -que ha sido puesta en vigencia para evitar situaciones de apropiación de menores en marcos ilegítimos o ilícitos- no es de aplicación a supuestos legítimos de relaciones basadas en la socio-afectividad, contrariando específicamente el interés superior del niño, y su aplicación en el caso obstaría al acogimiento de la adopción plena solicitada por los actores”.

Sin más, es dable reconocer que también sobre esta falta de inclusión como excepción, también cooperó y expuso su postura la exponente y **autora Fernández Rocío** : “*Implica que en numerosas situaciones las relaciones familiares deben moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos. Entonces se habla de un parentesco social y afectivo para reflejar esta relación entre personas que, sin unirlos un nexo biológico, se comportan como parientes*”.

3.2 La Guarda de Hecho en la jurisprudencia Rionegrina. ¿Rigidez de la norma o preservación de la socioafectividad?

Si bien a lo largo del presente cité y referencie varía jurisprudencia que ejemplifica y fija antecedentes sobre la temática general del trabajo, me pareció oportuno en este capítulo detenerme en tres fallos que considero de los más cruciales, debido a que tramitaron en la provincia de Río Negro, entre ellos se encuentran **“E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” Expte. N 0756/13/J5) VIEDMA - RÍO NEGRO**, **“M.E.A Y H A.M S/ADOPCIÓN” (Expte. N 0489/18/J7) VIEDMA - RÍO NEGRO** y por último **“L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)” (Expte. No 18864) CIPOLLETTI - RIO NEGRO**,

No solo los considero relevantes porque las acciones fueron instauradas en nuestra provincia rionegrina y marcaron antecedentes muy importantes, sino porque reafirman las bases del trabajo, tratando de manera correlativa y conjuntas todas las cuestiones que surgen de un pedido de guarda con fines adoptivos derivada de una guarda irregular. Y si bien, cada caso tiene sus propias particularidades, culminan resolviendo bajo una mirada socio afectiva.

- **“E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” Expte. N 0756/13/J5)**

En el fallo “*E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN*” Expte. N 0756/13/J5), se va a poder visualizar (de manera clara) de qué forma los jueces y juezas a medida que iba avanzando el proceso y dictando las diferentes sentencias, fueron resolviendo desde miradas y marcos teóricos totalmente diferentes.

El presente es oriundo de **la localidad de Viedma provincia de Rio Negro** y la acción fue interpuesta en el año 2013. El mismo, trata sobre un pedido de guarda con fines de adopción, que tiene como antecedente una guarda de hecho - entrega directa. Dicha acción fue instada por parte del matrimonio guardador C.L.R y C.A.C y de la niña E.M.B.

En lo que atañe al tiempo, es necesario indicar que la guarda se originó cuando la niña tenía tan solo nueve meses de vida. Es decir, que la niña vivió con sus guardadores - con anterioridad al pedido de guarda con fines de adopción - durante 6 años. Así mismo, el litigio (en razón de que pasó por diferentes instancias judiciales) terminó cuando la niña tenía 13 años.

Ante esto, es dable destacar, que en todo el proceso judicial quedó reflejado el amor que une esa guarda, el vínculo de afecto y resiliencia, que se escuchó a la niña (especialmente en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de Viedma y en la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y que no solo eso, sino que en los diversos informes que fueron confeccionados por diferentes profesionales de las distintas áreas quedó demostrado que lo ideal para esa Niña a los fines de resguardar su estabilidad y salud psicofísica era la permanencia con sus guardadores, es decir, que permanezca en su núcleo familiar y siga conservando su centro de vida.

Es un fallo muy importante porque el mismo pasó por varias instancias, en donde cada sentencia dictada por el/la magistrado/magistrada se resolvió en base a **marcos teóricos** y posturas totalmente diferentes, como lo fue en primer lugar la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Viedma y luego por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Rio Negro (en razón del recurso de casación interpuesto por la madre biológica - la cual

entrego a la niña por escritura publica a sus tan solo nueve meses de vida y durante nueve años no demostro interes en la recuperaci3n del vinculo filial - ya que aparecio una vez que la niña tenia otorgada la guarda preadoptiva) en donde ambas instancias apelaron exclusivamente a la norma escrita, r3gida, a la aplicaci3n plena y sin vericuetos del Art3culo 611 del C3digo Civil y Comercial de la Naci3n, decidiendo as3, la sustracci3n del n3cleo familiar de la Niña, sin tener en consideracion el vinculo socioafectivo originado a lo largo de los años.

Dicha decisi3n arroj3 como resultado el total desamparo de la niña, aduciendo a que permanezca en una situaci3n de extrema vulnerabilidad todos los años que dur3 el litigio, sin embargo, la niña todo ese tiempo plante3 que bajo ninguna circunstancia deseaba ser “entregada” a la madre biol3gica - madre que la entreg3 en sus primeros meses de vida - y que en ese momento fue asistida por el estado, inclusive d3ndole la oportunidad de otorgarle un hogar en donde criar a la niña, propuesta que la madre rechaz3.

Todo ello, sin tener en consideracion la alta vulneraci3n de derechos y violaci3n del Inter3s Superior de la Niña E.M.B y del lazo constituido con el matrimonio guardador, que la acogió e hizo parte de su familia durante toda su vida.

En cambio, el marco te3rico por el que opt3 en primer lugar la C3mara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Miner3a de Viedma (por el recurso de apelaci3n presentado ante la disconformidad de la sentencia del juzgado de familia de primera instancia) y que posteriormente reafirm3 la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n (dando lugar al recurso de casaci3n interpuesto por el matrimonio guardado ante la disconformidad de la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Rio Negro) es totalmente diferente al optado por el/la magistrado/magistrada en las instancias/sentencias anteriores, debido a que resolvieron bajo una mirada positivista, debido a que en estas dos, - en la C3mara de Apelaciones y posteriormente la Corte Suprema -, apelaron en todo momento, a resolver, fundandose en el principio de la socioafectividad, bajo la mirada del Inter3s Superior del NNA y sentenciando que la mejor decisi3n a derecho era la permanencia de la niña E.M.B con sus guardadores y otorgando asi la adopci3n simple (2021). Todo ello a los fines de resguardar el v3nculo socioafectivo perfeccionado y la identidad de la niña.

Finalmente, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció a favor del matrimonio guardador C.L.R y C.A.C y de la niña E.M.B dando lugar a la guarda con fines de adopción y planteando la inconstitucionalidad del artículo 611 del CCyC, no hay que olvidar que el proceso comenzó en el año 2013 y finalizó en el año 2021, es decir, tuvo una duración de ocho años.

Durante todos esos años fueron muchos los altibajos que vivieron y padecieron los protagonistas del fallo, pero sobre todo, fueron ocho arduos años en donde se dañó la salud psicofísica de la niña E.M.B, años en donde la niña dudo de su verdadera identidad, de sus orígenes, de sus costumbres y en donde solamente consiguió que el estado la lleve a sufrir un nuevo abandono.

El fallo expuesto, fue a los fines de demostrar que si efectivamente el fin principal del estado es velar por la protección del interés superior de los NNA en los casos de guarda de hecho, la norma legal escrita que prohíbe la guarda originada por fuera del ordenamiento jurídico pasa a un segundo plano (siempre y cuando exista un sustento de licitud en sus orígenes) porque sino sucede que el propio estado a los fines de hacer lugar a la ley, incumple con la obligación de preservar la integridad del NNA.

Por último, a los fines de involucrarme aún más en el análisis del presente fallo, **le realice una entrevista al Dr. JORGE PALMA abogado de la familia guardadora de la niña “E.M.B” en el fallo “E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (EXPTE. N 0756/13/J5) – VIEDMA, RÍO NEGRO** y si bien se conversó de varios temas los cuales se van a poder visualizar en el ANEXO, **le consulte específicamente en qué medida él consideraba que se respetó la presencia del vínculo socioafectivo y el interés superior de la niña dentro del proceso,** a lo que me respondió, que en ningún momento se respetó el interés superior (exceptuando la sentencia de cámara, que manifestó que fue en la única instancia donde se sentó a la niña y escuchó su deseo de permanecer con sus guardadores), aun siendo este un caso tan concreto y específico, en donde las pruebas del vínculo socioafectivo estaban visiblemente presentes (debido a que la niña estaba desde los nueve meses de vida con la familia guardadora).

El mismo, también comentó la particularidad de que si bien, el interés superior del NNA es de índole federal el propio STJ de la provincia de RN, le negó dicha índole, como así también. la instancia para el momento de interponer el recurso, por lo que tuvo que ir por queja. Además, como **cuestión personal** manifestó que estas cuestiones tienen que estar reguladas, debido a que el paso del tiempo es muy relevante contemplando siempre al niño o niña.

Además, **le realice una entrevista a la defensora oficial del poder judicial de Rio Negro, DRA. DOLORES CRESPO, parte activa como “abogada del niño/niña” en el caso,** a lo que también **le consulte si consideraba que se respetó el interés superior de la niña en el proceso y que de su postura frente a si consideraba que la prohibición del artículo 611 del CCyC es beneficiosa o perjudicial y en qué casos para las infancias,** la misma manifestó qué: Si tenemos un proceso de adopción que dura tantos años, nunca se va a respetar el Interés Superior del Niño o la Niña y que de ello resulta inevitable ponerse a analizar la socioafectividad sin tener en cuenta que la misma se genera por el paso del tiempo, entonces me pregunto ¿Si los responsables son las partes o nosotros del otro lado? ¿Cómo no vamos a plantear que corresponde una socioafectividad? Si ya con el solo planteo de ejercer tu derecho a la defensa te está implicando más tiempo y el tiempo se vincula con el vínculo. Ante esto, considera que el interés superior fue respetado en la instancia de la Corte Suprema a través de su sentencia.

Así mismo, cuestionó que las sentencias deberían ser revisadas más rápido, en este caso, el STJ tardó 2 años en resolver una sentencia, en razón de las irregularidades que hubo en el proceso.

En lo que respecta a su postura frente la prohibición del artículo 611 del CCyC de si resulta beneficiosa o perjudicial y en qué casos para las infancias, me indico que la cuestion esta en como hacer para cuidar esa entrega y evitar la clandestinidad en los casos en donde no se comprueba el vínculo de parentesco, que como regla dentro de una excepción está bueno lo del vínculo de parentesco, pero si después uno prueba que esa socioafectividad existe, lo ideal es ir directamente al planteo de inconstitucionalidad del artículo 611.

La entrevista completa a la **DRA. DOLORES CRESPO se encuentra en el ANEXO del presente.**

- **“M.E.A Y H A.M S/ADOPCIÓN” (Expte. N 0489/18/J7) - Viedma, Río Negro.**

Otro fallo de gran relevancia es ***“M.E.A Y H A.M S/ADOPCIÓN” (Expte. N 0489/18/J7)*** que tramitó en la **localidad de Viedma, provincia de Río Negro.**

En el mismo se plantea la inconstitucionalidad de los artículos 611 y 634 del Código Civil y Comercial de la Nación que regulan la figura de la guarda de hecho y la inscripción obligatoria de los pretensos adoptantes en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos - “R.U.A.G.F.A”.

La sentencia data del año 2019. La acción fue instaurada por el matrimonio guardador “E.A.M” y “A.M.H” los cuales pretendieron la adopción plena de la niña “B.D.B” de ocho años de edad, que se encontraba bajo sus cuidados desde el año 2013, pero que la historia con ella comenzó cuando tenía tan solo tres meses de vida y encontrándose alojada de manera definitiva en el domicilio de los guardadores desde los primeros años de vida.

Que la niña permaneció con el matrimonio guardador durante todos esos años atento a la falta de interés por parte de la madre biológica, Sra. “S.B.D”, la cual no tuvo voluntad de entablar un vínculo con la niña (solamente apareciendo en su vida cuando la niña tenía dos años de edad, a los fines de cobrar una asignación universal brindada por el estado, una vez otorgado tal beneficio, la entregó nuevamente al matrimonio guardador) y ante la manifestación de voluntad por parte del padre biológico Sr. “S.B.V” de que sean los guardadores los responsables de la crianza de la niña, debido a que él se encontraba privado de su libertad por actividad delictiva, (es necesario aclarar, que las veces que el padre biológico salía en libertad volvía a recaer en el ámbito delictivo y volvía a ser detenido). Cabe aclarar, que el vínculo con el padre biológico ha sido esporádico, con muy poca comunicación con la niña “B.D.B” y sin tener novedades del mismo durante 3 años corridos anteriores a la acción instaurada.

Desde los organismos proteccionales siempre se atendió a garantizarle a la niña “B.D.B” la posibilidad de que pueda crecer dentro de una familia que la quiera, cuide y vele por su interés superior, tal como lo hicieron sus guardadores a lo largo de los años y con los cuales quedó demostrado que posee un vínculo afectivo y de confianza, quienes han logrado darle una VIDA DIGNA, brindándole contención, educación, salud, afectos, es decir, las necesidades básicas y de desarrollo personal para la niña.

Ante ello, quedó confirmado - en los diversos informes técnicos - el agotamiento de la instancia con los progenitores biológicos, como así también, de las miles de situaciones de vulnerabilidad transitadas por la niña a lo largo del paso del tiempo.

A la niña se la escuchó y en todo momento manifestó querer seguir viviendo junto a sus guardadores (a los que considera sus padres y ellos su hija), aun sabiendo de su identidad y realidad biológica. Realidad que manifiesta que le produce un sentimiento de angustia.

Ante tal situación, la jueza al momento de tomar una decisión y dictar sentencia hace alusión a la **“flexibilización de las normas”** a los fines de no caer en un exceso ritual manifiesto, debido a que la cuestión se encuentra ligada a principios constitucionales e internacionales, regulado en instrumentos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo su interés superior una cuestión primordial en razón de ser considerada sujeto de derechos.

Es por esto, que la jueza manifiesta, que de la única forma que puede ser protegido y respetado el interés superior es dándole certeza jurídica y definitiva a esta “situación provisoria”, otorgando la adopción plena a los guardadores, ya que son los que la emplazaron como hija y los que le dan el amor, cuidado y contención que la niña necesita.

Todo ello debido que si se cumple con lo dispuesto en los artículos 611 a 614 del CCyC (la guarda con fines adoptivos y el rigorismo formal de inscripción del matrimonio en el registro local el cual debe funcionar como una herramienta para el NNA y no a la inversa) no haría más que contradecir el principio rector del interés superior, causándole un daño irreparable (dicha situación ya fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que plantea que dicho requisito deberá ser interpretado a la luz del principio rector del interés superior)

Se resolvió hacer lugar a la demanda de adopción plena, a autorizar al cambio de apellido por parte de la niña “B.D.B” a ponerse el apellido de su guardador, y a la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de los artículos 611 y 613 del CCyC para el caso en concreto.

- **"L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)" (Expte. No 18864) - Cipolletti, Río Negro.**

Además, otro fallo es ***"L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)" (Expte. No 18864)***, también de la **provincia de Río Negro, pero en este caso de la localidad de Cipolletti.**

En el mismo, se plantea la inconstitucionalidad de los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del Código Civil y Comercial de la Nación. que regulan a la inscripción obligatoria de los pretensos adoptantes en el R.U.A.G.F.A y la nulidad absoluta en los casos de no cumplir con tal requisito.

Además, a lo largo del presente, se visualiza la manera en la que se le otorgó a la niña L.S.Y la oportunidad de participar del proceso y de ser oída por el juez, en razón de su edad - 13 años - y de su capacidad progresiva (la ley regula la obligatoriedad del consentimiento a partir de los diez años)

El presente data del año 2022 y la acción se interpone en razón de que la Niña L.S.Y manifiesta su voluntad de ser adoptada por la familia solidaria en la que se encuentra hace dos años, para así, poder conformar un grupo familiar definitivo con sus cuidadoras, las señoras D.D.A y J.C.M.)

Cabe aclarar, que la sentencia de declaración de adoptabilidad salió en el año 2021, época en donde la niña ya se encontraba viviendo con la familia solidaria.

Además, una cuestión muy importante que se planteó, es que la niña en su petición solicitó cambiar su apellido por el de sus cuidadoras.

El planteo de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del Artículo 611 - 3er párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, se fundamentó en que, de lo contrario, su aplicación resultaría violatorio a la voluntad y al Interés Superior de la niña L.S.Y.

Ante esto, en el fallo indica *“Que una prohibición tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje sobre el que se montó la identidad de la niña y contraría al art. 8º de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”.*

Otra cuestión relevante, fue la falta de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos por parte de las señoras D.D.A y J.C.M y es por esto, que las peticionantes, argumentaron el planteo de la inconstitucionalidad de los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del CCyC de la Nación.

La problemática que surgió ante la falta de inscripción en el registro, se subsana a través de la demostración de que la niña construyó un sólido vínculo con la familia cuidadora, generando una situación consolidada de hecho y reflejando que dicha cuestión debe ser ponderada a los fines de la adopción.

Otro elemento que resultó de gran valor al momento de plantear la inconstitucionalidad de los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del CCyC de la Nación fue el dictamen emitido por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

Dicho dictamen, resolvió que si bien, las integrantes de la familia solidaria no se encontraban inscriptas en el R.U.A.G.F.A son “personas dotadas, personal y jurídicamente, de las calidades necesarias para asumir las funciones propias del caso”.

Así mismo, la propia SENAF reafirmó que la niña L.S.Y se encuentra completamente integrada al nuevo estado de familia que se procura constituir.

Las cuestiones dirimidas en el caso fueron resueltas aludiendo al artículo 5 del Código Procesal de Familia, el cual establece como principio rector el de "la flexibilidad de las formas", de manera que, en miras de satisfacer la protección del interés familiar y al mejor resultado del proceso, la judicatura puede adaptar las formas sin transgredir el debido proceso.

Igualmente, no solo basto dicha regulación, sino que además: “... *sin perjuicio de no estar inscriptas en el RUAGFA, **solicitan se haga una interpretación armónica, integral y sistemática** de la Convención de los Derechos del Niño, el Código Civil y Comercial Nacional, la Ley Nacional 26061 y la Ley Provincial 4109, y se les otorgue la adopción de L.S.Y, sin tener que declarar la inconstitucionalidad de norma alguna.*”

Que en todo el proceso quedó demostrado que: “La familia solidaria compuesta por D.D.A y J.C.M le brinda dedicación, respeto y amor desde el momento que se les ha entregado

provisoriamente a la adolescente, lo que ha llevado a L.S.Y a sentirse "hija" dentro de la familia”

Finalmente, luego de varios argumentos planteados, algunos aceptados y otros rechazados, el juez resolvió hacer lugar a la petición de la niña L.S.Y y concederle a la señora D.D.A la adopción plena, planteando la inconstitucionalidad de los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del Código Civil y Comercial de la Nación. que regulan a la inscripción obligatoria de los pretensos adoptantes en el R.U.A.G.F.A y la nulidad absoluta en los casos de no cumplir con tal requisito.

Así mismo, no dan lugar al planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 611 del CCyC en razón de que quedó demostrado que el origen del vínculo no fue por una guarda de hecho u entrega directa por acto administrativo, sino que fue el resultado de la aplicación de una medida de protección excepcional de derechos por parte del estado.

Dicha medida de protección duró un plazo mayor al previsto por la normativa vigente, cuestión que trajo como consecuencia ser el medio generador del vínculo socio afectivo entre la niña y la familia cuidadora. En razón de esto, el fallo manifiesta lo siguiente: “El transcurso del tiempo no hizo más que generar vínculos socio afectivos que en esta instancia no pueden ser desconocidos, so pena de afectar el interés superior de la niña, hoy adolescente”

Por último, el juez da lugar a la petición planteada por la niña L.S.Y y la autoriza a cambiar su apellido biológico por el apellido de la adoptante.

CONCLUSIÓN:

A los fines de concluir con el presente trabajo, considero que a través de la minuciosa investigación realizada y del posterior análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia recabada, he podido cumplir con el objetivo general del presente, quedando determinadas las implicancias que derivan de la no recepción de la socioafectividad como excepción a la prohibición de contemplar como antecedente de la adopción a la guarda de hecho, según la

redacción del artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes.

Ante ello, es que he podido concretar la confirmación de la hipótesis que me planteé al inicio, de que si bien la prohibición de la consideración de la guarda de hecho como antecedente de la adopción, constituye un resguardo del sistema en contra de la entrega discrecional de niños, niñas y adolescentes, ello no puede constituir un dogma aplicable a todas las situaciones, prescindiendo de los vínculos socioafectivos y del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes, debiendo realizarse un control de dicha situación de hecho desde la casuística.

A partir del análisis del marco normativo aplicable en relación a la prohibición de la guarda de hecho y de que se lograron establecer las conceptualizaciones de los institutos involucrados en la adopción según la doctrina jurídica, y su utilidad al momento de establecer el Interés Superior del NNA en cada caso, es que quedó demostrado la implicancia e importancia que tiene el principio de la socioafectividad al momento de resolver la procedencia de una guarda de hecho en el caso en concreto.

Derivando de ello, la falta de amparo normativo que existe ante el sometimiento que se encuentran expuestos los niños, niñas o adolescentes junto a aquellos que poseen su guarda y protección y con los que han generado a lo largo del tiempo un vínculo de amor.

A lo largo de los diferentes capítulos, se estableció la importancia de tener presente el respeto al tiempo transcurrido dentro de la guarda y al vínculo que se construyó en el ejercicio de la misma, manteniendo bajo toda circunstancia devenida la estabilidad personal y emocional del NNA.

Como así también, el escuchar al NNA en todo momento dentro del proceso judicial, teniendo en consideración su grado de madurez y entendimiento, a los fines de que quede determinada cuál es su verdadera voluntad. Sobre todo, de velar por el reconocimiento de la identidad dinámica del NNA e incluso la de sus guardadores, al ocupar el papel de principales protectores.

Así mismo, a partir del análisis de los antecedentes jurisprudenciales más destacados de la Provincia de Río Negro, en relación a la interpretación y aplicación del artículo 611 del

Código Civil y Comercial de la Nación, en razón de la socioafectividad y el paso del tiempo en miras del Interés Superior del NNA es que se permitió dar cuenta no solo de la problemática normativa actual y de sus eventuales contradicciones internas, sino que también, de la importancia de confrontar los hechos una vez recibida la situación y analizarla desde un marco jurídico donde se tenga en consideración la verdadera realidad de las infancias involucradas.

Para dar cuenta de ello, también fueron de gran ayuda las entrevistas que tuve la oportunidad de realizar, debido a que los propios operadores jurídicos es que dan cuenta y reafirman lo que queda plasmado en la jurisprudencia, que en Río Negro no siempre se respeta el interés superior del NNA cuando se trata de guardas de hecho que tienen como fin principal el inicio de una guarda preadoptiva, y muchas veces, por no tener en cuenta algo tan relevante como es el tiempo transcurrido y el vínculo socioafectivo generado entre las partes, es que se originan problemas tan grandes e irreversibles como los que pudimos ver en el análisis jurisprudencial. Y entonces me pregunto, **¿Dónde está el problema? ¿En los guardadores que le dieron amor y compañía durante todo esos años al NNA y lo salvaron de sufrir un nuevo abandono o en la justicia?** y otra cuestión es, **¿Cómo impacta en la vida de un niño, niña o adolescente que la familia que lo crió ya no puede seguir haciéndolo, porque una norma lo prohíbe?**

Entonces, a los fines de ir concluyendo puedo afirmar, que no siempre que se solicita ante un juez o jueza un pedido de guarda con fines de adopción la cual tiene como antecedente una guarda de hecho (gestada dentro de los límites de la licitud) quiere decir que no corresponde dar lugar a la misma, deben analizarse las circunstancias, el tiempo, los vínculos construidos, y principalmente el Interés Superior del NNA..

Que si bien resulta objetable que el Artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación carezca en su regulación de la excepción a la prohibición en los casos en donde quede demostrado el vínculo socioafectivo forjado y construido por el paso del tiempo entre el niño, niña y adolescente y los guardadores, tal como se lo había previsto originalmente, debemos empezar a dejar de lado la mirada positivista y dogmática de que sólo es derecho aquella norma escrita - en este caso, el Artículo 611 del Código Civil Comercial de la Nación - y comenzar a enfocarnos en la realidad, a los fines de abocarse - en el caso concreto que así lo

requiera - exclusivamente en los principios constitucionales y convencionales fijados y establecidos en nuestro país, que poseen como fin principal, el resguardo y protección del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente en estos casos.

Por último, y aun cuando excede el objeto del presente trabajo, pero quizás pueda ser objeto de análisis en futuros abordajes, me pregunto si frente al caso concreto, necesariamente debe declararse la inconstitucionalidad del Art. 611 del CCyC, para posibilitar la recepción de la socioafectividad e Interés Superior del Niño, Niña y Adoslescente, o si es suficiente con una interpretación sistémica y en clave de Derechos Humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Cataldi Miryam. (2016). "La guarda de hecho frente a la adopción: un viejo debate renovado". Buenos Aires.
- De Carlucci, Aída Kemelmajer (1998). "Los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo a la jurisprudencia italiana y argentina".
- De Carlucci, Aída Kemelmajer(2014). "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino". Revista Jurídica La Ley.
- Di Lella, Pedro. (1997). "Vigencia de la delegación notarial de la guarda. Revista del Notariado N° 849".
- Faraoni, Fabian Eduardo, (s.f.). "La prohibición de la guarda de hecho en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación".
- Fernández Silvia E., Mariela González de Vicel y Marisa Herrera (2016) "La identidad dinámica/socioafectiva como fuente generadora de conflictos no previstos en materia de adopción". Buenos Aires
- Hernández, L. B. (1998). "Juicio de Adopción". Buenos Aires: Hamurabi.
- Herrera, Marisa (2014). "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo",. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Herrera, Marisa (2015). "Colocando la figura de la adopción en su justo lugar". Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel (2015). "El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando fondo y forma se encuentran". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Infancia",
- Herrera, Marisa (2015) "El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil", Buenos Aires.
- Herrera, Marisa (2021). "Socioafectividad, infancias y adolescencias ¿De lo clásico a lo extravagante?". Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Reynaldo Mario Tantaleán Odar, (2015) "El alcance de las investigaciones jurídicas" Derecho y Cambio Social - pág. 7 - Depósito legal: 2005-5822 1)

- Santangelo, M. V. (2003). "La guarda de hecho. La rigidez normativa frente a una realidad insoslayable". Revista Jurídica.
- Valle, A. C. (2007). "La guarda". Córdoba: Alveroni.
- Wagmaister Adriana, (2000). "Adopción y mejor interés del niño", Rev. de Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n. 16. Abeledo Perrot.
- Wagmaister Adriana M. y Lea M. Levy, (s.f.). "Interés del niño, adopción y guarda de hecho", ponencia presentada en la XIII Conferencia Nacional de Abogados. Jujuy: Libro de ponencias.

NORMATIVA CONSULTADA:

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Internacional de Derechos del Niño.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Ley Nacional 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes".
- Ley Nacional 19.134.
- Ley Nacional 24.779.
- Ley Nacional 13.252.
- Ley Nacional 25.854 del "Registro Único de aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos".
- Ley D 4.109/2006 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes la provincia de Río Negro.
- Decreto Reglamentario 1328/2009.
- Decreto Reglamentario 415/2006.
- Comité de los Derechos del Niño 51º en el período de sesiones de Ginebra, en su observación general N° 12 del año 2009.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

- *“E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (EXPTE. N 0756/13/J5) – VIEDMA RIO NEGRO.*
- *“M.E.A Y H A.M S/ADOPCIÓN” (Expte. N 0489/18/J7) - VIEDMA RIO NEGRO.*
- *“L.S.Y. S/ GUARDA PREADOPTIVA (ED2)” (EXPT. NO 18864) - RIO NEGRO.*
- *“G.,H. J. Y OTRA”, 19/02/2008.*
- *“SEJEAN” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (FALLO, T. 211, P. 162 REV. LA LEY, T. 51, P. 255).*
- *“B. O. I./ ADOPCIÓN. ACCIONES VINCULADAS” MJ-JU-M-127037-AR | MJJ127037.*
- *“L.G.M. S/CONTROL DE LEGALIDAD” MJ-JU-M-103219-AR | MJJ103219 – 2016.*
- *“V.L.S.E. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN” EXPTE NO: SI-2791-2022.*
- *“FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA”.*
- *“V.L.S.E. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN” EXPTE NO: SI-2791-2022.*
- *“CASO MARIA Y OTRO VS. ARGENTINA” - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.*

ANEXOS:

**ENTREVISTA REALIZADA AL DR. PALMA JORGE, ABOGADO DE LA FAMILIA
GUARDADORA Y DE LA NIÑA “E.M.B” EN EL FALLO “E.M.B S/ RESERVADO S/
ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (EXPT. N 0756/13/J5)**

1) ¿CÓMO ELABORÓ LA ESTRATEGIA Y LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO?

Respuesta del Dr. Palma Jorge: Los guardadores me comentan que tenían a la nena desde los 9 meses, en ese momento la nena tenía 5 años, y desde la institución escolar le pedían algún documento que lo identifiquen como guardadores o padres adoptivos de la niña.

Ellos andaban con el acta de nacimiento y una escritura mediante escribano público en donde constaba que la madre biológica le entregaba a la niña como guardador. Las personas claramente estaban mal asesoradas porque la entrega por escritura pública estaba prohibida. Ante esto decidió iniciar el proceso para conseguir la guarda preadoptiva.

Inició todos los trámites de la guarda, citamos a la madre biológica al juzgado y convalida, dice que está de acuerdo con que siga estando con los guardadores porque es lo mejor para ella. La jueza le tomó la audiencia.

Continuamos y llegamos a la sentencia de la guarda preadoptiva. Una vez que sale la sentencia son 6 meses para iniciar el proceso de adopción, pero me lo daban convalidado al plazo por el tiempo que la niña había estado con ellos. Inicio la adopción y la citan nuevamente a la madre biológica a lo que se presenta con una defensora pública y se muestra arrepentida, porque no quiere que le saquen el apellido a la niña y que pierda contacto con los hermanos, a lo que me encargó de corroborar que nunca había perdido contacto con ellos. Por lo que la misma jueza que dictó sentencia de guarda con fines de adopción es la misma que nos la revoca, declarando la nulidad y diciendo que los guardadores no estaban inscriptos en el registro de adoptantes. A lo que la apeló y voy a cámara. La cámara me hace lugar a una

parte debido a que yo había pedido guarda plena y me dan simple. Lo bueno de la cámara de apelaciones es que escucharon a la niña junto a la psicóloga del poder judicial, y en todo momento quedó claro lo que quería. Nunca se le negó a la niña sus orígenes y, es más, ella fue la que planteó que se quería sacar el apellido.

De esa manera llegamos al STJ de Rio Negro, apelando la defensora oficial junto a la madre biológica, a lo que le hacen lugar al recurso.

2) ¿CUÁL ES SU OPINIÓN SOBRE LAS DIFERENTES INSTANCIAS Y DONDE CONSIDERA QUE ESTUVO EL ERROR EN LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE FAMILIA DE 1 INSTANCIA Y EN LA DEL STJ DE LA PROVINCIA DE RN?

Respuesta del Dr. Palma Jorge: Para mí en donde mejor se trabajó fue en la Cámara de Apelaciones. Es más, la sentencia de la Corte Suprema toma la sentencia de la cámara para dar solución y hacer lugar al recurso de queja

Respecto a la sentencia de primera instancia se ordena la restitución de la niña a la madre biológica, igualmente todo el proceso la niña quedó con sus guardadores, porque la sentencia no estaba firme. Al no estar firme la sentencia seguía en la misma situación que hasta en ese momento.

La defensora oficial presenta un recurso de ejecución de sentencia como si la nena fuera una cosa, a lo que la jueza no da lugar, pero igual se le hace una denuncia penal a mis clientes, la cual fue rechazada. Todo el equipo técnico del juzgado que se entrevistaba con la nena y revinculo con sus hermanos, todos fueron a favor de la jueza de primera instancia. Así que fue bastante traumático. La misma niña decía “yo no quiero saber más nada”.

3) ¿EN QUÉ MEDIDA CONSIDERA QUE SE RESPETÓ EL VÍNCULO SOCIOAFECTIVO Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA?

Respuesta del Dr. Palma Jorge: Yo estoy de acuerdo con la legalidad y los pasos procesales, pero hay casos y casos, este era muy particular debido a que la niña estaba desde los nueve

meses con los guardadores, debido a que primo la socioafectividad, pero acá en Rio Negro NADIE lo aplica. En este caso, solo lo aplicó la Cámara de Apelaciones de Viedma.

Es más, el interés superior del NNA, es una cuestión federal y a mí no me abrieron la instancia para interponer un recurso extraordinario y tuve que ir en queja, me sacaron la oportunidad desde el STJ diciendo que el interés superior del NNA no es de índole federal.

4) ¿QUÉ OPINA USTED DE LA SOCIOAFECTIVIDAD?

Respuesta del Dr. Palma Jorge: Opino que cada caso es particular y hay que plantear lo concreto, si pasa un tiempo considerable y hay razones para que el niño o niña esté en una familia guardadora no va a quedar otra que hacer lugar al vínculo socioafectivo. Esas cuestiones tienen que estar reguladas. El tiempo es muy relevante contemplando siempre al niño o niña.

ENTREVISTA REALIZADA A LA DEFENSORA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL DE RÍO NEGRO, DRA. CRESPO DOLORES. PARTE ACTIVA COMO “ABOGADA DEL NIÑO/NIÑA” EN EL CASO “E.M.B S/ RESERVADO S/ ADOPCIÓN S/ CASACIÓN” (Expte. N 0756/13/J5) - VIEDMA RIO NEGRO.

1) ¿CÓMO FUE SU PARTICIPACIÓN EN EL CASO Y CÓMO SE TRABAJÓ EL RECURSO INTERPUESTO?

Respuesta de la Dra. Dolores Crespo: Cuando la niña es informada que debía volver con su madre biológica, le escribe a la defensora de menores en un papel que quiere un abogado para ella

La nena pide un abogado del niño, hacen el sorteo y me toca a mí defenderla, como abogado de parte.

Solo me involucré en la instancia del recurso para la corte, fui notificada personalmente para contar el plazo.

El STJ manifestó que la figura del abogado del niño es una figura de asesoramiento y nosotros dijimos que no, que éramos parte en el proceso y que la niña tenía derecho a ser parte. Por lo que avanzamos con el recurso hacia la corte.

Ese día yo la conozco a la niña, maravillosa, tenía solo 10 años, ella me manifestó que tenía un “corazón para querer a todos” pero que ella quiere ser cuidada por sus papás adoptivos y a partir de esto viene el planteo ante la corte.

Desde los 6 meses que transitó procesos judiciales, toda su vida transitó judicialmente, ella tenía armado todo el esquema en su cabeza.

2) ¿CONSIDERAS QUE SE RESPETÓ EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA EN EL PROCESO?

Respuesta de la Dra. Dolores Crespo: El proceso de adopción está previsto para que sean 180 días, si vos tenes un proceso de adopción que es tan largo, nunca se va a respetar el interés superior del niño

Es inevitable ponerse a analizar la socioafectividad sin tener en cuenta que la misma se genera por el paso del tiempo, entonces me pregunto ¿Si los responsables son las partes o nosotros del otro lado? ¿Cómo no vamos a plantear que no corresponde una socioafectividad? Si ya con el solo planteo de ejercer tu derecho a la defensa te está implicando más tiempo y el tiempo se vincula con el vínculo.

Las sentencias deberían ser revisadas más rápido, en este caso, el STJ tardó 2 años en resolver una sentencia. Hubo irregularidades en el proceso.

Nosotros planteamos la intención de las partes, ellos no quisieron ocultar esta situación. La mamá había tenido el asesoramiento.

El interés superior considero que fue respetado por la corte suprema a través de su sentencia.

3) ¿CONSIDERAS QUÉ LA PROHIBICIÓN DEL ART 611 DEL CCYC ES BENEFICIOSA O PERJUDICIAL? ¿Y EN QUÉ CASOS PARA LAS INFANCIAS?

Respuesta de la Dra. Dolores Crespo: Aca la cuestion esta en como hacer para cuidar esa entrega y evitar la clandestinidad en los casos en donde no se comprueba el vínculo de parentesco. Yo creo que como regla dentro de una excepción está bueno lo del vínculo de parentesco, pero si después uno prueba que esa socioafectividad existe, lo ideal es ir directamente al planteo de inconstitucionalidad del artículo 611.

Si se plantea esa excepción dentro del artículo 611 sería muy amplio y muy difícil de controlar, así que a mi parecer, es mejor el planteo de inconstitucionalidad del artículo en el caso concreto.

Además, a la socioafectividad la puedes probar con el vínculo.

ENTREVISTA REALIZADA A LA RESPONSABLE DEL R.U.A.G.F.A DE LA 1º CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE VIEDMA, SRA. ZANARDI ESTELA.

1) ¿POR QUÉ CONSIDERA QUE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ES RELEVANTE?

Respuesta de la Sra. Zanardi Estela: Considero que es importante porque a partir de la inscripción de postulantes en el Registro se genera un listado de aspirantes a la adopción de niños, niñas y adolescentes con validez nacional que se pone a disposición de los jueces que lo requieran en las diferentes situaciones de adoptabilidad.

Esto se logra con el cumplimiento de los requisitos previstos por la reglamentación como la asistencia a charlas informativas previa a la presentación de documentación personal del/los interesados, la incorporación de la documentación ante el/la responsable del Registro conjuntamente con la planilla de solicitud, entrevista de despeje y el posterior requerimiento

de las correspondientes evaluaciones técnicas interdisciplinarias (psicológica y socioambiental) a cargo de los profesionales, los cuales evalúan las capacidades parentales con que cuentan los pretensos adoptantes (deberán reunir las herramientas mínimas que les permita ahijar) y en caso de resultar favorable el diagnóstico,

2) ¿QUÉ CONSIDERA QUE VIENE A SOLUCIONAR EL REGISTRO?

Respuesta de la Sra. Zanardi Estela: El Registro al ser de orden nacional y constituir una red federal considero que viene a poner un límite a la apropiación y entrega en adopción de NNyA a familias de distintas jurisdicciones sin respetar así su centro de vida. Además, al disponer de una nómina de inscriptos, establece un orden que permanentemente se está actualizando.

3) ¿SE REALIZAN ENTREVISTAS INTERDISCIPLINARIAS A LOS ASPIRANTES ANTES DE QUEDAR FIRME LA SOLICITUD PARA CORROBORAR QUE SON APTOS PARA ESE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE?

Respuesta de la Sra. Zanardi Estela: La solicitud de inscripción registral de los aspirantes, conforme lo dicho cuando me hiciste la primer pregunta, conlleva el cumplimiento de una serie de requisitos (asistencia a charla informativa previa, presentación de documentación personal de los postulantes, cumplimiento requisitos de orden jurídicos) de los cuales los más relevantes son las entrevistas interdisciplinarias (psicológica y socio ambiental) que persiguen la realización de un diagnóstico de las capacidades parentales de las familias (que sean portadores de las herramienta mínimas para poder ahijar). Estos diagnósticos pueden resultar favorables o no a la inscripción de los interesados y en caso positivo pasan a integrar la nómina de inscriptos.