

Inconstitucionalidad de las normas del Código Civil y Comercial que prohíben otorgar adopciones cuando median guardas de hecho y falta de inscripción del adoptante en el Registro pertinente

1 febrero 2017 por [Ed. Microjuris.com Argentina](http://Ed.Microjuris.com/Argentina)



Partes: L. A. E. s/ guarda preadoptiva –adopción

Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia de Rosario

Fecha: 7-sep-2016

Cita: MJ-JU-M-100782-AR | MJJ100782 | MJJ100782 Sumario:

1.-Es procedente declarar inconstitucionales los arts. 611 ter. pár., 600 inc. b) y 634 inc. h del CCivCom., cuando su aplicación literal al caso lleva al rechazo de la pretensión en violación a los derechos fundamentales de las partes, siendo que se inició con una guarda por entrega directa -lo cual hoy está prohibido-, prosiguió con una guarda judicial y los hechos que construyeron el vínculo entre la actora y el menor no pueden ser ponderados a los fines de la adopción, a lo cual se agrega que no está inscripta en el Registro y por ende la adopción que se otorgase sería nula.

2.-Debe considerarse inconstitucional la prohibición de valorar la guarda de hecho a los fines de la adopción (art. 611, tercer párrafo, CCivCom) porque en el caso una interpretación apegada a su literalidad no se compadece con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia, arrojando un resultado contradictorio con su identidad construida y con la familia que lo cobijó como hijo, por lo cual una prohibición tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje sobre el que se montó la identidad del menor y contraria al art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

3.-El análisis de la prohibición de admitir guardas de hecho, en cuanto a su coherencia constitucional y convencional, se diluye en el caso concreto en función del momento en que la guarda fue otorgada porque no estaba prohibida en el ordenamiento normativo interno y no llegó a conformarse en su totalidad dado que si bien se refleja en la demanda y en la reiterada conformidad del padre, no fue receptada en un decisorio judicial pues se otorgó una guarda judicial simple.

4.-Toda vez que el inc. b) del art. 600 del CCivCom. prevé como requisito para ser adoptante, el estar inscripto en el registro respectivo y que el art. 634, inc. h) establece la nulidad absoluta de la

adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes, es claro que dicho requisito ostenta el carácter de sustancial.

5.-La nulidad absoluta de la adopción otorgada a quien no se inscribió en el registro respectivo (art. 634, inc. h), CCivCom.), debe ser considerada inconstitucional porque el Registro de la Provincia de Santa Fe no admite evaluaciones de postulantes que ostenten guardas de hecho o pretendan regularizar situaciones de hecho y en el caso ello coloca a la actora en una situación de desigualdad respecto de otros parientes del menor que podrían haber obtenido la adopción por guarda directa por el sólo hecho de ostentar un vínculo de parentesco mientras que ella no lo puede hacer aun cuando construyó un vínculo filial real, palpable y basado en el afecto.

Fallo:

Rosario, 7 de setiembre de 2016.

Y VISTOS

Los presentes caratulados "L., A. SOBRE GUARDA PREADOPTIVA", Expediente N° xxxx/06 y su conexo "L., A. E. SOBRE ADOPCIÓN", Expediente N° xxx4/07, de los que resulta:

La Sra. A.E.L., patrocinada por la Dra. M.L.A., inició el 9 de octubre de 2006 una demanda de adopción simple de G.A.R., por entonces menor de edad (fs. 7). Expresó que conoció a G. como alumno de la Escuela Provincial N° xx por ser ella docente de la misma. Relató que se interiorizó del fallecimiento de la madre del mismo por conversaciones con el Sr. A.R., padre del alumno, como así también de la precaria situación en la que se hallaba el Sr. R. quien tenía otra pequeña hija al cuidado de otras personas. Dada tal situación comenzó a llevar al niño a su hogar "para darle un poco de contención" con expresa autorización del padre. A partir de ello el niño hizo amistad con el hijo de la actora y con el correr del tiempo se produjo un vínculo de cariño entre todos ellos por lo que G. comenzó a convivir en su casa desde el 1° de junio de 2006, a pedido del niño y de su padre quien lo visitaba.

El entonces juez de trámite Dr. Guillermo Corbella ordenó a la actora que certificara las partidas que acompañaba, extremo que se concreta el 28 de febrero de 2007 mediante un escrito donde la Sra. L. expuso que la hija del Sr. R., E.C., se encontraba también bajo su cuidado desde unos meses antes y amplió su demanda a la adopción de dicha niña (fs. 12)

Luego de cumplimentados ciertos requisitos formales, el juez ordenó imprimir trámite de guarda preadoptiva, acreditar el estado civil de la requirente y citar al padre de los niños a comparecer con patrocinio letrado y expresar su voluntad respecto de la acción deducida (10 de abril de 2007, fs. 17)

El Sr. R. compareció el 24 de mayo de 2007 con el patrocinio de la Dra. C.L. y prestó su consentimiento para la prosecución del juicio tendiente a otorgar la adopción de sus hijos a la Sra. L. por hallarse en imposibilidad material y espiritual de criarlos en función del fallecimiento de la madre de los mismos, entre otras razones (fs. 19).

El 28 de junio de 2007 se agregó informe ambiental elaborado por la entonces Trabajadora Social María Adelaida Etchevers en el que se daba cuenta que la Sra. L. convivía con su hijo M.Re., de

19 años, con G.A. y E.C.R. de 9 y 2 años respectivamente y con R.E.V. de 20 años, empleada doméstica.

La Defensora General Civil N° 1 Dra. Alejandra Verdondoni (artículo 59 del Código Civil derogado, actual artículo 103 del Código Civil y Comercial) convocó a la Sra. L. y al Sr. R. a audiencia (fs. 26), la que se concretó el 5 de setiembre de 2007. En ella, el Sr. R. le ratificó su voluntad de dar a sus hijos en adopción y la Sra. L. de recibirlos en tal carácter (fs. 28). La Defensora se expidió en pos de otorgar guarda preadoptiva (fs. 28).

El 21 de setiembre de 2007 la entonces jueza de trámite Dra. Susana Gueiler ordenó que la actora acreditara medios morales y materiales y que cumplimentara con lo ordenado en el mes de abril. El 28 de ese mes la Dra. A. comunicó que su cliente era divorciada, docente de una escuela dependiente del Ministerio de Educación de la Provincia. Además, ofreció prueba testimonial (fs. 32). Se decretó que acreditase formalmente su estado civil y medios de vida (fs. 33). La actora acompañó a fs. 35 certificado de conducta emitido por la Policía de la Provincia. El 28 de noviembre de 2007 se fijó audiencia de testimoniales para el 25 de febrero de 2008 (fs. 38). Las mismas fueron recibidas conforme acta obrante a fs. 39.

El 7 de mayo de 2008 la Sra. L. acompañó copia certificada de acta de matrimonio con inscripción marginal de sentencia de divorcio por la que fuera disuelto el vínculo existente entre ella y quien fuera su esposo (fs. 47).

El 7 de mayo de 2008, ya actuando el suscripto como juez de trámite, se designó audiencia para el 19 de junio de 2008 a los fines de tomar conocimiento personal de la peticionante y de los niños (fs. 46).

El 19 de junio de 2008 la Defensora General Civil N° 1 acompañó acta de la entrevista que mantuvo con G. quien le dijo que “desea permanecer en la guarda de la Sra. A. L. siempre que se mantenga el permanente contacto filial con su padre biológico” (fs. 47). Agregó que “nunca deberá separarse de su hermana E.” y dijo que “si ella se queda él se queda y si se vuelve con su papá se va con ella”. La Defensora se expidió en pos de mantener el statu quo de la situación reconociendo la guarda de hecho en la persona de la Sra. L. y estableciéndose un plazo perentorio para que las partes definieran sus posiciones.

En la misma fecha recibí en audiencia a la Sra. L., a los niños G. y E. y al Sr. A.A.R. quien manifestó su deseo de comparecer con otro patrocinio y ser asesorado por otro profesional a los fines de evaluar la acción y el consentimiento oportunamente prestado (fs. 48). En ese mismo acto, luego de escuchar a los nombrados, suscribí el Auto N° 10.233 por el que se otorgara, cautelar y provisoriamente, la guarda de ambos niños a la Sra. L. y estableciera un régimen de visitas provisorio y de carácter cautelar entre los niños y su padre. Se dispuso también la realización de un informe ambiental en el domicilio del Sr. R. y de la Sra. L., un informe psicológico del progenitor y de la Sra. L. en función de la situación planteada y la atención del niño G. por parte de la Cátedra de Psiquiatría de Niños de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Rosario. Se emplazó al Sr. R. para que en el término de tres días compareciese ante el Tribunal con otro patrocinio y constituyese domicilio ad litem bajo apercibimientos de ley. También se hizo saber a

ambas partes que agregados que fueren los informes dispuestos y cumplido con lo ordenado se resolvería sin más acerca de la guarda preadoptiva. En el mismo acto la Sra. L. aceptó la guarda conferida.

El Sr. R. compareció el 25 de junio de 2008 patrocinado por la Defensoría General Civil N° 3 (fs. 49).

Por Auto n° 10539 del 11 de julio de 2008 se regularon los honorarios profesionales de la Dra. L. (fs. 54)

El 23 de octubre de 2008 la Sra. L. denunció que el Sr. R. no cumplía adecuadamente con el régimen de visitas pautado y que el 6 de ese mes se había presentado en muy mal estado, proliferando gritos, amenazas, insultos y exigiendo dinero. Peticionó la inscripción de los niños en su obra social (fs. 61). Se decretó oficiar a la obra social para comunicar lo resuelto por auto N° 10233/08 y cumplimentar con lo dispuesto en el mismo. Se encuadró la denuncia en los términos de la ley 11.529 y dispuso correr traslado al denunciado, dar intervención a la Defensoría General Civil para que escuchara a G. y la suspensión del sistema de visitas con restricción de acercamiento al Sr. R. respecto de la guardadora y los niños. El Sr. R. fue notificado del traslado mediante cédula que se ha agregado a fs. 72 sin que posteriormente evacuara el mismo.

El 25 de noviembre de 2008 la Dra. A. comunica que G. se fue con su padre y que no regresó (fs. 63). Se dispuso cumplimentar con lo dispuesto el día 23/10/08. G. fue escuchado por la Dra. Verdoni el 27 de marzo de 2009 y expresó que había tenido un problema con A. y su papá y que desde noviembre volvió a vivir con papá. Dijo que veía a su hermanita los días sábados cuando iba a visitarla pero que su papá no lo hacía. Agregó que la niña no reconocía a su padre como suyo y que lo nombraba como “el papá de Gabi” (fs. 70).

En abril de 2010 la Dra. A. petitionó se oficiara a la obra social para que otorgara nuevamente cobertura (fs. 74). Se corrió vista a la Defensoría General Civil la que se expidió el 30 de abril de 2010 sin formular objeciones.

La actora volvió a impulsar el procedimiento el 6 de abril de 2015 (fs. 76), es decir, cinco años después, mediante una manifestación en la que peticionaba una constancia documental para presentar ante la obra social. Se ordenó practicar un nuevo informe ambiental y se dio intervención a la Defensora General para que escuchara a los niños (fs. 77). El informe ambiental fue efectuado el 12 de mayo de 2015 (fs. 78). G. y E. fueron escuchados por la Dra. Verdoni el 10 de julio de 2015 (fs. 81)

El 5 de agosto de 2015 se decretó la adecuación del juicio a las normas del nuevo Código Civil y Comercial y se dispuso emplazar al Sr. R. para que manifestara en el plazo de diez días si había tomado la decisión libre e informada de que sus hijos fueran dados en adopción (fs. 83). El Sr. R. fue notificado por cédula diligenciada el 21 de octubre de 2015 sin que luego evacuara el traslado corrido (fs. 87).

Corrida vista a la Sra. Defensora General Civil la misma se expide en pos del progreso de la acción.

Se convocó a audiencia a ambos hermanos y a la Sra. L. la que se concretó el día 8 de agosto del corriente año conforme consta a fs. 99. Consecuentemente, se está así en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO

El presente juicio versa sobre un proceso de adopción iniciado por una mujer mayor de edad respecto de dos niños cuyo cuidado le fuera otorgado por el padre de ambos luego del fallecimiento de la madre. La guarda de hecho con el mayor de los hermanos comenzó el 1° de junio de 2006 cuando el niño tenía 8 años y con la menor unos meses después cuando contaba con un año y seis meses aproximadamente. La pretensión -que contó con el consentimiento del padre- fue de adopción de ambos hermanos mas inicialmente solo se otorgó la guarda judicial a la actora ante el pedido del padre de obtener un mayor asesoramiento. Luego de un más que prolongado período de inactividad procesal tanto la actora como ambos hermanos han solicitado se declare la filiación adoptiva entre ellos.

En un lapso tan prolongado se han sucedido hechos y actos jurídicos que en su gran mayoría se produjeron durante la vigencia del Código Civil, como así también se han adoptado decisiones judiciales en función de aquellas normas, tal como se lee en los “vistos” precedentes. Sin embargo, el presente decisorio debe ser ponderado y construido a la luz del actual orden normativo vigente. Ello importa la segura existencia de colisiones entre las actuales normas y el esquema de hechos y decisiones referido que también debe ser abordado en esta resolución.

1) La producción probatoria

Se ha acreditado en autos que G.A.R., nacido en Rosario el día 27 de mayo de 1998, (Acta N° xxx, Tomo x, Registro Civil Rosario Sección Hospital Roque Sáenz Peña, DNI N° xx.xxx.xxx, fs. 10) y E.C.R., nacida en Rosario el 25 de mayo de 2005 (Acta N° xxxx, Tomo xxx, Año 2005, Registro Civil Rosario Secc. Maternidad Martin, fs. 11), son hijos de A.A.R. y de M.E.S., como así también que la Sra. S. falleció en Rosario el 27 de noviembre de 2005 (Acta N° 1768E, Tomo VI, Año 2005, Registro Civil Rosario Subsección Defunciones, fs. 9).

También se ha probado que la Sra. A.E.L., nacida el 2 de enero de 1959, contrajo matrimonio con R.J.L. el 1° de julio de 1983 y que el 3 de noviembre de 2000 se dictó sentencia de divorcio vincular (Acta N° xxx, Año 1983, Registro Civil Rosario Sección 1a, con inscripción marginal de la sentencia de divorcio n° xxx del 3 de noviembre de 2000 dictada por este Tribunal, fs. 47).

En el informe ambiental de junio de 2007 se expone que ambos niños se encontraban al cuidado de la Sra. L. y convivían con la misma y su hijo M.Re., de entonces 19 años, y con R.E.V. (20 años) quien se desempeñaba como empleada doméstica. G. (9 años) asistía a clases de computación, inglés y practicaba básquet en el Club “xxxxxxx”. La atención médica de E. se realizaba en el Centro de Salud P. y la de G. en el Hospital Roque Sáenz Peña, también recibía atención psicológica.

M.Re. y R.E.V. prestaron declaración testimonial conforme consta a fs. 39. El primero dijo ser hijo del primer matrimonio de la Sra. L. y que, consecuentemente, vivió intensamente todo el período en que los niños llegaron a su domicilio. Afirmó considerarlos sus hermanos y que la relación trazada “supera cualquier vínculo sanguíneo”. La Sra. V. sostuvo que cumplía tareas de niñera con

la Sra. L. y que participaba de manera activa en el cuidado de los niños. Dijo constarle que la Sra. L. se ocupaba personal y denodadamente de ambos. Refirió que veía a los niños “crecer sanos, unidos y felices”.

Del informe ambiental de mayo de 2015 practicado por la Lic. Isabel Fernanda Ojeda se desprende que ambos hermanos continuaban conviviendo con la Sra. L. (fs.78). M.Re., por su parte, lo hacía con su propio padre. Se refiere que la Sra. L. era Vicedirectora de la Escuela N° xxx. Se expone también que G. mantenía contactos con su padre y que el mismo vivía en xxxxxxxxxxxxxx de Rosario (domicilio denunciado en autos). Se informó también que no existía relación entre el padre y la niña.

El 10 de julio de 2015 G. fue entrevistado por la Dra. Verdondoni y le relató que hasta un año antes había vivido temporalmente con su padre pero que el mismo se fue de la Ciudad por trabajos y que no lo veía con regularidad. Dijo que él no deseaba perder el vínculo con su papá pero que no iba a dejar a su hermana y aceptaba la adopción. La Defensora agregó que E. no tenía dudas respecto de sentirse hija de la Sra. L. y que deseaba que se concretara el trámite para ser definitivamente su hija.

El 8 de agosto de 2016 tanto G. como E. fueron entrevistados por el suscripto, como así también M.Re. y la actora. G. expresó su intención de continuar con la adopción por parte de la Sra. L. a quien dijo considerar su madre porque ha estado con ella desde hace aproximadamente diez años. E. también prestó su consentimiento para la adopción y afirmó que la Sra. L. es su mamá. Ambos sostuvieron querer conservar el apellido paterno. Por su parte, M.Re. expuso que tanto G. como E. son sus hermanos y que él propicia la adopción de ambos por parte de su madre.

En síntesis:

1.El caso se inicia mediante una guarda de hecho por entrega voluntaria directa con fines de adopción efectuada en vigencia del anterior ordenamiento.

2.La actora formuló una pretensión de adopción de ambos hermanos y el juicio fue procesalmente dirigido hacia el otorgamiento de una guarda con fines de adopción, conforme a la legislación vigente para esa época.3.Se otorgó judicialmente una guarda simple en función del deseo del progenitor de recibir un distinto asessoramiento profesional respecto del trámite de adopción de sus hijos.

4.Luego de varios años la actora, pocos meses antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil, impulsa nuevamente la acción, reencausándose finalmente en el nuevo procedimiento de adopción vigente a partir del 1° de agosto de 2015.

5.Se ha probado que E. está al cuidado de la Sra. L. desde fines de 2006 y que G. lo hizo desde unos meses antes con algunas interrupciones en las que retomó la convivencia con su padre sin perder contacto con su hermana ni con la Sra. L. mas desde hace ya dos años convive exclusivamente con la actora.

6.También se ha acreditado la existencia en los hechos de un fuerte vínculo afectivo entre la actora y los dos hermanos que los emplaza en el carácter de madre-hijos y también el que los une con el hijo biológico de la actora en cuanto hermano-hermanos.

2) La adopción en el Código Civil y Comercial

2.1.) El supuesto fáctico habilitante

El artículo 594 del Código Civil y Comercial define a la adopción como “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.

Esta definición, como la mayor parte de las normas que le siguen, está pensada desde la perspectiva del niño o niña cuya familia de origen no puede brindarle una debida contención. Por otro andarivel transita la adopción por integración en la que, precisamente, el supuesto jurídico requiere la existencia de un progenitor que efectivamente brinda a su hijo o hija los cuidados necesarios para atender a sus necesidades (arts.630 a 633).

Así, el Código ha puesto las cosas en su lugar: la adopción es, por sobre todas las aristas en juego, una institución que se construye a partir de los derechos del niño y no desde el lugar de los adultos. Subrayar esta concepción se impone en función del tratamiento particular que merece el presente caso.

El andamiaje jurídico de la adopción en el nuevo ordenamiento civil, desde la perspectiva genérica puntualizada, ha sido construido sobre la base de una fuerte vinculación con la ley de protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia (ley nacional 26.061, ley provincial 12.967). Obsérvese que la articulación de un único proceso de adopción dividido en tres etapas (declaración de situación de adoptabilidad, arts. 607 a 610, guarda con fines de adopción, arts. 611 a 614 y juicio de adopción, arts. 615 a 618) presupone la participación previa o simultánea del organismo administrativo que aplica la ley de protección integral (en nuestra Ciudad, la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia) y de la intervención del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (RUAGA) a los fines de la selección de la familia adoptante, si bien esta aseveración puede tener sus más o sus menos conforme se dé la situación de adoptabilidad.

En ese marco quedan comprendidas las causales de declaración de situación de adoptabilidad que prevé el artículo 607 a las que debe sumarse la equivalencia otorgada a la sentencia de privación de la responsabilidad parental que establece el artículo 610.

Los supuestos de declaración de situación de adoptabilidad tienen como común denominador una situación actual o potencial de grave vulneración de los derechos fundamentales de niñas y niños. Ello puede observarse con nitidez en el primer y tercer supuesto del artículo 607 y en el de privación de la responsabilidad parental del artículo 610. Así, el caso del inciso a) del artículo 607 (“un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada”) se observa la vulneración actual del derecho a la identidad, del derecho a ser criado en el seno de una familia, etc. En el tercero la vulneración grave de derechos fue ya constatada por el organismo administrativo al adoptarse una medida excepcional (art. 607 inciso c). El segundo parte de un acto

jurídico voluntario de ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores quienes deciden habilitar la adopción de su hijo o hija a la familia que sea seleccionada por el registro de adoptantes, decisión que en sí misma requiere las ponderaciones que su trascendencia impone (“los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento”).

Entonces, dejando de lado la adopción por integración, para habilitar el inicio del proceso de adopción debemos preguntarnos:

osi estamos frente a un niño o niña cuya familia de origen no puede proporcionarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales,

osi su situación se subsume en alguno de los supuestos de declaración de situación de adoptabilidad y

osi desde la perspectiva del superior interés del niño es conveniente generar el vínculo filial adoptivo.

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

2.2.) Selección de la familia adoptiva

La problemática de la selección de quién es la persona, el matrimonio o la unión convivencial que será la familia adoptiva de un niño o niña en situación de adoptabilidad es ciertamente compleja.

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

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

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

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

motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

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

2.2.1) Prohibición de la guarda directa y de ponderación de guardas o situaciones de hecho a los fines de la adopción

El artículo 611 establece una prohibición vinculada con la guarda directa y una limitación en la ponderación de los hechos a los fines del otorgamiento de una adopción:

Prohíbe 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 y habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Impide al juez considerar a los fines de la adopción la guarda de hecho, las guardas judiciales o las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental.

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

La intervención del registro de adoptantes y de la autoridad administrativa de aplicación de la ley de niñez es una modalidad de selección inicial claramente superadora respecto de la guarda directa: preserva integralmente los derechos de niñas y niños, aporta transparencia si el registro es debidamente gestionado, aleja y obstaculiza todo tipo de negociaciones espurias entre progenitores y guardadores y también de ese modo evita vulneraciones a los derechos de los primeros, especialmente de las madres.

Sin embargo, como vimos, el propio artículo pauta una excepción al criterio de selección a través del RUAGA si se tiene en cuenta que se atribuye al juez la comprobación de existencia de vínculo sin otro requisito. En el supuesto tampoco serían exigibles las previsiones del artículo 613 ni se daría la sanción de nulidad absoluta del artículo 634.

Amén de lo expuesto podría sostenerse que la excepción vinculada al vínculo de parentesco entre los guardadores y los progenitores no necesariamente importa que la familia guardadora no se inscriba en el RUAGA. Sin embargo, como veremos más abajo, al menos en la Provincia de Santa Fe es ya públicamente conocida la contundente negativa de las autoridades del registro de adoptantes para evaluar postulantes que ostentan guardas de hecho.

Otro aspecto que contiene la norma es la prohibición al juez de considerar, a los fines de la adopción, la existencia de guardas de hecho, guardas judiciales o delegaciones del ejercicio de la responsabilidad parental. Esta limitación del artículo nos permite afirmar que la norma prohíbe las

guardas por entrega directa con fines adoptivos, pero no las guardas de hecho y las guardas judiciales (art. 657 CCyC). Respecto de las delegaciones de ejercicio son las previstas en los artículos 643 y 674 del Código Civil y Comercial.

2.2.2.El requisito de inscripción del inciso b) del artículo 600 y la sanción de nulidad absoluta del inciso h del artículo 634

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

En el caso de la adopción por integración el Código norma una excepción al requisito de inscripción en el registro de adoptantes. A mi juicio tampoco es aplicable al supuesto de excepción del artículo 611 (guarda directa a personas con vínculo de parentesco), aun cuando no cuente con una norma expresa tal como la que surge del artículo 632.

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

En los puntos siguientes analizaré si este esquema normativo es conteste con los derechos fundamentales de las personas que participan de este proceso.

3) Colisión entre el caso y las normas infraconstitucionales descriptas. Integración normativa o declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Una mera lectura de los hechos que dan sustento a este caso permite afirmar, sin mayores hesitaciones, que la aplicación literal de las normas descriptas lleva al rechazo de la pretensión. Es decir, la guarda directa está prohibida (el caso se inició con una guarda por entrega directa), la guarda judicial (el caso prosiguió con una guarda judicial) y los hechos que construyeron el vínculo entre la actora y los hermanos R. no pueden ser ponderados a los fines de la adopción, además la actora no cumple con los requisitos de inscripción en el Registro y por ende la adopción que se otorgase sería nula.

Sin embargo, existe una enorme distancia entre las normas apuntadas y, precisamente, el hecho palpable de la existencia de un vínculo filial de hecho entre la Sra. L. y los hermanos R.

La situación de G.A.R. la abordaré por separado dado que es actualmente mayor de edad.

El siguiente análisis tiene como presupuesto necesario y excluyente que la guarda de hecho se haya conformado a partir de un acto lícito, no comprende desde ya guardas obtenidas a partir de conductas perseguibles penalmente ni tampoco mediante ilícitos civiles.

El Código Civil y Comercial ha incluido un "Título Preliminar" a partir de reconocer, entre otros aspectos, que "es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores" (Fundamentos del Anteproyecto).

Los artículos 1° y 2° nos marcan el sendero por donde debe transitar la interpretación de las normas señaladas en vinculación con el caso concreto.

El artículo 1° expresa que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...” y el artículo siguiente establece que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

La Dra. Marisa Herrera y el Dr. Gustavo Caramelo, al comentar el artículo 1° del Código, señalan que “...si las leyes aplicables lo deben ser ‘conforme’ -es decir, a tono, en consonancia o en respeto- a la Constitución Nacional ... y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado”, o en otras palabras “los cambios, desarrollo y avances que acontezcan en el primero repercuten de manera directa en el segundo” (Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián, Directores, “Código Civil y Comercial Comentado”, tomo I, página 8, Infojus, Buenos Aires, 2016). Ambos autores resaltan lo señalado en los Fundamentos del Anteproyecto en cuanto a que “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

El Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales con especial referencia a los vinculados a derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional. Esta afirmación regía también durante la vigencia del Código Civil derogado en función de la importantísima labor pretoriana desplegada por la Corte nacional no solo en cuanto al control de constitucionalidad sino también respecto de la operatividad de los tratados internacionales (v.gr, “Ekmekdjian contra Sofovich” 07/07/1992, Fallos 315:1492, “Fibraca Constructora S.C.A contra Comisión Técnica Mixta Salto Grande” 07/07/1993, “Cafés La Virginia S.A.”, 13/10/1994, Fallos 317:1282).

A estos lineamientos se suma el desarrollo jurisprudencial vinculado al “control de convencionalidad” de las normas locales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. En ese orden, cabe recordar que nuestro Máximo Tribunal hizo suyo en el caso “Mazzeo” (13/07/2007, Fallos 330:3248) los argumentos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Almonacid Orellano” (26/09/2006) y “Trabajadores Cesados del Perú” (24/11/2006), y habilitó de dicho modo el control de convencionalidad de oficio, enfatizando que la interpretación de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que importa 'una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos'.

Posteriormente, nuestro Superior Tribunal sostuvo, en "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra contra Ejército Argentino sobre daños y perjuicios" (27/11/2012) que "...los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc.22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango".

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

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, reiteradamente como también reiteradamente se ha citado, que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, eso es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que operan plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos 314: 424, entre otros), señalando también que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico. Una eventual respuesta afirmativa a la pretensión deducida entra en contradicción, como vimos, al menos con el artículo 611 y con el inciso b) del artículo 600 en relación con el inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial.

El análisis del obstáculo normativo vinculado con la prohibición de la guarda directa con fines adoptivos en cuanto a su coherencia constitucional y convencional se diluye en función del momento en que la guarda fue otorgada. En el año 2006 la guarda por entrega directa no se encontraba prohibida por el ordenamiento normativo interno aun cuando diversas voces

doctrinarias y jurisprudenciales objetaron la misma por entenderla contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Amén de ello, en el caso concreto la guarda directa no llega a conformarse en su totalidad dado que si bien se refleja en la demanda de la actora y en la reiterada conformidad del padre no termina siendo receptada en un decisorio judicial sino que lo otorgado fue una guarda judicial simple. Amén de ello, al momento de iniciarse de hecho la guarda directa no constituía ilícito alguno.

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

El primer apartado del artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño expresa que “Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” y la parte final del primer apartado del artículo anterior consagra el derecho de todo niño y niña de “conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El apartado 3 del artículo 20 también pauta el derecho del niño a la adopción como una modalidad de cuidado especial para los niños que deben permanecer privados de su medio familiar.

Específicamente en materia de adopción, el artículo 21 subraya que el interés superior del niño es una consideración primordial tal como es receptado en carácter de principio por el artículo 595 inciso a) del Código Civil y Comercial. Resalto que ese principio debe ser aplicado como “la consideración primordial” yendo más allá de la calificación de “una consideración primordial” como lo ordena el artículo 3° apartado 1° de la Convención (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7, 2005, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia” párr.36 b, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>), y resaltado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 16/09/2009, “Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni, Defensora Pública de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G.”, Fallos 331:2047). Cabe también recordar que el principio debe ser aplicado “estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, 2003, “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement>, -citado por nuestra Corte nacional en fallo anteriormente referido).

Del articulado expuesto puede inferirse la existencia de un derecho del niño y de la niña a pertenecer a una familia, a ser criado en su seno y a recibir de ella el trato de hijo, de hermano, de nieto. Ese derecho se debe concretar en primer término dentro de la familia de origen o de su familia ampliada mas cuando ello no se puede lograr surge el derecho a que dichos roles sean ejercidos por otra familia.

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

La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho.

¿Qué sucede con aquellas personas, a veces parientes, a veces amigos, a quienes una mamá le deja su pequeño hijo al cuidado y nunca más se vuelve a tener noticia de ella? ¿Qué hacemos con ese puente filiatorio construido durante largos lapsos entre un niño y quien él considera su madre? ¿Qué contestamos a las familias más vulnerables de nuestra comunidad que traen estos casos al Tribunal cuando quien todos consideran hijos ingresan a la adolescencia e inician la escuela secundaria? ¿Le respondemos que no es hijo porque esos hechos que son precisamente su vida no pueden ser considerados por el juez?

¿Cómo se compadece ignorar una situación de hecho desarrollada en el curso de diez años en la que claramente una niña se ha referenciado con una mujer como su madre? ¿Cómo ignorarla cuando para esta niña esa mujer es su madre en sus relaciones sociales, en la escuela, en el barrio, en el almacén de la esquina, en su ámbito familiar y para su propio hermano ha operado como madre? ¿Quién de todos nosotros le dice a esta niña “no sos hija porque una norma le prohíbe al juez tener en cuenta tu historia” cuando, por otra parte, no ha existido ningún elemento de ilicitud en el origen de esos hechos?

En situaciones como la descrita no alcanzo a dimensionar cómo una interpretación de la norma apegada a su literalidad pueda compadecerse con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia (a una otra familia) cuando su aplicación arroja un resultado marcadamente contradictorio con su identidad construida y con la familia que en los hechos lo ha cobijado como hijo. Es decir, la prohibición, tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje sobre el que se ha montado la identidad de esta niña en particular y por ende se muestra contraria al artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A mi juicio la inflexibilidad e inelasticidad de la prohibición no habilita una interpretación integradora. La norma del Código establece un mandato claro y nítido al juez que no admite la aplicación de una norma superior que la integre sin contradecirla.

En las concretas circunstancias del presente caso la norma resulta contraria a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Constitución Nacional en tanto y en cuanto tal convención tiene jerarquía constitucional (inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional), dado que vulnera el principio de superior interés del niño y los derechos más arriba descriptos.

Una situación similar se plantea respecto del requisito de inscripción y la sanción de nulidad. En ese orden, la posibilidad de registración de la Sra. L., si bien admitida por la ley 13.093, encuentra un duro límite en el Registro local quien no admite evaluaciones de postulantes que ostenten guardas de hecho o pretendan regularizar situaciones de hecho. En nuestro medio esa determinación del registro local es públicamente conocida y ha sido debatida en reuniones oficiales en los que el suscripto ha participado y también ha sido comunicado por escrito en otras actuaciones judiciales. Este posicionamiento ha llevado a las autoridades del registro a proponer una modificación a la ley 13.093 para que la norma prevea la prohibición de intervención en situaciones de guarda de hecho. Amén de lo expuesto, como ya lo adelantara, la inscripción en el registro no se infiere como necesaria e imprescindible en el supuesto de excepción previsto en el artículo 611.

Consecuentemente, aún cuando la actora pretendiese lograr una inscripción se encontraría frente a la imposibilidad de concretarla tal como se expresara en el párrafo anterior.

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

Corresponde también resaltar que se coloca así a la Sra. L. en una situación de desigualdad respecto de otros parientes de los hermanos R. en tanto éstos podrían haber obtenido la adopción por guarda directa por el sólo hecho de ostentar un vínculo de parentesco mientras que ella no lo puede hacer aun cuando ha construido día a día un vínculo filial real, palpable y basado en el afecto. El requisito de inscripción ha sido revestido de un carácter netamente impediendo del otorgamiento de una sentencia válida en función de la sanción de nulidad absoluta prevista para su incumplimiento. Desde dicha perspectiva, no viabiliza demasiadas alternativas de integración normativa y se muestra remiso a cualquier diálogo con otras normas. La génesis de la filiación adoptiva está en la sentencia que la ordena y no es dable pensar que se la suscriba sabiendo que eventualmente podrá argüirse contra la misma su nulidad absoluta en función de una interpretación diversa a la integración normativa posible.

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

4) Situación del hijo mayor de edad

En el caso del hijo mayor de edad, que recientemente ha cumplido los dieciocho años, el artículo 597 establece como regla general que pueden ser adoptados personas menores de edad no emancipados y que, excepcionalmente, pueden ser adoptados mayores de edad cuando se trate

del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar (inciso a) o cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada (inciso b).

El caso que nos ocupa se subsume en el último supuesto siendo claro a mi juicio que no está comprendido por las disposiciones referidas a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes tal como se establece en materia de adopción por integración.

5) La resolución

La sentencia debe expedirse, conforme el desarrollo realizado, sobre estos aspectos:

5.1) La situación de adoptabilidad

Hemos señalado anteriormente que si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado el juez se encuentra habilitado para declarar la situación de adoptabilidad, con la prevención que la manifestación sólo es válida si se expresa después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento.

En el caso particular, la madre de la niña ha fallecido y el Sr. R. otorgó su consentimiento mediante un escrito que contó con patrocinio letrado. Luego reiteró esa voluntad ante la Defensora General Civil N° 1 (fs. 28, 5 de setiembre de 2007)

Recién el 19 de junio de 2008 manifestó que deseaba recibir asesoramiento a los fines de evaluar la acción que se tramitaba y el consentimiento oportunamente prestado (fs. 48). El 25 de junio de 2008 compareció con el patrocinio de la Defensoría General Civil N° 3 mas nunca formuló una retractación expresa a la voluntad oportunamente otorgada. Aún luego de reencausado el expediente en las normas del Código Civil y Comercial no se ha presentado nuevamente y se ha desinteresado por la suerte de la causa.

Tanto E. como G. fueron recibidos por el suscripto el día 8 de agosto de 2016. E. prestó su asentimiento para la adopción por parte de la Sra. L. respecto de quien afirmó considerarla su mamá (art. 617 inciso d) CCyC). También solicitó conservar su apellido paterno. Ambos reiteraron su pretensión de emplazamiento filiatorio adoptivo respecto de la Sra. L.

Por consiguiente, se declarará a E.C.R. en situación de adoptabilidad en los términos del inciso b) del artículo 607 del Código Civil y Comercial.

Cabe señalar que no se han presentado en autos otros familiares o referentes afectivos de la niña ofreciendo asumir su guarda, como así también que la niña ha si escuchada en autos y ha participado el Ministerio Público quien se expidiera en favor de la declaración.

5.2) Elección de la familia adoptiva

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

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

Conforme las constancias de autos también se cumplimenta en el caso los requisitos de diferencia de edad entre los adoptados y la adoptante (art. 599) sin que se halle la misma en los supuestos de exclusión del artículo 601 en tanto tiene más de 25 años, no es ascendiente o descendiente ni tampoco hermana o hermana unilateral de los hermanos R.

5.3.) Guarda con fines de adopción

Como vimos el entonces juez de trámite receptó el presente como demanda de guarda preadoptiva en función de la normativa vigente al momento de iniciarse la acción. El progenitor fue también emplazado a expedirse sobre la guarda preadoptiva, si bien como ya vimos había dado su consentimiento para la adopción directamente.

En el caso particular, la consolidación del vínculo filial entre la actora y ambos hermanos permite tener por ampliamente cubiertas las finalidades propias de la guarda con fines de adopción.

Se tendrá entonces por cumplimentado el plazo de guarda establecido en el Código Civil y Comercial (art. 614)

5.4.) Adopción de persona mayor de edad. Adopción de la niña. Inconstitucionalidad del inciso h del artículo 634

Tanto G. como E. han solicitado el otorgamiento de la adopción, pretensión que también fue formulada inicialmente por la Sra. L. y aceptada originariamente por el Sr.R.

En el caso de G., como se adelantara, el artículo 597 establece que, excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

La posesión de estado entre la Sra. L. y G. se encuentra ampliamente probada en autos. En ese sentido, la declaración de G. y de M.Re. y las testimoniales recibidas brindan sustento suficiente para tener por configurado el supuesto de excepción receptado en la norma.

Cabe señalar también que el artículo siguiente indica que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, debiendo ser oídos por el juez quien valorará su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez. En este caso, M.Re. ha sido contundente en cuanto a que no sólo considera a los hermanos R. como sus hermanos sino que él mismo propicia la adopción.

Siendo la adopción de una persona mayor de edad un supuesto de excepción y en función de sus particularidades, no le son de aplicación las normas relacionadas a declaración de situación de adoptabilidad, guarda con fines de adopción y selección de la familia adoptante. Consecuentemente, se está en condiciones de expedirse respecto de la adopción.

Para tratar la situación de E. entiendo pertinente detenerme en primer lugar en este larguísimo lapso de diez años que han transcurrido, que en caso de esta niña es prácticamente toda su vida.

Como hemos visto estos dos hermanos han estado al cuidado de la Sra. L. por más de diez años. El padre originariamente autorizó la adopción en dos oportunidades y luego dudó, mas nunca se retractó. Su última intervención data del 25 de junio de 2008 (fs. 49), es decir, hace ya más de ocho años.

Durante mucho tiempo las actuaciones estuvieron detenidas, exactamente desde abril de 2010 a abril de 2015. En tanto no se hallaba vigente el actual artículo 709 del Código Civil y Comercial, el impulso procesal recaía exclusivamente en la actora. Sin embargo, ello no ahorra responsabilidades a quienes debemos hacer efectivos los derechos de la infancia que estén a nuestro alcance. Cabe señalar, subrayar, resaltar, poner de relieve y gritar que esa demora fagocitó a la infancia de G.

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

En el caso particular los hechos se han dado de modo tal que la sentencia a dictarse no hará más que reflejar la realidad cotidiana de estos dos hermanos, en tanto y en cuanto ambos han sido contestes en reclamar su adopción y el padre se ha desinteresado de la suerte filial de sus hijos.

Desde esta perspectiva y partiendo de una guarda preadoptiva agotada respecto de E. es claro que diferir expedirse sobre su adopción la colocaría en una situación no igualitaria respecto de su hermano y no respetaría su propia realidad en la que es en los hechos hija de la Sra. L. desde toda su vida y así lo considera. Como ya dijera, esta afirmación sólo puede darse desde el lugar de la inexistencia de un ilícito originario y a partir de un padre que, al contrario del caso "Fornerón", no ha podido subjetivamente colocarse en situación de un reclamo para serlo. Las constancias de autos también permiten afirmar que se ha cumplimentado con el procedimiento establecido en el artículo 617 con lo que la dilación al solo efecto de cumplir con las pautas procesales dadas por la ley de fondo no se compadece con el principio de tutela judicial efectiva. Es pertinente entonces también declarar la adopción de E. por parte de la Sra. L.

Como ya ha sido expresado, corresponde también declarar la inconstitucionalidad del inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial.

Respecto del tipo de adopción habrá de diferenciarse la situación de G. respecto de la de su hermana. En efecto, el vínculo entre G. y su padre se ha mantenido en el curso de su infancia y adolescencia aún cuando en los últimos tiempos no se mantenga la asiduidad del contacto. El propio G. cuando era niño dejó en claro que quería sostener dicho vínculo, extremo que reiteró en su entrevista del año 2015. En ese orden, el otorgamiento respecto de él de una adopción plena sin más conlleva cortar dicho vínculo. El artículo 621 del CCyC faculta al juez a mantener el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, sin que dicha posibilidad esté vedada respecto de los ascendientes en primer grado. Consecuentemente, así se procederá en el caso de G. quien lo ha petitionado conforme consta a fs. 84.

Tal extremo no es dable en cuanto a E. quien no ha tenido vínculo alguno con su padre conforme surge de la totalidad de las pruebas colectadas en el presente y no lo ha solicitado. La ausencia del

padre en su vida se refleja también en las obligaciones y los derechos propios del ejercicio de la responsabilidad parental con lo que un eventual mantenimiento del vínculo conllevaría reinstalar en ese ejercicio a quien nunca se colocó en ese lugar. El vínculo jurídico filiatorio y el lazo biológico no siempre transitan por un mismo sendero y si bien el primero puede extinguirse, tal como surge del artículo 620 CCyC, el segundo no. A diferencia del caso de su hermano el mantenimiento del vínculo jurídico sin sustento en el ejercicio cotidiano del mismo acarrearía más perjuicios que beneficios cuando en verdad una eventual reconstrucción del lazo entre E. y su padre no depende de la presente resolución.

Respecto del apellido ambos hermanos han peticionado conservar el apellido "R." con el que son públicamente conocidos. Si bien el artículo 626 del Código establece que en los casos de adopciones unipersonales el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante (inciso a) y que excepcionalmente y fundado en el derecho a la identidad del adoptado se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen del adoptante (inciso c), el último inciso obliga al juez a valor especialmente la opinión de los adoptados. En este caso particular ambos cuentan con edad y grado de madurez suficientes para que su opinión sea suficientemente sopesada. Al respecto, la pretensión de los hermanos es conteste con su realidad cotidiana en la que son conocidos como "R." sin que se observe en la excepción pretendida vulneraciones al orden público. En este caso, la norma debe ser interpretada en consonancia con el artículo 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño e integrada de conformidad a los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial como más arriba se puntualizara.

Finalmente, cabe recordar que conforme al último párrafo del artículo 598 del CCyC todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

En virtud de lo expuesto RESUELVO: 1°) Declarar a E.C.R., DNI N° xx.xxx.xxx, en situación de adoptabilidad.

2°) Declarar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial,

3°) Otorgar la guarda con fines de adopción de la niña E.C.R., DNI N° xx.xxx.xxx, a la Sra. A.E.L., DNI N° xx.xxx.xxx y tener por cumplimentado el período de vigencia de la misma.

4°) Otorgar la adopción plena de E.C.R., DNI N° xx.xxx.xxx, nacida en Rosario el 25 de mayo de 2005 a las xx:xx horas, de sexo femenino y anotada bajo Acta N° xxxx, Tomo xxxx, Año 2005, Registro Civil Rosario Sección Hospitales, a la Sra. A.E.L., DNI N° xx.xxx.xxx;

5°) Otorgar la adopción plena de G.A.R., DNI N° xx.xxx.xxx, nacido en Rosario el 27 de mayo de 1998 a las xx:xx horas, de sexo masculino y anotado bajo Acta N° xxx, Tomo x, Año 1998, Registro Civil Rosario Sección Hospitales, a la Sra. A.E.L., DNI N° xx.xxx.xxx, manteniendo subsistente el vínculo jurídico con su progenitor Sr. A.A.R., DNI N° xx.xxx.xxx,

6°) 5°) Ordenar la inmovilización o bloqueo de la partida de nacimiento de ambos quienes serán inscriptos con el nombre de E.C.R. y G.A.R. respectivamente y oficiar al Registro Civil respectivo a efectos de cumplimentar lo dispuesto en este fallo acompañándose copia certificada del mismo;

6°) Notificar al Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción y a la Defensoría General Civil actuante;

7°) Regular los honorarios profesionales de la Dra. M.L.A. en la suma de (\$) equivalentes a doce (12) unidades jus. Los honorarios regulados deberán ser cancelados dentro de los treinta días corridos contados a partir de la fecha de notificación del presente, estableciéndose, a los fines previstos en el artículo 32 de la Ley 6767 modificada por Ley 12851, que desde el vencimiento de dicho plazo y en caso de falta de pago se aplicará un interés moratorio calculado sobre la base de la tasa del seis por ciento (6%) anual. Notifíquese a Caja Forense. Insértese y hágase saber.

FIRMADO:

Marcelo José Molina, Juez de Trámite

Tania Camila Roimeser, Secretaria