

Voces: ADOPCION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ GUARDADOR ~ PERSONA MENOR DE EDAD ~ PROTECCION DEL MENOR ~ DERECHOS DEL MENOR ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Título: Colocando la figura de la adopción en su justo lugar

Autor: Herrera, Marisa

Publicado en: LA LEY 27/07/2015, 27/07/2015, 6 - LA LEY2015-D, 202

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2015-07-27 ~ M., M. S. s/ guarda.](#)

Cita Online: AR/DOC/2293/2015

Sumario: I. Pórtico. — II. Plataforma fáctica. — III. Debates jurídicos y el Código Civil y Comercial. — IV. Brevísimas palabras de cierre.

I. Pórtico

Nos encontramos en tiempo de descuento para la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que acontecerá el 01/08/2015. Este es un buen momento para llevar adelante ciertas interpretaciones —en especial, de carácter propositivas— que permitan desentrañar la télesis, contenido y efectos de las instituciones del derecho privado a la luz de un nuevo orden legal que descansa o se edifica sobre la ya conocida "constitucionalización del derecho privado" como bien se lo explicita en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente directo del texto civil y comercial.

En esta oportunidad, nos interesamos por la figura de la adopción. Más allá de los tantísimos cambios que observa esta institución a partir del primer día de agosto de 2015 y que fueron analizados en diversas ocasiones [\(1\)](#), el nudo gordiano que aquí queremos analizar se refiere a un conflicto que ya podríamos tildar de clásico en este campo temático como lo es la guarda de hecho y el valor del contacto directo o la supuesta elección de los guardadores — futuros padres adoptivos, por parte de la familia de origen —en la mayoría de las veces, las madres como representantes únicas de este núcleo social primario [\(2\)](#).

¿A qué se debe este interés particular por reavivar el debate por la guarda de hecho? ¿Acaso el Código Civil y Comercial trae una novedad al respecto? ¿Logrará impedir o erradicar las guardas de hecho? ¿Cuál es la expectativa en términos reales —o al menos no ideales o simbólicos— para que una cuestión fáctica pueda ser evitada, extinguida o mitigada por alguna indicación legal? ¿Cuál es la utilidad que ostenta la restricción legal que prevé el art. 611 de Código Civil y Comercial? ¿Cuál es el rol de la justicia, como uno de los poderes del Estado, en hacer cumplir la ley?

Estos interrogantes y tantos otros son los que ha generado el precedente dictado por la máxima instancia judicial federal en fecha 27/05/2015 que sigue el dictamen de la Procuración General de la Nación, en cabeza del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 10/04/2015, en contra de lo dictaminado por la Defensoría General de la Nación del 13/02/2015, que a su vez venía de un fallo de la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil del 19/06/2014 que revoca una decisión adoptada por el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 84 de fecha 27/12/2014.

Este entramado jurisdiccional gira en torno de un tema tan central, como candente y complejo como lo es admitir o rechazar el pedido de guarda para adopción que tiene como antecedente una guarda de hecho. Hace tiempo que la Corte Federal no se expedía al respecto y a la par, a días de la puesta en marcha del Código Civil y Comercial, nos parece de suma importancia analizar de manera crítica la decisión final adoptada a favor de la guardadora de hecho y algunos de los argumentos esgrimidos para alcanzar la postura adoptada, siempre teniéndose en cuenta los fundamentos sostenidos por la postura contraria, priorizándose en esta oportunidad el dictamen de la Defensoría General de la Nación que sintetiza todas aquellas otras voces que se opusieron a la guarda de hecho; además de la jueza interviniente y los asesores de menores de las instancias anteriores, la tutora pública en su carácter de tutora ad litem, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Defensoría Zonal de la Comuna 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como bien lo ha sostenido la Corte Federal en tantísimas oportunidades en los que se encuentran comprometidos relaciones de familia —en especial, derechos e intereses de personas menores de edad en el

campo de la adopción—: "queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerle así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales" (considerando 4º) (3).

¿Cuál ha sido la plataforma fáctica del último caso resuelto por la jurisprudencia constitucional en el campo de la adopción, con el peso jurídico que porta? ¿Concurrían circunstancias excepcionales a la luz de lo previsto en el art. 611 del Código Civil y Comercial, versión actualizada y algo modificada del derogado art. 318 que prohíben el contacto directo entre familia de origen y familia guardadora pretensa adoptiva? ¿Colabora y despeja, o entorpece y dificulta, o es neutral en un momento clave para interpretar una nueva pieza legal fundamental como lo es el Código Civil y Comercial? Estos son los interrogantes que iremos despejando a lo largo de la presente nota.

II. Plataforma fáctica

Una niña, M.S.M, nace el 26/10/2012, contando sólo con determinación filial materna (conf. art. 565 del Código Civil y Comercial, en adelante CCyC (4)). Según se relata en el proceso de guarda, 4 días después, el 30/10/2012 celebran por instrumento privado un acuerdo por el cual, la madre concede en forma plena a la Sra. V. la guarda con fines de adopción, aclarándose en la cláusula tercera que se la faculta para tomar decisiones respecto a la crianza de la niña y en la cláusula siguiente, la cuarta, se la autoriza a viajar dentro y fuera del país.

Pasado un año, más exactamente en fecha 29/10/2013, la Sra. V. peticona la guarda con fines adoptivos de M.S.M adjuntando el mencionado acuerdo y manifestando que la madre: a) es una persona con nivel secundario inconcluso, b) no había deseado el embarazo, c) no podía hacerse cargo de otro hijo, d) la conocía por intermedio de una amiga y así fue que tomó conocimiento de decisión de dar a su hija en adopción cuando naciera.

Un dato fáctico no desdeñable gira en torno a la edad de la guardadora, una mujer viuda de 59 años alcanzando los 60 años cuando el caso fue resuelto por la instancia suprema. He aquí un interrogante clave que debe esgrimirse. ¿La edad de una persona es un elemento de peso para evaluar las condiciones personales de quién o quiénes pretenden hacerse cargo del cuidado y educación de un niño —en este caso niña— de muy corta edad? En otras palabras, si esta consideración objetiva constituye o no una pauta de peso para llevar adelante el test de ponderación que rodea al principio rector del interés superior del niño tal como lo establece el Comité de Derechos del Niño en su Observación General nro. 14 del 2013 (5). Según consta del proceso judicial —al menos de las piezas más relevantes a las que se ha tenido acceso— he aquí un punto de inflexión clave. Para la Cámara no sería un dato relevante, ya que nada se menciona al respecto en el fallo. Todo lo contrario acontece en el dictamen de la Defensoría General de la Nación del 13/02/2015 en el que se afirma: "otra cuestión importante a tener en cuenta al momento de resolverse la presente causa y evaluar la idoneidad de la Sra. V. para ser designada como guardadora y futura adoptante de M.S.M., es la edad de la actora. La Sra. V. en la actualidad cuenta con 60 años de edad y mi representada con tan sólo 2 años de edad lo cual permite anticipar potenciales problemas en el desarrollo del vínculo y la cotidianeidad. En efecto, si M.S.M. continuase bajo su cuidado, por cuestiones de índole biológica, se le podría tornar dificultoso a la peticionante atender de manera efectiva las necesidades afectivas y de acompañamiento de la niña y futura joven". ¿Cuál es el lugar que debería ocupar este dato fáctico en la resolución del caso? Esto se responde en el próximo apartado dedicado al análisis de los principales argumentos jurídicos que se han esgrimido en la instancia federal y en el fallo que dio lugar a ella.

Otra cuestión fáctico— jurídica cuyo análisis se retoma en el próximo apartado, se refiere a la inscripción en el correspondiente registro local de pretensos adoptantes. La Sra. V. se encontraba inscrita en el Registro Único de Adoptantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Ciudad de Buenos Aires, cuya evaluación databa del 05/08/2010 y tal como se expone en el fallo de la Alzada "se concluyó que reunía las condiciones necesarias para continuar con el proceso legal correspondiente". Otro interrogante para ser revelado más adelante, el que también se relaciona directamente con la mencionada cuestión de la edad, tanto del pretense adoptante como del niño o niña. ¿Acaso las aludidas "condiciones necesarias" no deben ser analizadas en concreto, en la misma tónica que el

principio del interés superior en sí?

Retomando el planteo esgrimido en la primera instancia, cabe señalar que la Defensoría de Menores interviniente se opuso al pedido de guarda fundado en que según "su experiencia judicial en diversos expedientes en los que niñas y niños habían sido entregados por sus madres a terceras personas, quienes luego de transcurrido un plazo prudencial, promovían la acción judicial de guarda preadoptiva, para legalizar la entrega extrajudicial (...). Planteó la cuestión en tales oportunidades, como un supuesto de guarda preconstituida contractualmente, que tienen como protagonistas a las madres en extremo estado de pobreza, en clara oposición al orden público, pues aún cuando se pretendiera otorgarle entidad a la decisión materna —que en ese momento no estaba probada— a los fines de una adopción, la misma resultaría de nulidad absoluta a la luz de la expresa prohibición prevista en los arts. 317 y 318 del Código Civil" (6); por lo tanto, solicita a la juez interviniente como medida cautelar quitar la guarda de la niña a favor de la Sr. V. Esta postura de clara oposición a la petición incoada fue seguida también por la tutora pública quien actuó en el carácter de tutora ad litem, el organismo administrativo de protección local interviniente como la presidencia del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En fecha 27/12/2013, la jueza dispuso como medida cautelar genérica de conformidad con lo dispuesto en el art. 232 del CCPCN el ingreso de la niña a un hogar de tránsito o familia de acogimiento para la posterior selección de guardadores pretensos adoptantes del correspondiente registro. Al respecto, cabe hacer la siguiente aclaración. Esta misma actitud que adopta la jueza que interviene y resuelve en primer lugar es sintetizado en el fallo de la Cámara de otro modo, refiriéndose a esta medida de "secuestro" analizándose que "fue ordenada como medida cautelar genérica (art. 232 CPCC), se trata indudablemente de una medida innovativa en tanto modifica esencialmente la situación existente y cabe recordar que el art. 230 del CPCC, bajo la denominación genérica de "prohibición de innovar", incluye a la denominada "medida innovativa" al aludir al peligro de que se mantenga la situación de hecho existente". Más allá de la puridad técnica procesal a tono con la integración de la sala con una reconocida procesalista civil como lo es la magistrada De los Santos, lo cierto es que como bien se deriva del Código Civil y Comercial que introduce cambios terminológicos, se compartiría la idea de que el lenguaje no es neutro y por lo tanto, la denominación de la medida adoptada como de "secuestro" se contrapone con un principio básico y fundamental que pregona la Convención sobre los Derechos del Niño y reafirma la ley 26.061, acerca de que los niños y adolescentes son sujetos de derechos y no objetos de protección, en este caso, de ser "secuestrados" por orden judicial. Esta noción era ya incompatible a la luz de tales normativas especiales y centrales en el campo de los derechos de la niñez en el ámbito internacional y nacional, con más razón tras la vigencia del Código Civil y Comercial que se constitucionalizó, por lo tanto, tales principios forman parte del corpus iuris privado de conformidad con lo previsto en los arts. 1 y 2 del CCyC; además de la coherencia del sistema de derecho privado con las leyes especiales como la ley 26.061. En este sentido, el llamado "diálogo de fuentes" no es sólo entre el Código Civil y Comercial y la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos en los que el país sea parte (diálogo vertical), sino también entre las legislaciones y demás normativas infraconstitucionales (diálogo horizontal).

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 19/06/2014 revoca la sentencia que había hecho lugar a la medida cautelar solicitada por la defensora de menores de grado y dispone, con carácter urgente, la restitución de la niña "a quien fuera su guardadora de hecho". Contra esta resolución, se alzan el Tutor Público, la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, la presidenta del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Defensoría Zonal de la Comuna nro. 2 interponiendo los correspondientes recursos extraordinarios.

III. Debates jurídicos y nuevo Código Civil y Comercial

III.1. La bendita guarda de hecho

A) Introducción

Excede con creces analizar en profundidad las diferentes posturas que existen en el derecho argentino en torno a un tema que de por sí es complejo como todo lo que es "de hecho". ¿Cuándo algo que acontece por fuera de la ley y adquiere fuerza, entidad o peso que no puede ser silenciado, desatendido o negado por el derecho? Esto es uno de los conflictos más difíciles que aquejan al derecho de familia contemporáneo, tal como se lo ha afirmado y

analizado en alguna oportunidad (7) al involucrar la noción de "socioafectividad" que tanto desarrollo ha tenido en el derecho brasileiro (8) y que se lo podría emparentar en el derecho nacional con la noción de identidad dinámica o cultural.

Una persona decide irse a vivir con otra y lo hacen durante una semana, seguramente ello no generará efecto jurídico alguno. Ahora bien, ¿y si conviven durante 6 meses, 1 año, 2 años o más? ¿Cuándo lo fáctico es de tal envergadura que el derecho no puede darle la espalda? (9) O temas más tensos aún como la relación afectiva con tres o más personas y la posibilidad de que un niño tenga más de dos vínculos filiales (10); o situaciones que también aún generan fuertes debates encontrados como la despenalización del aborto (11) y la denominada gestación por sustitución (12) utilizándose el término que planteaba el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial que durante el debate parlamentario fue quitado del texto finalmente aprobado, que también muestran que la realidad pasa por un cauce y la ley por otro, con las consecuencias negativas que se derivan del desencuentro de estos dos niveles.

Por lo tanto, he aquí una primera consideración básica: admitir que la guarda de hecho —como cuestión fáctica— es de por sí compleja y que cualquier regulación que se recepte por más clara y precisa sea su redacción, jamás va a poder quitar el tema del campo de las incertezas que son las que priman en el derecho contemporáneo ante sociedades cada vez más complejas, y en las relaciones de familia lo que ha primado en los últimos tiempos a la luz del desarrollo y consolidación de la obligada perspectiva constitucional-convencional. Es por ello que como cierre de este breve apartado introductorio sean tan pertinentes las palabras de Kemelmajer de Carlucci en su conferencia magistral dictada en el Museo del Bicentenario el 24/06/2015, quien al citar a Edgar Morin sobre "Las cegueras del conocimiento: el error y la ilusión", capítulo I de su obra "Los siete saberes necesarios para la educación del futuro", se centró en la necesidad de "Enfrentar las incertidumbres", en el que se afirma que "El hombre, enfrentado a las incertidumbres por todos los lados, es arrastrado hacia una nueva aventura. Hay que aprender a enfrentar la incertidumbre puesto que vivimos una época cambiante donde los valores son ambivalentes, donde todo está ligado. Es por eso que la educación del futuro debe volver sobre las incertidumbres ligadas al conocimiento" (13).

B) El texto legal de hoy

Más allá de las incertidumbres propias de las relaciones sociales —en este caso familiares— lo cierto es que la ley adopta una determinada postura negativa o restrictiva en materia de guarda de hecho en el campo de la filiación adoptiva. Justamente, ante los graves problemas de "vicios del consentimiento" y posteriores pedidos de nulidad de escrituras públicas de "entrega" de niños que admitía la ley 19.134 (14), la ley 24.779 dio un vuelco de 180 grados al prohibir este tipo de accionar al disponer en el art. 318: "Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo". Es cierto que esta prohibición ha sido interpretada de tres modos bien distintos:

a) Una postura más radical que entiende que ninguna adopción puede provenir de una guarda de hecho, siendo el contacto directo sinónimo de apropiación, captación de voluntad y abuso de posición dominante (parafraseando términos que trae el nuevo CCyC en el art. 11) por parte de los pretensos adoptantes hacia la familia de origen.

b) Otra postura —en el opuesto— que considera que la prohibición legal significa que la guarda de hecho no es suficiente como antecedente para solicitar la adopción, sino que ésta debe ser judicial y por lo tanto, tal guarda de facto debe ser discernida por el juez para transformarse en una guarda con miras a la adopción. Esta es la postura que adoptan varias voces autorales, que incluso han criticado la postura que asume y refuerza el CCyC (15) y que se analiza en el próximo punto, y también está presente en varios precedentes (16) aunque con ribetes fácticos bien diferentes al fallo de la Alzada que centraliza nuestro comentario y en el que se asevera: "No soslaya el Tribunal que la ley vigente prohíbe la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo (texto ley 24.779) y resta virtualidad a las guardas extrajudiciales a los fines del juicio de adopción. La circunstancia de que en el caso se entregara por convenio privado no significa que esa guarda sea idónea para habilitar el juicio de adopción, pues ésta debe ser discernida por el juez. Especialmente se deja señalado que el instrumento firmado por la madre biológica que ha sido redactado a modo de contrato resulta en este aspecto inadmisibles porque obviamente, contraría al orden público. Sin embargo, se ha sostenido con buen criterio que si

bien esa guarda extrajudicial resulta insuficiente para habilitar la adopción, ésta puede ser convalidada por el tribunal. Parece elemental hacer prevalecer la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de la guarda de hecho, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta el interés del menor (...).

c) Una tercera postura que podría denominarse intermedia, sostiene que la regla según lo dispone la ley 24.779 es prohibir la guarda de hecho, es decir, es claro que la intención del legislador consiste en evitar cualquier contacto directo entre la familia de origen —por lo general las madres— y los pretensos adoptivos reconociéndose la existencia de situaciones de abuso o flagrantes violación de derechos humanos como el que ha llegado a la máxima instancia regional en materia de Derechos Humanos en el caso Fornerón y otro contra Argentina del 27/04/2012 (17). Pero esta regla admite excepciones que están fundadas en la mencionada noción de socioafectividad o identidad dinámica por utilizar un término más afín y que alude directamente a un derecho humano como lo es la identidad (arts. 7, 8 y 9 de la CDN). Estas excepciones serían las siguientes: 1) la relación afectiva previa y genuina entre la familia de origen y los guardadores y 2) más excepcionalísima, cuando el niño tiene un fuerte vínculo afectivo con el o los guardadores que el derecho no puede silenciar, esconder o avasallar so pena de conculcar el principio rector del interés superior del niño. ¿Acaso se podría aseverar sin temor alguno, que si un niño está inserto en una familia con la cual vivió toda su primera infancia, el mejor interés de él será disponer "sacarlo" de este núcleo familiar para "colocarlo" en una familia de acogimiento y un hogar para "entregarlo" a otra familia inscripta y ubicada en los primeros lugares del registro de pretensos adoptantes? ¿Acaso este tipo de actitudes de sacar, colocar y entregar no cosifican al niño en pos de un supuesto —en abstracto— interés superior del niño, tan fundamentalista como aquellos que sostienen que el contacto directo, en definitiva, debe ser convalidado? ¿Será cierto aquello que se dice acerca de que los opuestos siempre tienen algo en común o en algo se parecen? ¿Será en ese fundamentalismo de no poder ver o alcanzar, en definitiva, el mejor interés del niño? Sostener y aplicar esta tercera postura es la más compleja, pero también sería la más adecuada en términos constitucionales-convencionales a la luz del reiterado principio rector que rige en la materia. Justamente por ello, es aquí en el que las consideraciones fácticas y jurídicas que rodean a cada caso ostentan un lugar central. En este sentido, la edad del niño, la edad los guardadores, el tiempo de guarda, las circunstancias que rodearon la decisión de la madre son todos elementos fundamentales para la resolución del caso; es decir, qué valor se le debe dar a la guarda de hecho que, en principio, o por regla está legalmente prohibida lo cual ya es un hecho jurídico de peso. ¿Habría entonces, una carga probatoria en quien debe probar el beneficio para el niño de seguir siendo cuidado por el guardador de hecho a pesar de la prohibición legal? Nada de todo esto ha sido tenido en cuenta en el fallo de la Alzada, como en el dictamen de la Procuración General y por "efecto de remisión", por la máxima instancia judicial federal con la gravedad que se deriva de ello.

C) El texto legal de un mañana que se aproxima (18)

El art. 611 del CCyC que entra en vigencia el 01/08/2015 refuerza la prohibición prevista en el derogado art. 318. ¿La razón? El temor de volver a los abusos que se han observado durante la ley 19.134. ¿Podría haber regulado un sistema que permitiera la guarda de hecho instándose su debida judicialización siguiéndose la línea legislativa que observa la ley XII nro. 20 de "Proceso de adopción" de Misiones (19)? ¿Se estaba en condiciones de introducir cambios sustanciales en la materia aceptándose, en definitiva, una cierta "contractualización" de la adopción al abrir paso a la autonomía de la voluntad? ¿Todos los "males" de la adopción pasan por la prohibición de la guarda de hecho o más aún, no se habría agravado el sistema legal de aceptarse el contacto directo en el marco de un contexto internacional que prioriza el derecho de todo niño a vivir en su familia de origen y a que el Estado tenga un rol más presente en el fortalecimiento de tales vínculos primarios? ¿Es posible compatibilizar los principios que se derivan del aludido caso Fornerón contra Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un régimen que permitiera las "entregas directas"? ¿Un cambio legislativo tan sustancial no debería haber sido materia de un profundo estudio y debate al respecto?

En este contexto de más dudas que certezas y más tratándose de un tema tan sensible, el Código Civil y Comercial opta por seguir el camino trazado por la ley 24.779. En este sentido, el art. 611 expresa: "Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de

los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción".

Antes de proseguir con el análisis del nuevo texto legal, cabe destacar que éste sufrió una modificación durante el correspondiente trámite parlamentario. Así, el Anteproyecto de reforma admitía como otro supuesto de excepción y por lo tanto, de admisión de la guarda de hecho, la relación afectiva previa entre la familia de origen y los guardadores pretendidos adoptantes; es decir, que quede fuera de la prohibición situaciones en las cuales el contacto directo responde a relaciones genuinas como los padrinos, vecinos o los referentes afectivos que el propio art. 7 del decreto 415/2006 de la ley 26.061 reconoce o le otorga un lugar especial en el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Atada a esta cuestión, el art. 643 admitía la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un "tercero idóneo" debiendo ser controlado judicialmente para que, justamente, por esta vía no se cuele un caso de adopción y si ello fuere así, la solución era sencilla porque el propio juez debía reencauzar el procedimiento hacia un proceso de declaración de la situación de adoptabilidad prevista en el art. 607 y ss. Esto también fue, en mi opinión, incorrectamente quitado del texto aprobado ya que el miedo no debía ser tal fundado en la intervención judicial que se regulaba. ¿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? ¿Es lo mismo delegarle el ejercicio de la responsabilidad parental a una amiga, una vecina, la madre de un compañero del colegio que ir al nordeste [\(20\)](#), contactarme con una joven madre o una mujer en situación de extrema vulnerabilidad y quedarme con su hijo con o sin un acuerdo escrito de por medio? ¿Acaso no se incurre en un error de técnica legislativa cuando se regula igual situaciones fácticas que son bien diferentes? El Anteproyecto pretendía diferenciar ambos supuestos, lo cual no se pudo lograr por las mencionadas posturas que aquí se tildan de fundamentalistas o extremas ya mencionadas. Como cierre de esta digresión, cabe destacar que las leyes de procedimiento de adopción sancionadas en dos ámbitos locales como la Provincia de Buenos Aires [\(21\)](#) y Chaco [\(22\)](#), regulan la cuestión de la guarda de hecho en los mismos términos que lo hacía el Anteproyecto y no la normativa sancionada. He aquí un desajuste legislativo que debería ser resuelto vía interpretación apelándose a la consideración de si la regulación de la guarda de hecho es competencia federal o se trata de una materia no delegada por las provincias.

Es claro que el art. 611 que entra en escena al ordenamiento jurídico nacional en breve reafirma y amplía la prohibición. No sólo alude a la entrega directa en guarda por escritura pública o acto administrativo sino que además, señala que también cae dentro de la prohibición la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares, o sea, la guarda de hecho, totalmente de carácter fáctica sin ningún sustento escrito atrás. La normativa avanza al disponer que el juez está facultado a separar al niño de manera transitoria o definitivamente (del guardador o) de los guardadores, excepto que judicialmente se compruebe que entre la familia de origen y a los guardadores los une un vínculo de parentesco en principio, en los términos que lo regula el Título IV del Libro Segundo. ¿A qué se debe esta puesta en duda sobre la noción rígida de parentesco? Sucede que desde el punto de vista sistémico y coherente que expresa el art. 2º del CCyC, la figura de la unión convivencial no hace generar relaciones de parentesco, menos aún la simple convivencia. Sin embargo, el CCyC al regular la figura del progenitor aún no se circunscribe al cónyuge de quien convive con un niño sino también al conviviente (art. 672), por lo tanto, se le reconoce determinados derechos y deberes a los progenitores afines aunque entre el niño y el adulto no exista un vínculo jurídico de parentesco. En este contexto, ¿qué sucedería si un niño pretende ser adoptado por el conviviente de la madre, la que fallece tras una enfermedad?. Es evidente que así como la adopción podría haber sido posible a través de la figura de la adopción de integración si la madre hubiera estado viva, también se le debe reconocer la posibilidad de adoptar tras su fallecimiento por el vínculo afectivo previo y genuino entre el niño y el pretendo adoptante. Justamente, este tipo de situaciones excepcionales era al que el art. 611 en su redacción anterior pretendía dar una solución precisa.

Sobre el caso en análisis, es dable destacar el dictamen de la Defensora General de la Nación que se preocupa por destacar cómo el reconocimiento judicial de la guarda de hecho que realiza la Alzada contraría el art. 611. Al

respecto afirma: "debe ponerse en resalto que la decisión del a quo que convalida la práctica irregular de entrega directa de M.S.M. no toma en consideración siquiera, las condiciones y requisitos que el nuevo Código Civil y Comercial —que entrará en vigencia el próximo mes de agosto— establece para la guarda preadoptiva de un niño". Tras recordar su texto agrega: "La norma que próximamente entrará en vigencia se encuentra en consonancia con las pautas que han brindado los órganos de aplicación de la Convención de Derechos del Niño y repudia prácticas de "entrega directa de guarda" como la que diera lugar a las presentes actuaciones. Por lo contrario, con motivo de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, M.S.M. se encuentra nuevamente bajo la custodia de la peticionante, lo cual conlleva para la niña un estado de incertidumbre e inestabilidad".

El fallo de la Alzada ha sido criticado, con acierto, en doctrina. Es que el interrogante que se deriva es muy simple. Si la justicia convalida una entrega directa de un bebé recién nacido por instrumento privado firmado a los 4 días de producido el alumbramiento (o sea, en plena etapa puerperal, lo que es tenido en cuenta en el art. 607 inc. b) del CCyC que dispone la validez del consentimiento a la adopción de un hijo una vez transcurridos los 45 días del nacimiento) a favor de una mujer viuda de 59 años por parte de una madre en condiciones materiales y sociales desventajosas, en qué casos operaría la prohibición legal. Cuáles serían los supuestos que la norma, por regla, prohíbe. Es evidente que tal prohibición quedaría vacía de contenido, con los efectos perversos que se derivan de interpretaciones contra legem; máxime cuando se está ante situaciones que comprometen derechos humanos de personas menores de edad. En este sentido, Achával (23) se pregunta "¿Lo resuelto por la Cámara atiende al interés superior de la niña?" y para ello intenta responder varios interrogantes: "¿corresponde validar una situación de hecho que fue mantenida en secreto durante un año? ¿Por qué la Sra. S. N. V. no se presentó en la justicia cuando la madre de la niña le entregara a M. S. M.? ¿Es reprochable esta conducta?", concluyendo entre otros fuertes argumentos que: a) "un vínculo familiar sano, contenedor y que promueva el desarrollo de todas las potencialidades de una niña, niño o adolescente hasta el máximo de sus posibilidades únicamente puede construirse sobre la verdad y no sobre un ocultamiento" y b) "Si bien las guardas de hecho son una realidad que se practica frecuentemente, y como tal no pueden ser soslayadas, de ninguna manera creemos que estas situaciones sean convenientes para el/la niño/a, que se caracterizan por su gran inestabilidad, ocultamiento e irregularidad". Esta autora explicita un sentimiento esperanzador en el art. 611 al manifestar: "Apostamos a que la solución adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regule aún más estas prácticas no deseadas y que los operadores jurídicos, siguiendo el espíritu de este cuerpo normativo, colaboren en la compleja tarea de alcanzar soluciones justas que atienden al interés superior del niño", el que habría sido totalmente soslayado (por no decir ninguneado según terminología más coloquial pero igual o más efectiva y precisa), a la luz de lo resuelto por la Corte Federal que sigue el dictamen de la Procuración General de la Nación que, en definitiva, convalida lo resuelto por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

III.2. El interés superior del niño en concreto

En este necesario puente entre el fallo en comentario y la legislación que se avecina, es de interés dedicar un breve espacio a observar el lugar que ocupan los registros de pretensos adoptantes. La ley 24.779 no receptó en su regulación a tales registros sino que se dedicó sólo a disponer su creación a nivel nacional (conf. art. 2). El CCyC adopta una postura diferente ya que desde 1997 hasta la actualidad los registros fueron adquiriendo un mayor rol en los procesos de adopción y a la par, una mayor preparación y especialidad. Esto es tenido en cuenta por la legislación civil y comercial. En este sentido, reconocer y afianzar el papel de los registros de pretensos adoptantes es otro argumento de peso más que va en la misma tónica de prohibir las guardas de hecho como lo hace el art. 611.

Sucede que guarda de hecho y registro de pretensos adoptantes son elementos cuasi-contrapuestos. ¿Por qué no totalmente opuestos? Porque la guarda de hecho puede ser a favor de una persona o personas que se encuentran debidamente inscriptas como en el caso de marras con algunas connotaciones críticas que en breve expondremos. Y además, porque tanto una —guarda de hecho— como la otra —registro— no pueden violar el principio rector del interés superior del niño, por lo cual, es posible —como excepción— que se conceda la guarda para adopción a favor de un guardador que no se encuentre debidamente inscripto en el registro que corresponda, tal como lo ha sostenido la Corte Federal en un precedente del 16/09/2008; sin dejar de destacar la importancia de esta herramienta institucional en el campo de la adopción, a tal punto que se ordenó la evaluación de los guardadores

que no se encontraban inscriptos al destacar que no se habían "producido hasta el presente evaluaciones comparables con las requeridas por la ley 25.854 para determinar la aptitud adoptiva de B. S. Bien expresa la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, que el otorgamiento de una guarda como la indicada es un momento privilegiado de gran trascendencia sociojurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere, según lo dispone el art. 21.a de la citada Convención en términos atinentes a la adopción pero aplicables a la faz de la mencionada guarda, contar con "toda la información pertinente y fidedigna" al respecto" (24). Dada la importancia de la función y especialidad que observan los registros de pretensos adoptantes locales como el nacional (conf. decreto 1328/2009), el CCyC en el art. 613 dispone en su primera parte que "El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes" y cuando se regula las situaciones de nulidad absoluta de la adopción en el art. 634, enumera como una de las causales "la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a (...) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes" (inc. h). Más aún, la intervención de los registros de pretensos adoptantes son hábiles dada su versación para llevar adelante el análisis en concreto la selección de los mejores pretensos adoptantes en total consonancia con el perfil y características del niño. Esto tampoco es un dato menor en términos del superior interés del niño porque este tipo de decisiones son las que permiten que en un futuro, no se presenten situaciones harto difíciles como planteos de "devoluciones" o la revocación de la adopción plena concomitantemente con la inconstitucionalidad de la normativa que establece la irrevocabilidad de la adopción plena (el art. 323 del Código vigente hasta el 31/07/2015), como ocurrió con el fallo resuelto por el Juzgado de Familia nro. 10 de Luján de Cuyo, Mendoza en fecha 24/10/2014 (25).

Dicho esto de manera genérica, cabe recordar como ya se adelantó, que la guardadora de hecho se encontraba debidamente inscripta. Ahora bien, qué caso de adopción podría haber sido discernida a favor de una mujer viuda de 60 años de conformidad con el interés superior del niño. Seguramente, jamás una situación fáctica como la aquí planteada. Es más, el contacto directo era la única vía para poder obtener una niña recién nacida en contra del sistema vigente y el que ingresa a escena en breve. ¿Violar la ley no era el único modo de cumplir su deseo de ser madre de un niño pequeño en claro perjuicio de la persona sobre la cual recae el principio "pro minoris" y por lo tanto, debía ser el principal interés a ser preservado? Si en un campo mucho más difícil de controlar por parte del Estado como lo es el de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida es casi unánime el rechazo a la posibilidad de que una mujer pueda ser madre a edades muy avanzadas (26); más lo debería ser en el ámbito de la filiación adoptiva cuya determinación filial deriva de una decisión judicial y por lo tanto, del debido control estatal. ¿Acaso la ética en la posibilidad de tener hijos a edad avanzada es una cuestión propia de la filiación por reproducción asistida o también ha estado presente al evaluar las condiciones personales para ser adoptantes en la filiación adoptiva? Este dato objetivo, pauta central para desentrañar qué es del interés superior del niño en el caso en análisis no habría tenido el lugar que se merece en el fallo de la Alzada que ni se alude a la edad de la guardadora, como pareciera que tampoco conmovió a la Procuración General ni a la Corte Federal.

Otro elemento fáctico hábil para desentrañar qué del interés superior del niño en el caso en concreto gira en torno a la noción del tiempo, tan central en el campo del derecho de familia en general, y en particular, en el ámbito de la adopción (27). La guarda de hecho se judicializa, es decir, se blanquea, al año de vida de la niña. La jueza meses después ordena el cese de dicha guarda y la inserción en una familia de acogimiento para que se ponga en marcha el proceso de selección de adoptantes que regula el Código Civil que se deroga y que se mantiene —con algunas modificaciones no sustanciales— en el texto legal que se avecina. ¿Esto qué significa? Que la niña al momento de resolverse el conflicto ya no se encontraba conviviendo con la señora de 60 años de edad y la estrategia jurídica estaba encaminada hacia un lado en respeto de la ley que en este caso, coincidía con el interés superior del niño en tres sentidos: 1) la telésis de la ley al prohibir la guarda de hecho; 2) las pautas objetivas en torno a la escasa edad de la niña y la avanza edad de la guardadora unipersonal y 3) la falta de convivencia actual de la niña con la guardadora, o sea, el factor tiempo ya no estaba en cabeza de la guardadora sino en la rápida elección de dos personas unidas en matrimonios ya que el Código que se deroga circunscribe la adopción conjunta a parejas casadas, cuestión que se modifica en el CCyC (conf. art. 602). ¿Acaso el principio del interés superior del niño no auspiciaría en casos de niños pequeños las adopciones conjuntas o bilaterales por sobre las unilaterales? Otro argumento más a favor de la decisión adoptada en primera instancia y defendida por

todos los organismos que intervinieron en protección de la niña: tutor público, defensor de menores, consejo de derechos y defensoría zonal. ¿No constituye un elemento elocuente que absolutamente todos los organismos especializados —incluido la jueza de primera instancia que es la que mejor conoce la conflictiva planteada— se hayan inclinado por la misma solución jurídica?

Nada de todo esto conmovió a la Alzada y tampoco a la Procuración General ni a la Corte Federal. Sabiendo el peso que tiene la jurisprudencia constitucional, el momento en el que nos encontramos en vísperas de una nueva regulación civil y comercial y la harto sensible temática en juego, la máxima instancia federal estaba doblemente obligada a dejar de lado los "slogans jurídicos" y analizar en profundidad el caso.

No sólo remite a lo expresado por otro organismo, sino que agrega un argumento general o en abstracto que lo único que demuestra es que realmente, la cuestión no fue examinada en profundidad al decirse: "dada la importancia que el factor tiempo tiene en estos asuntos, este Tribunal estima conveniente encomendar a la magistrada de grado a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño, y de evitar que pueda prologarse aún más la incertidumbre sobre la situación de la niña y su posibilidad de crecer en el seno de una familia". Acaso ya pensándose en la regulación que viene, ¿no cabe destacar que el art. 3° establece como manda a la magistratura el deber de resolver "mediante una decisión razonablemente fundada". ¿Cuán fundada puede ser una solución judicial cuando se aparta de lo que dice la ley y de las constancias de la causa que marcan el sendero del interés superior del niño en el caso concreto?

El único argumento propio que esgrime la Corte Federal nada agrega como argumento de peso para reafirmar el mantenimiento de la decisión de la Alzada y a la par, sí entorpece gravemente la correcta interpretación de una normativa que en breve entra en vigencia. En otras palabras, en lo individual o en el caso, no se hace ningún aporte y en lo general o de interés social, se perjudica la correcta lectura del art. 611. Confirmar la decisión de ingreso transitorio en una familia de acogimiento y una rápida selección de los futuros adoptantes —en esto sí la Corte Federal podría haber exhortado a la magistrada de primera instancia porque justamente, aquí el factor tiempo es de suma relevancia en ese sentido— era la decisión acorde con la telésis del derogado art. 318 y próximo art. 611, colaborando además, en la devaluada creencia de quienes se inscriben en los registros de pretensos adoptantes, confianza que el nuevo régimen pretendía lograr y que, nada más ni nada menos, la Corte Federal impide avalando una decisión contra legem (28). ¿Cuál es la responsabilidad que le cabe a la máxima instancia judicial federal de un país en colaborar a revertir una situación de descrédito generalizado y aprovechar una nueva normativa para instalar un régimen jurídico más transparente?

III.3. La especialidad en las máximas instancias

Dado el valor moral de los precedentes que emanan de la Corte Federal, los dictámenes que se presenten en esta instancia deberían ser más rigurosos en la fundamentación; máxime si como acontece en los conflictos de familia, el estudio del caso en concreto constituye una actividad central, siendo casi imposible remitir a lo manifestado en otro precedente porque ello, de por sí, no significa nada ya que la plataforma fáctica puede ser bien diferente y por lo tanto, la resolución del caso también.

Es aquí que me interesa detenerme en el análisis del dictamen de la Procuración General de la Nación del 10/04/2015 que consta de un total de 8 fojas, de las cuales las primeras 6 se ocupa de detallar el iter de la causa hasta llegar a la instancia federal. Con mayor precisión aún, la última foja sólo consta de dos renglones, por lo cual, la fundamentación de un caso que marcaría la interpretación federal en el conflicto jurídico más complejo que involucra la adopción, insume un poco más de una carilla y media. Otro dato objetivo más nada desdeñable.

Según se expresa en el primer párrafo del apartado IV, los recursos planteados encontrarían "suficiente respuesta" en el caso resuelto por la Corte Federal de fecha 04/11/2014 (29). Ambas situaciones observan algunas diferencias como la edad de los niños involucrados (menor edad en el caso en análisis) y en especial, las condiciones personales de los guardadores, claramente más desventajosas aquí que se trata de una persona sola y de 60 años de edad. Estas diferencias agravan considerablemente la resolución del caso o en otras palabras, reafirman la postura adoptada por la jueza interviniente; más allá que para quien suscribe, tanto el caso en estudio

como el anterior, "G; B. M." deberían haber tenido la misma solución: rechazar el pedido de guarda para adopción y seleccionar a pretensos adoptantes que han cumplido con la ley. Como cierre de esta brevísima mirada comparada entre dos precedentes con similitudes y diferencias, llama la atención la postura adoptada por el Defensor Oficial ante la Corte Federal quien como se destaca en el dictamen de la Procuración General del 16/09/2014 (30): "opinó que correspondía hacer lugar al recurso y ordenar, sin más demora, que se lleve a cabo una restitución gradual y paulatina de B. al matrimonio apelante. Ponderó que, a tales efectos, el juzgado de grado debería arbitrar los medios necesarios para garantizar los acompañamientos psicológicos y sociales que el caso amerite, como así también, el seguimiento de la guarda que se otorgue". ¿Será que la edad de la guardadora, el ser una persona sola y la menor edad aún de la niña que se observa en el caso en estudio llevaron a este organismo a cambiar de postura en esta oportunidad? Sea cuál sea la razón, lo cierto es que aquí también se alzó otra voz importante en respetar el sistema que prevé la ley de hoy y de mañana.

Así, en la postura que adopta la Procuración General de la Nación se advierte una cierta contradicción. Si como bien se dice: "cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés superior del niño no es un concepto abstracto", la remisión a los argumentos que se esgrimen en un dictamen anterior no sería una actitud de acuerdo con tal particularidad.

Asimismo, en el dictamen se alude a un determinado "trauma" para la niña quien ya se encontraba en una familia de acogimiento, por lo cual, de confirmarse la decisión de la Alzada justamente, ese "trauma" se volvería a generar porque implicaría un nuevo cambio en la figura o referente de cuidado. Es cierto que ello también acontecería cuando se proceda a la selección del matrimonio guardador del registro de pretensos adoptantes, aunque éstos lo serían con mayor seguridad ya que el vínculo con la niña se construye desde otro lugar, el de la legalidad que no es una cuestión menor; sin entrar a reiterar la cuestión de la edad y las diferencias entre una adopción conjunta y unipersonal. Por otra parte, es dable recordar que en el marco de otro conflicto muy complejo como lo es el tema de la restitución internacional de niños, se observaría una mirada mucho más contemplativa en torno a la noción de "trauma"; al permitirse restituciones de niños con mayor edad, incluso que se niegan a la restitución y que han perdido vínculo afectivo con el progenitor que solicita ser restituido (31). ¿Acaso aquí no habría un "trauma" mucho mayor a raíz de la edad, consciencia o discernimiento y madurez de estos niños? Relacionado con esto, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso: "la decisión de separar a la pequeña de la pretensora se tomó sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo de la niña, ni indagar cuál era su deseo, pese a la corta edad, en un plano en el que no se comprobó, concretamente, la comisión de delito alguno". Esta afirmación que es uno de los pocos argumentos que se esgrimen en la carilla y media mencionada incurre en varios errores. El art. 318 —como el art. 611— prohíbe la guarda de hecho y esto es lo central y básico. La normativa no impide el contacto directo sólo cuando compromete la comisión de un delito, por lo cual, la carga de la prueba está en probar cuáles son especiales particularidades que observa la situación fáctica planteada que amerite, de manera excepcional, contrariar el principio o la regla que dispone la ley. En otras palabras, ya sería el colmo convalidar la guarda de hecho que proviene de la comisión de un delito. Esto no es lo que está en juego en el caso en análisis. La otra cuestión que también vale señalar se refiere a la supuesta ausencia de indagación acerca del "deseo" de una niña de año y medio al momento al que alude el dictamen —supuesta falta que en habría incurrido la magistrada y quienes intervinieron en la primera instancia—. Como es sabido, no hay derechos absolutos y siempre debe primar el principio de razonabilidad. Justamente, en beneficio de la niña se adopta una medida cautelar de separación a temprana edad para evitar un daño mayor. Sucede que detrás del supuesto conocimiento del "deseo" se esconde la cuestión del tiempo, factor que después es determinante para que la niña siga conviviendo con la guardadora. Una vez más, el binomio celeridad-seguridad se presenta con todo su esplendor en este supuesto y es en este contexto que debe evaluarse la conducta asumida en la primera etapa del proceso. Por otro lado, cabe destacar que el art. 707 del CCyC tiene muy en cuenta para evaluar tales "deseos" la edad y grado de madurez al expresar: "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". En este contexto, desconocer el principio de autonomía progresiva podría traducirse en posturas fundamentalistas en que el que sería necesario indagar el "deseo" de un bebé o incluso como lo sostuvo en alguna oportunidad el magistrado Pettigiani, la necesidad de realizar una ecografía 3D o tridimensional para satisfacer el

derecho a ser oído de una persona por nacer (32).

¿Cuál es la consecuencia de seguir la decisión contra legem de la Alzada? El tener que preocuparse por establecer ciertos resguardos mínimos para la etapa de "revinculación" con la guardadora de hecho durante el "contralor estricto de la guarda pre-adoptiva que implicará concretar las evaluaciones que resultare menester". Seguramente, el interrogante que sigue latente es cuál es el mejor interés superior del niño.

IV. Brevísimas palabras de cierre

El cambio sustancial que observa el derecho de familia en el CCyC y en especial, el fuerte y acalorado debate que generó, da cuenta de que esta rama del derecho no es de menor jerarquía o que ostenta un lugar secundario; todo lo contrario. El derecho de familia se ha ganado un lugar de preponderancia en los últimos años por diversas razones; ello obliga entre tantas otras cuestiones, a revalorizar la atención que se le preste en particular, en las instancias de decisión cuya doctrina ostenta fuerza normativa.

Estamos en los albores de una nueva normativa civil y comercial, un momento único y central para colocar en su justo lugar a una figura que con el tiempo ha generado más inquietudes que certezas. ¿Cómo colaborar a contrarrestar esta inestabilidad que aqueja a la adopción hace tantos años? Mínimamente, aplicando los métodos de interpretación al que alude el art. 2° del CCyC, es decir, "teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades". El derogado art. 318 y más aún el art. 611 son claros: prohíben la guarda de hecho como regla. Si el caso como el que aquí se analiza —como así también el mencionado caso G; B. M.— constituyen supuestos de excepción, debemos admitir que en la práctica judicial la regla es la excepción: la admisión o aceptación de la guarda de hecho. Permitir lo que ley prohíbe es un caos, pero más caótico aún es cuando ello resulta avalado por quienes tienen la última palabra. ¿Podrá ser el Código Civil y Comercial una excelente excusa para colocar la adopción en su justo lugar? El interrogante queda abierto, una vez más, el bendito tiempo nos dará la respuesta.

(1) Ver entre tantos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (Directoras), "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014", Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014; Herrera, Marisa y De La Torre, Natalia, "¿Habrà que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil", Abeledo Perrot, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 58, 2013, p. 137 y ss.; FELDMAN, Florencia, "Adopción plena con mantenimiento de vínculos con la familia de origen", Abeledo Perrot, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. V, 2013 p. 187 y ss.; RÍOS, Juan Pablo, "El derecho a conocer los orígenes del adoptado. Su proyección a futuro en el derecho argentino", Abeledo Perrot, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 59, 2013 p. 49 y ss.; HERRERA, Marisa, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc", en Suplemento Especial sobre "El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil", Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coordinación), Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 84 y ss.; FERNÁNDEZ, Silvia E., "Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013-III, p. 183.

(2) Conf. HERRERA, Marisa, "El Derecho a la identidad en la adopción", Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, capítulo II, apartado 3, p. 223 y ss.

(3) CS, 02/08/2005, "S., C. s/ adopción", La Ley 2006-B, 348.

(4) Dada la inminencia de la puesta en vigencia del nuevo texto civil y comercial se cita la normativa correspondiente a este cuerpo normativo a los fines de colaborar difundirlo y así facilitar esta etapa de transición.

(5) En este sentido, es clave distinguir y desentrañar las 3 vertientes que encierra el principio del interés

superior del niño, al decirse que se trata de: 1) un derecho sustantivo, afirmándose que "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales"; 2) un principio jurídico interpretativo fundamental, por el cual "si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo"; y 3) una norma de procedimiento ya que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf, compulsado el 26/06/2015).

(6) Conf. CNCIv., Sala M, M., M. S. s/ Guarda, 19/06/2014, Revista de Derecho de Familia, nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 13.

(7) HERRERA, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, nro. 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 75

(8) Para un análisis más actual del tema se recomienda compulsar Dimas Messias de Carvalho (coordinador), Direito das Famílias, 4ta edición, Revista actualizada y ampliada, Saraiva, San Pablo, 2015, p. 555.

(9) Conf. HERRERA, Marisa, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", Revista Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 56.

(10) Esto ha acontecido en el derecho argentino a raíz de la disposición nro. 2062 de fecha 22/04/2015, del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires

(11) Vastísima es la bibliografía nacional sobre el tema, tanto a favor como en contra, por eso a modo de excelente síntesis de un abordaje actual y desde la obligada perspectiva de género que encierra la cuestión, entiendo pertinente traer a colación los aportes que realiza el Ministerio Público de la Defensa de la Nación en fecha 08/06/2015 a las discusiones preparatorias de la Observación General N° 36, sobre el derecho a la vida que se están llevando adelante en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este marco, se sugiere que en la mencionada Observación se tenga en cuenta que "La penalización del aborto resulta incompatible con el artículo 6 y con otras disposiciones del Pacto, en atención a la altísima cantidad de mujeres que mueren por recurrir al aborto inseguro y que ven afectada su salud, autonomía y derecho a la igualdad. En consecuencia, los Estados deberían revisar sus legislaciones para descriminalizar el aborto; eliminar las barreras normativas, institucionales y actitudinales que obstaculizan la práctica; y garantizar el acceso efectivo al aborto en forma rápida, segura y accesible".

(12) Con menor cantidad de material bibliográfico pero que también ha generado interés y debate, en especial en los últimos años, el tema de la gestación por sustitución, recomendamos compulsar a modo de ejemplo el último fallo nacional (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad, 18/05/2015, La Ley, Cita online: AR/JUR/12711/2015) y en el plano doctrinario, confrontar, entre otros, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, LA LEY 2013-D, 195; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora, Herrera, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E, p. 960; Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY 02/07/2014, 1, cita online: AR/DOC/2285/2014.

(13) Publicación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/humanas/mtria_edu/2021082/und1/anexos/sietesaberes.pdf, compulsado el 27/06/2015.

(14) Compulsar HERRERA, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", Editorial Universidad, Buenos Aires, citado; BASSO, Silvina M., "Niñas o adolescentes que entregan a sus hijos en guarda con fines de adopción y la efectividad de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 17, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 93; GUTIERREZ DE FELIPPO, Maria Gabriela, "Entrega directa y guarda de hecho: dos prácticas usuales en nuestro país", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 213 y ss.

(15) De este modo, se ha dicho que "La Ley 24.779 del año 1997 sobre adopción, establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho, que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la adopción. El proyecto agrega dos nuevos procesos a estos dos, ya que en la legislación proyectada, previo a todo hay un procedimiento administrativo, luego un juicio de declaración de adaptabilidad; en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción. Esta cuádruplicidad procedimental, difícilmente contribuya a dar celeridad al instituto de la adopción, máxime cuando también se da participación a multiplicidad de partes, con intensa participación del órgano administrativo y en todos estos juicios se dictan sentencias que pueden ser apeladas. Por otra parte, en otros casos, previo a la guarda con fines de adopción, se requiere que tenga lugar, el proceso de privación de la responsabilidad parental, el cual es un proceso ordinario y con plazos extendidos. Lo que en definitiva queremos destacar es que siempre se requieren cuatro o tres procesos para lograr una sentencia de adopción.", Medina, Graciela, "Las diez grandes reformas al derecho de familia", Derecho de Familia y de las Personas 2012 (febrero), p. 11.

(16) Para tener un panorama doctrinario y jurisprudencial actual recomendamos compulsar: Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel, "El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando fondo y forma se encuentran", en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial. Concordado con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Silvia E. Fernández (directora), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 1159 y ss.

(17) http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf, compulsado el 28/06/2015.

(18) Para profundizar sobre esta normativa que se avecina se recomienda compulsar entre otros: HERRERA, Marisa; LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de

Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte", Cita Microjuris online: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752 y Herrera, Marisa, "Guardas con fines de adopción", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora (Directoras), "Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014", Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 285.

(19) Expresa el art. 3: "El que entregue un menor a persona ajena a su familia biológica y quien lo reciba, sea que se trate de un particular o del responsable de un establecimiento asistencial público o privado, está obligado a poner dicha situación en conocimiento del Juez con competencia en el fuero de familia, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, sin perjuicio de la obligación establecida para los organismos públicos o privados en el Artículo 39 de la Ley II — N° 16 (Antes Ley 3820). La omisión injustificada de esta obligación por parte de quienes hayan recibido al menor, obsta su inscripción en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción o produce su eliminación definitiva de la lista, si ya estuvieren inscriptos".

(20) En alusión a la excelente película del 2005 dirigida por Juan Solanas en la que se aborda una historia signada por conductas irregulares y la comisión de delitos que rodean, entorpecen y ensucian el régimen de la adopción en la realidad social argentina.

(21) El art. 16 de la ley 14.528 expresa: "Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al Juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, 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 destacado nos pertenece).

(22) Exactamente en los mismos términos que la ley local de la Provincia de Buenos Aires citada en la nota anterior se muestra el art. 18 de la ley.

(23) DE ACHÁVAL, Mercedes M.; BADO, Carlos A., "Hacia una regulación de las guardas de hecho", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2015-II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 17 y ss.

(24) CS, 16/09/2008, "G., M. G.", JA 2009-I-15.

(25) Juz. 10 Fam. Lujan, S., A. A. c/ R. S. y A. J. p/ Revocación de Adopción (c/ Acc. Inconstitucionalidad), 24/10/2014, La Ley, Cita online: AR/JUR/78639/2014.

(26) Causó sosiego una noticia periodística que recorrió el mundo sobre una madre que tuvo gemelos a los 67 años y falleció cuando tenía 70 años (<http://www.lanacion.com.ar/1150945-murio-la-mujer-que-tuvo-gemelos-a-los-67-anos>), y de manera más reciente, el caso de una abuela alemana de 65 años que dio a luz a cuatrillizos (<http://www.infobae.com/2015/05/23/1730650-una-abuela-alemana-dio-luz-cuatrillizos-los-65-anos-edad>).

(27) Ver HERRERA, Marisa; GROSMAN, Cecilia, "¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre

adopción y restitución del alto tribunal", JA 2005-IV-32, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

(28) La misma línea argumental que aquí se defiende es la que siguen Silvia Fernández y María Eugenia Di Nunzio al comentar un fallo de la Cámara Civil y Apelaciones de Pergamino del 28/11/2014, en el que se convalida una guarda de hecho de un bebé de 10 meses cuyo matrimonio guardador judicializa el caso a los 4 meses de vida del pequeño. Aquí el juez interviniente hizo lugar a la medida cautelar de separación del niño y dispuso su ingreso bajo la órbita del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Pergamino. El matrimonio apeló la medida y la Alzada revocó la sentencia ordenando el mantenimiento del niño con el matrimonio guardador. Al comentar la sentencia, las autoras citadas se dedican a indagar en el apartado VII titulado "Algo más...el concepto de idoneidad en la adopción" las implicancias negativas que se derivan de la guarda de hecho afirmándose ya teniéndose en miras la normativa que se acerca que "El Sistema, tal como está diseñado, somete a los pretensos adoptantes a un doble test: por un lado, al momento de su inscripción en el RUA, son evaluados con el objetivo de ser declarados "aptos" para adopción; posteriormente, se practicará una evaluación en concreto, relativa a la idoneidad de los postulantes seleccionados para ese niño concreto respecto a quien se está procurando satisfacer su derecho a la vida familiar. (art. 594 y concs. C.C.Com.)". En este contexto, concluyen: "La injerencia del Estado presenta una justificación fundada y necesaria, en razón de la vulnerabilidad de los progenitores en estos contextos; en general y como en este caso, una madre, quien transitó en forma oculta su embarazo, sin contención familiar, con ausencia del progenitor, pariendo en lugar distante a su residencia habitual, y tomó finalmente su decisión de desprendimiento en un estado de alta fragilidad emocional, como es el estado puerperal. Indudablemente, escenarios de este tipo exigen al Estado un refuerzo en su intervención de tutela, frente a dos personas en clara situación de vulnerabilidad: madre e hijo (arg. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad)". Así, la convalidación por parte de la justicia de las guardas de hecho implica omitir, silenciar o desplazar la cuestión central por la cual se mantiene un régimen que mira con desfavor el contacto directo entre la familia de origen y la pretensa adoptiva y que gira en torno a una noción básica en términos de Derechos Humanos como lo es la vulnerabilidad (Fernández, Silvia E. y Di Nunzio, María Eugenia, "En el 'interés superior' ¿del niño? Nuevamente sobre el orden público en materia de adopción y el valor de la entrega directa", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2015-III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 105 y ss).

(29) CS, G., B. M., 04/11/2014, G. M. s/ guarda en <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=716352>

(30) Dictamen del 16/09/2014 en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/MSachetta/septiembre/GBM_G_834_L_XLIX.pdf, compulsado el 28/06/2015.

(31) Para profundizar sobre este tema recomendamos compulsar Najurieta, María Susana, "Restitución Internacional de menores", Grosman, Cecilia P. (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 419 y ss, cuestión que se encuentra actualizada en Rubaja, Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 506 y ss.

(32) Con mayor precisión dijo el citado magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "debido a la posible realización de un aborto eugenésico que considero de "dudosa constitucionalidad", la decisión que adopte este tribunal superior —cualquiera sea el sentido de la misma— incidirá radicalmente en el destino del nasciturus, por lo que la manifestación de los movimientos de su cuerpo y el sonido de los latidos de su corazón, que la ecografía tridimensional facilita, pueden ser idóneos a los fines del art. 2 de la ley 26.061" (SCBA,

"R., L. M.", 31/07/2006, JA 2006-IV-210).