

foja: 128

CUIJ: 13-05059791-6((012907-1921/2018))

B.O.R. Y A.R.D.A. PLM DE EDAD S.M.E. , S.M.P.N. , S.L.A., S.L.I. Y S.L. P/
ADOPCIÓN

105225878

Señor Juez:

Vienen las presentes actuaciones a este Ministerio Fiscal a fin de que se expida sobre la inconstitucionalidad del art. 611 del CCCN para el presente caso.

Las mismas son iniciadas por los Sres. Demófila Antonia Arancibia Rojas y Orlando Ricardo Bruna Velázquez, quienes solicitan la guarda judicial de cinco niñas menores quienes se encuentran de hecho bajo su guarda, desde el mes de noviembre del año 2016 -fecha en que la madre de las niñas murió asesinada por su pareja, padre de éstas-, lo que fue autorizado en dicho momento por el Órgano Administrativo Local Zona Norte en forma temporaria y con sucesivas prórrogas, disponiéndose luego una medida excepcional de protección de derechos autorizando que las niñas quedaran al cuidado de los solicitantes, situación que perdura hasta la actualidad.

Expresan los peticionantes que tienen con las niñas una relación afectiva de larga data y que llevan conviviendo con ellas hace más de dos años, y que su interés superior exige la continuidad de su permanencia en su hogar y su familia.

Asimismo ponen de manifiesto que entre las niñas y los hijos biológicos de la pareja (todos mayores de edad) existe trato de hermanos, y que entre ellos y las niñas existe trato de padre/madre-hija, constituyendo su nuevo centro de vida en su hogar.

A fs. 74 la Asesora de Menores señala que no revistiendo los peticionantes la calidad de parientes de las causantes, y habiéndose excedido ampliamente el plazo previsto para el otorgamiento de la guarda en favor de un pariente, corresponde

adecuar la pretensión de conformidad a las previsiones del art. 594 y cc. del CCCN, lo que aquellos concretan a fs. 76 solicitando la adopción plena de las menores.

Descartadas las causales de exclusión de tutela que prescribe el art. 110, mediante los informes pertinentes, a fs. 111/112 se expide el Equipo Interdisciplinario de Adopción, mediante informe psicológico y social conjunto, el que concluye que *“las niñas ... reciben contención material y afectiva por la pareja del Sr. Orlando Ricardo Bruna Velázquez y la Sra. Demófila Antonia Arancibia Rojas. Las niñas se encuentran totalmente integradas al grupo familiar actual. Por lo tanto la pareja ... reúnen capacidades parentales para acceder a la adopción solicitada.”*.

A fs. 113 glosa informe psico afectivo de las niñas, concluyendo que *“no existen impedimentos para la adopción plena de las niñas Suarez, según la combinatoria de apellidos que las mismas han referido, reconociendo en Orlando y Antonia figuras parentales necesarias e instituidos como familia. No se observan sintomatologías en las niñas compatibles con sufrimiento individual o vincular, sin embargo teniendo en cuenta la complejidad de lo vivido, sería bueno que sus papás estén atentos para poder desplegar de manera autónoma estrategias para el abordaje en el caso de necesitarse.”*.

Afs. 126/127 se lleva a cabo la audiencia prevista por el art. 204 del CPFyVF, oportunidad en la cual los hijos biológicos de la pareja solicitante prestan conformidad a la adopción solicitada.

Asimismo en oportunidad de llevarse a cabo la referida audiencia, la Sra. Asesora de Menores expresa que las causantes se encuentran positivamente vinculadas con los pretensos adoptantes y contenidas en el seno familiar. Entiende que en la especie se cumplen los presupuestos exigidos por la normativa vigente con excepción de la contemplada en el art. 611 del CCCN última parte, la que entiende resulta inconstitucional en el presente caso. Valora especialmente el factor tiempo, como elemento relevante en las presentes actuaciones, pues las niñas se encuentran insertas en su nueva familia desde hace mas de tres años, habiendo adquirido estabilidad familiar y emocional, y consolidado lazos afectivos trascendentes para su bienestar y adecuado desarrollo psicofísico.

Concluye que *“la guarda consolidada a través del tiempo debe -en el presente caso y atendiendo al superior interés de las niñas causantes- tenerse en conside-*

ración para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, no obstante lo normado en el último párrafo del art. 611 del CcyC”.

Corrida vista a este Ministerio corresponde que se expida sobre la aplicabilidad o no al presente caso de la última parte del art. 611 del CCCN que expresamente dispone “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.”

La cuestión a dilucidar es si esta norma resulta atentatoria de cláusulas protectorias de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagradas en tratados internacionales de derechos humanos (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), y si, por tanto, la misma puede ser pasible de la tacha de inconstitucionalidad.

En primer término debe tenerse presente que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la declaración de inconstitucionalidad de una normativa legal es un acto de suma gravedad institucional por afectar el principio constitucional de división de poderes, razón por la cual esta debe ser la “ultima ratio” del ordenamiento jurídico positivo y, por esta razón, corresponde que sea aplicada con suma prudencia y precaución, en forma restrictiva y solo cuando se verifique en el caso concreto una manifiesta contradicción entre ésta y la C.N.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, reiteradamente, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y sólo se estima viable cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 306:1597; 311:394; 314:407; 319:3148; 321:441; 322:919, 842; 323:2409, entre muchos).

También se ha afirmado a nivel provincial que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es un remedio excepcional, la “ultima ratio” del ordenamiento jurídico, que tiene efectos reducidos al caso particular juzgado y sólo puede dirimirse en sentido favorable al pretensor, cuando evidente y claramente fluye de la norma cuestionada una lesión concreta a los principios constitucionales (SCJMza., expte. Nro. 74.811, “La Segunda ART S.A. en J:...”, LS 328-171, entre muchos otros).

El nuevo CPCCyT, en su artículo 1 inciso II, señala con claridad en su parte pertinente que *“Esta facultad deberá ejercerse con suma prudencia en la interpretación que realicen y en caso de duda se estará por la constitucionalidad o convencionalidad de la norma o acto”*.

La norma aquí analizada *“prohíbe las entregas directas de niños y no autoriza que tales entregas, como las guardas judiciales y la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, puedan ser tenidas en cuenta por el juez a los fines de la adopción.”* (Mizrahi, Mizrahi, Mauricio L., “Niños en guardas de hecho y judiciales. Discutible interpretación del artículo 611 del Código Civil y Comercial”, Publicado en: LA LEY 11/02/2019, 11/02/2019, 1Cita Online: AR/DOC/17/2019).

Destaca el mencionado autor que *“sin hesitación, la decisión tomada por nuestro ordenamiento, guste o no, es perfectamente constitucional y acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño. Y será así en tanto no se realice una interpretación del art. 611 del Cód. Civ. y Com. que no distinga entre la prohibición de adoptar (en los casos que la norma menciona) y la separación del niño de su guardador. Ya destacamos que de la primera no se deduce la segunda”*

Este autor sostiene que los planteamientos sobre la constitucionalidad de la norma devienen de una suerte de confusión, consistente en identificar la prohibición de la adopción en estos casos de guardas fácticas con la separación del menor de su guardador.

En este sentido ha expresado que *“el precepto de ninguna manera dispone que cuando se materialicen las guardas fácticas, el juez debe separar al niño de su guardador, pues cabe tener en cuenta que —como lo veremos— en estos supuestos deviene viable aplicar una figura jurídica distinta a la adoptiva”*. Propone para estos casos el otorgamiento de la tutela dativa, prevista en el art. 107 CCCN.

Considera que es recién *“en el supuesto de que el juez, ante una relación solidificada y auspiciosa, dispusiere su quiebre, ello sería a todas luces una medida contraria no solo a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino al espíritu del mismo art. 611, Cód. Civ. y Com.; salvo, lo reiteramos, que se verifique un verdadero daño para el niño si se mantuviera ese vínculo fáctico.”*

Formula una crítica a la posición que sostiene que el instituto de la adopción es la única figura posible a aplicar para regularizar estos escenarios. Sostiene

además que *“es absoluta la prohibición de adoptar si median guardas fácticas o judiciales sin la selección previa del registro de adoptantes”*. Funda su posición además en las siguientes disposiciones del CCCN: *“art. 600, inc. b (que establece el requisito de la inscripción en el Registro para poder adoptar); art. 613 (que obliga al juez a seleccionar a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes); y art. 634, inc. h (que fulmina con la nulidad absoluta toda adopción que no tenga la inscripción y la aprobación del registro).”*.

Entiende que *“resulta fundamental que el aspirante a la adopción haya pasado por los equipos especializados de los registros encargados de elaborar los listados. Desde luego que no alcanza con la mera inscripción, siendo básica la evaluación por parte de los idóneos. Por lo demás, es sabido que ese trabajo no puede ser realizado solo por los magistrados, quienes carecen de la debida capacitación; y, por eso, el indispensable auxilio de los mentados equipos técnicos.”*

Como lo anticipáramos, Mizrahi considera que *“para los anotados supuestos —a los que hay que asimilar las guardas judiciales o delegaciones del ejercicio de la responsabilidad parental—, somos de la opinión de que el procedimiento a seguir es que desde el órgano judicial se inste para que se materialice una tutela dativa. Esto es, que se convierta al adulto guardador en el tutor y al niño en su tutelado (arts. 107, siguientes y concordantes del Código). Así se mantendrá unida la familia al niño; y ello bajo un régimen legal que guarda bastante similitud con la responsabilidad parental (art. 104, del citado Código).”*

Sin embargo, la posición expuesta dista de ser pacífica en la doctrina.

En principio y sin perjuicio de estimar que la norma cuestionada no resulta *per se* repugnante a la Constitución Nacional ni a los Tratados de Derechos Humanos con igual jerarquía, en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso en cuestión, este Ministerio considera que la re adecuación del presente trámite a una petición de tutela dativa resultaría insuficiente en orden a satisfacer el superior interés de las niñas comprometido en autos, violentando de esta manera el principio cardinal establecido en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Y es que, tal como lo ha señalado nuestra Cámara de Apelaciones de Familia *“la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.*

“El preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño sostiene que éste “...para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en su art. 10. 1. que: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posible...”.

Ahora bien, estas mismas normas prevén la posibilidad de separar a los niños de sus familias de origen cuando ello resulte necesario en su mejor interés, sobre todo cuando los mismos son víctimas de violencia intrafamiliar o de trato negligente en el desempeño de los roles parentales (arts.9, 19 y cc. CDN; arts. 9, 39 y cc. ley 26061).

El artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño tras establecer que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de su familia contra la voluntad de éstos, establece como excepción que tal separación sea necesaria en el interés superior de los mismos.”

“Tal principio también ha sido consagrado en forma expresa en el nuevo código disponiendo el art. 706 inc. c) que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”(Cámara de Familia, Autos N° 2578/14/3FLH-368/15 “DINAF POR EL NIÑO PEREYRA HECTOR POR CONTROL DE LEGALIDAD”, Sentencia del 3 de Agosto de 2016).

“Este interés al que nos referimos tiene jerarquía constitucional a través de la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al plexo de nuestra Constitución en forma conjunta con otros tratados de Derechos Humanos que regulan el ejercicio de los derechos de los menores y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad (art. 75 inc. 22 de la C.N.). “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3° Convención sobre los Derechos del Niño).”

En el presente caso no existen dudas sobre la conveniencia de la continuidad en el mantenimiento del vínculo existente entre los guardadores y las causantes,

desechándose en consecuencia cualquier posibilidad de proceder a la separación de las menores de aquellos, todo lo cual ha sido corroborado por los informes psico y socio afectivos del EIA y la intervención de la Asesora de Menores.

En esta inteligencia, y si bien la Cámara en el precedente citado ha señalado que *“el código vigente resulta categórico al prohibir la entrega directa de niños previendo sanciones al respecto”*; también ha dicho que *“la norma “habilita” al juez a quitar la guarda de hecho otorgada por los padres biológicos, por lo que ello puede no suceder en todos los supuestos, **debiendo el juez evaluar en cada caso concreto cuál es la solución que mejor se adapta al interés superior del niño.**”*

De este modo, estima que *“a pesar de la prohibición legal contenida en la primera parte del art. 611 del C.C.yC.N., la guarda así originada en principio podría ser convalidada judicialmente, en caso de no mediar un ilícito en su origen, si de las circunstancias del caso se advierte que la decisión contraria producirá un daño irreparable en el niño, al haberse consolidado un fuerte vínculo afectivo con sus guardadores”*.

Y si bien “la decisión contraria” no necesariamente es la separación del menor de su guardador -como lo señalaba Mizrahi-, tampoco la tutela dativa resulta suficiente en el caso en orden a la preservación del superior interés del niño, siendo lo adecuado proceder la tramitación de la causa con el fin de obtener la adopción plena de los menores, pues, como bien lo ha señalado la Sra. Asesora de Menores, se trata de una “institución jurídica tendiente a proteger el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia alternativa a la de origen cuando ésta última no puede proporcionarle los cuidados afectivos y materiales necesarios para su desarrollo integral”.

“Con este criterio y conforme se expresara nuestro máximo Tribunal Nacional ha convalidado las entregas directas, mediando una serie de circunstancias”, las que consideramos confluyen en el presente caso, entre ellas, y conforme fuera señalado por el Ministerio Pupilar, el tiempo durante el cual las menores ya se han encontrado bajo la guarda de los peticionantes.

En este sentido la Cámara de Apelaciones de Familia, en el precedente antes citado, ha dicho que *“Este Tribunal, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, también ha dado primacía a la guarda de hecho en supuestos excepcionales en donde se consideró que el factor tiempo, jugaba un papel preponde-*

rante (Autos N° 194/10, “DIAZ FACUNDO ABRAHAM P/ MEDIDA TUTELAR”, fallo del 18/03/2011). En el caso se trababa de una niña que llevaba más de dos años conviviendo con los guardadores de hecho a quienes identificaba como padres.”

En síntesis, la posición jurisprudencial que propiciamos -conteste con la que entendemos ha asumido el tribunal de apelaciones de nuestra Provincia- entiende que debe existir cierta flexibilidad en las formas jurídicas, desde la perspectiva del interés superior del niño, que conduzca a declarar, para este caso concreto, la inaplicabilidad del artículo 611 del CCCN, pues la guarda de las niñas se consolidó hace ya tres años, con intervención del organismo estatal pertinente, gozando todas ellas de condiciones de salud, escolarización y aptitudes psico y socio afectivas suficientes para ser adoptadas por sus guardadores.

“En este sentido el criterio jurisprudencial nacional en precedentes análogos se ha pronunciado favorablemente, manifestando que —El menor debe ser otorgado en adopción plena a favor de quienes lo criaron desde que tenía 45 días de vida - cuando su progenitora se lo dio a su cuidado—, dado que, si bien la guarda directa está prohibida, la entrega se dio en vigencia de una normativa que no la prohibía y en un marco donde los participantes tuvieron el aval del Estado; máxime cuando tal limitación califica a la norma como inelástica, desconociendo la variedad y riqueza de los vínculos humanos, desestimando lo cotidiano de la vida de un niño, es decir, su realidad— (Tribunal Colegiado N° 5 de Rosario, en autos: R., N. E. s/ guarda – 01/08/2017).” (Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros(JCivFliaySucMonteros), 18/03/2019, Publicado en: RCCyC 2019 (junio), 06/06/2019, 120 - DFyP 2019 (julio) , 80, con nota de Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta; DFyP 2019 (diciembre) , 41, Con nota de Rodolfo G. Jáuregui; Cita Online: AR/JUR/3124/2019).

En el mismo precedente se dijo que “Flexibilizar las formas de este modo ... no es más que asegurar la tutela judicial a favor suyo. Pues responde a las acciones positivas de carácter judicial que debe tomar el Estado ante escenarios y realidades tan querellantes como las que se presentan en autos. Encuadrar y transformar este trámite en un proceso de adopción, declarando la forzosa inaplicabilidad del artículo 611, 613 y 616 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —para este último artículo solo en lo que respecta a la necesidad de la guarda previa—, constituye una medida positiva judicial ante las características y peculiaridades del caso. Dictar medidas positivas, en el caso que nos ocupa, no solo es recomendable, sino que es un

deber jurídico que deviene de las reglas de reconocimiento constitucional. Así el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional cuando impone a los órganos del Estado la adopción de medidas de acción positiva para la tutela adecuada de los derechos. Por otro lado, el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados partes deberán adoptar las medidas legislativas, judiciales y de otra índole, dirigidas a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Jerarquizada doctrina reciente ha afirmado: —La Ley 26.061 en su art. 29 consagra un específico —Principio de Efectividad conforme al cual —los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales y de otra índole para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Este principio ensambla armoniosamente con una Garantía de Prioridad diferenciada a favor de niños y adolescentes, así como con el establecimiento de una particular acción judicial —expedita y eficaz— en tutela del reconocimiento de los derechos de niños y adolescentes ante su conculcación (A. I. N° 124 - "C. R. V. - M. R. - Adopción - Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil de Río Tercero, Córdoba, 12/10/2017)."

“En este sentido, traigo a colación, el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia, que ha dicho que —en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fonal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible— (Suprema Corte de Justicia, conf. causas Ac. 56.535, sent. del 16/03/1999; C. 87.970, sent. del 05/12/2007; C. 99.748, sent. del 09/12/2010). En el caso particular, la consolidación del vínculo filial entre la familia G.- C. y N., durante más de doce años, permite tener por ampliamente cubiertas las finalidades propias de la guarda con fines de adopción que nos exige el artículo 613 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.”

Por último, “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encausar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

En el plano internacional, en esta misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los Derechos Humanos de personas menores de edad (particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia), deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

Es por esto que es de suma importancia valorar para cada caso en concreto el interés superior del NNyA involucrado en las actuaciones. Se impone así, desde la perspectiva de los órganos de aplicación de los instrumentos de derechos humanos arriba mencionados, la primacía del interés superior de aquellos por encima de formalidades y/u otros intereses de adultos involucrados.” (Bado, Carlos A. “Análisis de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre guarda con fines de adopción a la luz del interés superior del niño”, Publicado en: DFyP 2019 (junio), 28/06/2019, 51, Cita Online: AR/DOC/521/2019).

Que en consecuencia, este Ministerio Fiscal adhiere a los argumentos plasmados a fs. 126/127 de autos por la Sra. Asesora de Menores, estimando que en el presente caso la restricción normativa contenida en el art. 611 del CCCN resulta atentatoria del orden constitucional consagrado por el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, pues en cualquier caso debe aplicarse la regla del superior interés del menor.

En este contexto, estima este Ministerio que puede U.S. disponer la inaplicabilidad al caso de la prohibición contenida en el art. 611 CCCN, haciendo prevalecer el interés superior de las menores, tal como ha sido petitionado por el Ministerio Pupilar.

Despacho, 20 de Diciembre de 2019.

EG

DR. ESTEBAN GARCÉS
FISCALÍA CIVIL N°3