

LA IDENTIDAD DINÁMICA/SOCIOAFECTIVA COMO FUENTE GENERADORA DE CONFLICTOS NO PREVISTOS EN MATERIA DE ADOPCIÓN

Autores: Silvia E. Fernández¹, Mariela González de Vicel² y Marisa Herrera³

Resumen:

En la presente ponencia se lleva adelante una interpretación crítica y así coherente con todo el sistema jurídico del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación en tanto no permite atender al principio de socioafectividad en las relaciones familiares a la luz de la obligada perspectiva de Derechos Humanos, en especial, del derecho a la identidad. La norma no reconoce, a modo de excepción, aquellas situaciones de hecho nacidas, transitadas y signadas por este principio de socioafectividad o identidad dinámica.

Fuera de los supuestos que el art 611 pretendió eliminar con miras a la protección del tráfico, venta o transacción referida a un niño, existen situaciones legítimas, preexistentes, nacidas gestadas y amparadas bajo la afectividad ajena a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto del interés superior del niño.

1. Introducción

Las tensiones entre identidad estática y dinámica en adopción hallaban una solución equilibrada en el texto del Anteproyecto, luego modificado durante el trámite parlamentario. Eventualmente, el límite a situaciones de hecho contrarias al interés del niño y rayanas con la ilegalidad o el delito debían hallar cauce con acciones y decisiones responsables y jurídicamente fundadas por parte de la judicatura, al no avalar aquellas pretendidas situaciones “consolidadas” al amparo o bajo el estado de violación de derechos fundamentales del niño y de sus progenitores de origen.

El principio o estándar de socioafectividad no ampara a la luz del interés superior del niño, situaciones que comprometen los derechos fundamentales del niño, tales como las irregularidades en el origen de la guarda, la venta o transacción que involucra al niño, la vulneración a los derechos de la madre de origen –estado puerperal, transgresión al consentimiento pleno libre e informado-, las violaciones a las normas imperativas del debido proceso de adoptabilidad, ni menos aún, finalmente, el delito. Así, hablar de aplicación del principio de socioafectividad no implica reducir la mirada al sólo cómputo del paso de tiempo y a su amparo la consolidación de situaciones de hecho, cuando ellas han nacido en contextos y/o por actos irregulares; en estos casos la

¹ Asesora de Menores, Departamento Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

² Titular del Juzgado de Familia nro. 1, Esquel, Chubut.

³ Profesora Regular Adjunta, Facultad de Derecho, UBA y Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

pretendida preservación del status quo y centro de vida del niño no resulta compatible con los restantes derechos propios a su condición de sujeto de derecho y que nutren el referido principio de interés superior.

El texto proyectado –que fue seguido por algunas legislaciones provinciales como la ley 14.528 de la Provincia de Buenos Aires y la ley 7388 de Chaco- resulta más acorde con todos los intereses en juego en un debate ancestral y siempre abierto referido a la relación entre guarda de hecho y adopción. Esta debería ser la interpretación correcta y coherente de conformidad con los principios interpretativos que se derivan del art. 2 del Código Civil y Comercia (en adelante CCyC).

2. Colisión normativa

El art. 611 del CCyC prohíbe la entrega en guarda mediante cualquier tipo de acto – instrumento privado, escritura pública, acto administrativo- y en consecuencia, no convalida las “delegaciones de guarda” dirigidas a una futura adopción y sustentadas en el tan reiterado –por muchos- principio de autonomía personal de los progenitores – mayormente, progenitora-.

Así, el único modo de ingreso a la vía adoptiva de quienes pretenden acceder a este tipo filial, lo es a través de su inscripción en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción, debiendo surgir de entre los postulantes evaluados y declarados aptos, quienes resulten los más idóneos en el caso concreto a los fines de iniciar la vinculación tendiente a la adopción (arts. 613 y ss. CCyC). La violación a la norma provoca la sanción de nulidad absoluta de la adopción (art. 634 inc. h).

La redacción originaria del art. 611 del Anteproyecto fue modificado de manera sustancial: se eliminó en forma total la excepción a la separación judicial del niño fundada en la existencia de un vínculo afectivo entre los progenitores del niño y los pretensos guardadores; excepción que recomendaban mantener los autores del Anteproyecto como modo de atender al conocido principio de socioafectividad y el respeto a las relaciones familiares fundadas en éste, a la luz el interés superior del niño.

En efecto, el art. 611 del Código Civil y Comercial finalmente sancionado dispone: *“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 pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”*.

La solución del artículo compatibiliza principios jurídicos tales como el interés superior del niño, el centro de vida del niño, la protección de la vida familiar, la autonomía personal y la extensión o alcance del orden público en materia de adopción; todo ello a la luz de las normas imperativas en la materia diseñadas desde: la Convención sobre los Derechos del Niño, la doctrina de los órganos autorizados para la interpretación de los tratados –en el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y el Comité de Derechos del Niño (en adelante, CRC)-, cuyas sentencias y doctrina revisten carácter vinculante en función del llamado control de

convencionalidad⁴, que debe inspirar las decisiones judiciales; la normativa de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes –ley nacional 26.061 y dec. 415/2006, y otras leyes provinciales como ser la ley 13.298 de la Pcia de Buenos Aires, la ley 14.528 sobre Procedimiento de Adopción en esta misma Provincia.

No existía consenso unánime en doctrina y jurisprudencia acerca del valor a reconocer a las guardas de hecho nacidas de “entregas directas”. Una posición, con fundamento en el entonces art. 318 del C.C. sostuvo la prohibición de la entrega directa y guarda de hecho, argumentando el vicio derivado del contractualismo⁵ y la “cosificación” del niño en el mecanismo de entrega directa –desprendimiento en favor de una familia determinada-; asimismo, la valoración del riesgo de tráfico de niños y la prevalencia del orden público en materia de adopción.⁶

En sentido opuesto, se señaló que el art 318 –C.C. derogado- no impedía admitir la autonomía de la voluntad materna en la selección de los guardadores como futuros adoptantes, como derivación del ejercicio de la responsabilidad parental. Ante el carácter subsidiario de la intervención del Estado en el ámbito de la familia, una guarda de hecho consolidada podría invocarse ante la justicia, siendo el juez quien finalmente se expediría respecto al otorgamiento de la guarda con fines de adopción⁷, evaluando la relación ya establecida entre los futuros adoptantes y el adoptado, a la luz del superior interés del niño.⁸

El art. 611 del CCyC veda en forma expresa la convalidación de guardas de hecho, prohibición que no admite excepciones a la luz de la clara redacción de la norma; salvo la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los pretensos guardadores, único supuesto posible de ser convalidado judicialmente contemplado en la norma.

Ahora bien. En la provincia de Buenos Aires la ley 14.528 de Procedimiento de adopción contiene en su art. 16 la solución que proponía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial⁹, con lo cual se presenta una discordancia entre la norma nacional y la provincial a nivel de sus excepciones.

⁴ Conf. Corte IDH “Almonacid Arellano” (2006), “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” (2006), “Gelman” (2011) y en el plano nacional, CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 7/7/1972; “Esposito”, 23/12/2004, “Mazzeo”, 13/7/2007, “Videla”, 31/8/2010; “Rodríguez Pereyra c/ Ejército argentino”, 27/12/2012, entre otros.

⁵ Ha dicho la CIDH que “La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad” (conf. CIDH, “Fornerón”, 27/4/2012).

⁶ Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción* Universidad, Buenos Aires, T. I, 2008, p. 380.

⁷ Medina, Graciela. “Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor”. *RDFyP*, diciembre 2009 p. 110 y ss

⁸ Cám. Apelac. Fam. Mendoza, 19/03/2011. Cám. Civ. Com. Neuquén, 31/3/09, *RDF* set/octubre 2009, p. 125; Cám. Civ. Com. Mercedes sala I 23/12/04, LLBA 2005, marzo 210.

⁹ “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 pretensos 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).

Como consecuencia de esta disonancia normativa, a la hora de evaluar la situación nacida al amparo de una guarda de hecho en la provincia de Buenos Aires, el Juez de Familia según el Código Civil y Comercial no podría entender como excepción a la prohibición la existencia de un vínculo afectivo previo entre los adultos; aunque sí podría encuadrar esta excepción a la luz del art. 16 de la ley 14.528. Cabe aclarar que la norma bonaerense no admite como excepción el vínculo afectivo entre *los guardadores y el niño*.

La misma línea sigue por ejemplo, la legislación chaqueña en el art 18, en franca diferencia con otras leyes provinciales como Misiones, ley XII nro. 20 de “Proceso de adopción” o la ley III N° 27 de Chubut.¹⁰

Esta discordancia no es menor y compromete la responsabilidad de los Estados provinciales que mantienen una legislación contradictoria con la normativa de fondo dada por el CCyC.

¿Cómo salvar esta contradicción y cuál norma hacer prevalecer en el caso concreto?

Conforme al principio “ley especial prevalece sobre ley general”, la ley bonaerense sería la ley específica que regula el procedimiento adoptivo en el espacio local propio que es la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo y como mencionamos, la ley 14.528 regula el *procedimiento* adoptivo, y la convalidación o no de la guarda de hecho – excepción al mecanismo impuesto por la ley de Registro de Adoptantes-, resulta una cuestión de fondo y por ende regulable en la normativa nacional; desde esta perspectiva sería el CCyC el que tendría prevalencia. A este primer argumento, podría adicionarse la consideración acerca de que “ley posterior deroga ley anterior”: el CCyC fue sancionado posteriormente a la ley bonaerense –al punto que como dijimos ésta tuvo en cuenta el entonces Anteproyecto de Código unificado.

¿Cuál podría ser una tercera interpretación armonizadora, si es que ella posible? Ante la incompatibilidad o contradicción normativa, el Juez de Familia debería tomar en consideración la eficacia del principio *pro homine* que impone acudir a la norma que en mayor medida protege o ampara los derechos de la persona, en particular del niño o niña, conforme el estándar de prevalencia contenido en las leyes de protección integral de derechos del niño –en caso de conflicto de intereses del niño y de otras personas prevalecen los del primero- y el principio sustancial a la doctrina de infancia cual es el interés superior del niño.

3. El interés superior del niño como límite constitucional: contenido

¹⁰ 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”. En Chubut, el art. 10 inc. d de la ley III N° 27 D.J.P. establece: “Artículo 10.- Los Juzgados de Familia que correspondan respetarán el orden de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único Provincial de Pretensos Adoptantes. Podrá apartarse del orden establecido con carácter restrictivo y excepcionalmente, por resolución fundada (...)”. El art. 20, por su parte, dispone: “No tendrán validez a los efectos procesales las actuaciones notariales o administrativas tendientes a concretar entregas directas de niños en guarda para futura adopción”.

El núcleo problemático lo constituye la determinación acerca de “qué es” interés superior del niño en estos casos. En materia de adopción este interés superior involucra los derechos del niño a la vida familiar (art. 7.1 CDN), a “preservar su identidad”¹¹ (art. 8.1 CDN), y a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1. CDN) y el cumplimiento de determinadas reglas procedimentales (art. 21 CDN). Ahora bien, ¿cómo se materializada el interés superior del niño en la regulación de la adopción?

a. El interés superior del niño no permite convalidar la violación del estado puerperal; exigido bajo pena de nulidad por los 607 CCyC y art. 11 ley 14.528. Se impone la nulidad de toda manifestación de voluntad a favor de la adopción que se esgrima dentro de los 45 días de producido el nacimiento, cuestión íntimamente relacionada con la doctrina del consentimiento informado en adopción.

b. El interés superior del niño no permite convalidar la violación de los procedimientos previstos en materia adoptiva, tanto por el CCyC y la ley 14.528. El proceso adoptivo reconoce la preexistencia y operatividad del Sistema de Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes, en el marco del cual ante el fracaso de las medidas de protección de derechos excepcionales se habilita la instancia de la adopción como forma familiar subsidiaria al mantenimiento del niño en la familia de origen. Por otra parte, los requisitos legales incluyen la previa inscripción en el RUA. 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., CCyC). En este marco, consideramos que la presentación espontánea de los postulantes a la justicia solicitando la convalidación de la guarda de hecho no funciona como una suerte de dispensa que releve al juez del deber de ingresar en el análisis del origen de dicha guarda y efectuar la correspondiente valoración a la luz del interés del niño. Es en este momento donde el juez tiene la oportunidad de apreciar –y en el caso, muy concretamente frente a los hechos expuestos-, entre otros factores, la actuación bajo el principio de legalidad, el respeto por el derecho a la identidad y al origen del niño. Tampoco este análisis se suple con la primera evaluación general y abstracta efectuada por el RUA: tal decreto de aptitud no exime a los jueces del segundo análisis concreto, condición previa imprescindible para la formalización del discernimiento de la guarda del niño.

Así, el artículo contempla las motivaciones y expectativas frente a la adopción, lo que guarda relación con el centro de interés de este instituto: el derecho al niño a conformar una familia y no las expectativas personales de los pretensos adoptantes. La valoración de la idoneidad presenta íntima conexión con el respeto al niño como un “otro”, con personalidad y subjetividad propia, a la asunción por parte de los pretensos adoptantes “que esa criatura será un ser distinto de ellos, con sus derechos, con una historia personal propia y con una familia de origen de la cual no solo provino sino que existió”, todo lo cual visualiza la diferencia entre la “responsabilidad de una adopción y su

¹¹ En palabras de la Corte IDH: “*las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad, comprometiendo las autoridades internas la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la familia y a la identidad*” (conf. Fornerón, cit).

necesidad –apetito- de hijo”.¹² De este modo, la idoneidad a los fines jurídicos no se mide en términos de puro “afecto” o “amor” que se alegue, que por lo demás “...es sumamente complejo entender a qué se refiere, ya que la palabra amor opera como tapón que silencia cualquier observación en contrario de quien la pronuncie o lo coloque bajo sospecha.”¹³

c. El interés superior del niño no avala la producción de actos ilícitos en torno al origen de la guarda. Al respecto, es *doctrina legal* de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que “... *La justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta al niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoga está constreñida en respetar. Lo contrario violenta la tutela judicial efectiva que reclama el respeto del procedimiento previsto por la ley (...).*”¹⁴

Cuando los progenitores abdican del ejercicio de la responsabilidad parental nace el deber del Estado de garantizar al niño el ejercicio de su derecho a la vida familiar, en tanto derecho familiar. De ese modo ingresa la jurisdicción como representante del Estado en la determinación de la familiar que proveerá los cuidados para el adecuado desarrollo del niño. Las situaciones que se generan y producen al margen de la intervención estatal omiten esta actuación/rol fundamental. Como lo señala Giberti: “*Un adulto, la madre de origen habitualmente, ejerce su derecho jurídico sobre la criatura a partir de su desvalimiento y, por otra parte, encuentra la decisión de ‘conseguir’ un hijo debido a quienes necesitan adoptar. De este modo, el Estado, que debe ser el garante de los derechos del niño, queda excluido de la maniobra.*”¹⁵

d. El interés superior del niño no se relaciona con la invocación del “transcurso del tiempo” al cuidado de los pretendidos guardadores. Los repertorios jurisprudenciales en la materia nos muestra que los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del status quo de niños provisoriamente separados de su familia; así, al amparo de la pretendida satisfacción del “interés superior” del niño, se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido y la altísima dificultad de revertir situaciones que el tiempo “ha sentenciado”.¹⁶ Al respecto, el pretense mantenimiento del “status quo” debe enfrentarse con otros principios de peso como ser: legalidad, orden público, derecho a la identidad, el interés superior del niño y asimismo la satisfacción más completa de todos los derechos involucrados. Entonces, siempre se debe analizar si el respeto por el mantenimiento del *statu quo* aparece compatible con otros componentes del interés superior del niño, tales como la preservación de su identidad (arts. 7, 8, CDN), su derecho a la vida familiar (arts. 7, 8, 9, CDN, arts. 10, 11 ley 26.061) y la permanencia en el ámbito de su familia de origen, todos ellos de rango constitucional. Al respecto, el TEDH ha señalado que el respeto por el derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo.¹⁷

¹² Giberti, Eva *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*. Sudamericana, 2010, p. 21

¹³ Giberti, Eva op cit., p. 26.

¹⁴ SCBA, "N.N. o Areco, G. M. s. Medida de abrigo", 11/04/12, C:115:696.

¹⁵ Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*. Sudamericana, 2010., p. 155.

¹⁶ Fernández, Silvia E. “El desafío al tiempo en la adopción.” *Revista Derecho Privado*. Año II, N° 6. Infojus, p. 35, 2013.

¹⁷ TEDH, “Görgülü vs. Alemania” 24, 24/02/2004.

Desde la psicología, al estudiar la cuestión de la separación de los niños ante guardas “consolidadas” Eva Giberti alerta: “*este impacto, que ninguna teoría psicológica podría diagnosticar como trascendente para la historia del sujeto, como un episodio traumático permanente, sino como una experiencia negativa, preferiblemente evitable, pero sin que el destino de ese niño quede fijado determinísticamente por la experiencia, constituye el argumento mayor para mantener la ilegalidad del procedimiento. Sin embargo, los montajes de las llamadas ‘series complementarias’¹⁸ en psicoanálisis (...) autorizan a pensar, además de la experiencia clínica, que ese cambio puede instituirse en una ventaja para el niño si es trasladado desde ese preludio de familia hacia otra, respetuosa de la ley.*”¹⁹

Dada la condición de sujeto de derecho del niño, pauta transversal que debe tomarse en consideración en toda decisión adoptada por las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, cabe reparar en la situación diversa que se observa por ejemplo, en los casos en que se acogen los reclamos de reintegro formulados a la luz de la Convención de La Haya sobre aspectos Civiles de la restitución internacional de menores 1980. En estos casos, las excepciones son acotadísimas y no admiten interpretaciones extensivas por fuera de las concretas previsiones normativas. En esos supuestos no hemos advertido que ninguna autoridad doctrinaria ni la mayor parte de los fallos judiciales avalen negar la restitución argumentando el “daño” o “trauma” que se genera a un niño con la admisión del pedido de restitución. Es justamente el origen ilícito del traslado o retención el que habilita el despliegue de la Convención y avala la restitución internacional. Así el “status quo” no prevalece frente a la ilegalidad. En el caso de la guarda de hecho cabe preguntarse entonces cuál o cuáles serían las razones por las cuales algunos tribunales asimilan el desarraigo de los guardadores de hecho con un “daño” o “trauma” ponderando –implícitamente- el transcurso del tiempo en dicha condición irregular?

4. Una diferencia sustancial: “transcurso del tiempo” y “socioafectividad”

En los casos en que el niño ha transcurrido un considerable tiempo al cuidado de los guardadores de hecho, éstos suelen invocar la “consolidación” de la situación, planteando un verdadero “caso difícil”. Sin embargo, en estos casos no es el solo paso del tiempo el que dirige la mirada hacia la situación singular del niño a la luz de su superior interés, sino la exteriorización del principio de *socioafectividad* en las relaciones familiares²⁰. Esto así, en tanto el estándar socioafectivo se torna hoy al lado de los jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer el vínculo parental.

A la hora de considerar la separación eventual del niño, no se trata de “calcular”, “sumar” o computar tiempos –como en una prescripción adquisitiva-, sino de analizar si en dicho transcurso del tiempo se ha forjado, al amparo de la convivencia de hecho, un vínculo sustantivo y trascendente para la vida del niño con los pretensos guardadores que desaconseje su separación de estas personas, análisis que exige practicarse con una visión *contextual*, esto es, con las particulares circunstancias relativas a esa situación fáctica que involucra cuestiones tan sustanciales como las relacionadas con el origen de

¹⁸ Sucesión de episodios y acontecimientos en la vida de un sujeto que se ordenan de manera etaria, de acuerdo con distintos momentos del desarrollo e intervienen en los procesos de subjetivación, engarzando los efectos de esas experiencias en dichos procesos previos (conf. Giberti, cit).

¹⁹ Giberti, Eva, *Adopción...* cit., p. 171

²⁰ Conf. Herrera, Marisa “Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?” en Fernández, Silvia Eugenia. *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*. Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 971.

la guarda, el respeto a la condición del niño y a su identidad, a la familia de origen – muchas veces madre vulnerable-, todo lo cual hace a la idoneidad de estos adoptantes, que no se reduce a las nociones de “cuidado”, “cobijo”, “afecto” o “cariño” hacia el niño durante un determinado tiempo.

La noción de socioafectividad se relaciona o enlaza con el llamado aspecto o faz dinámica de la identidad, una de las vertientes o facetas del derecho macro de identidad (arts. 7, 8 y 9 de la CDN).

En definitiva, la socioafectividad involucra: a) la relación afectiva previa y verídica o genuina entre la familia de origen y los guardadores y b) el vínculo afectivo, fuerte, contundente, del niño con los guardadores.

Cabe así preguntarse: ¿qué ocurre en casos de guardas de hecho en que el niño ha permanecido y está inserto, afectiva, individual y socialmente en el seno de esta familia, no sólo incluso desde lo nuclear sino también ampliada? ¿Puede el derecho avalar el apartamiento del niño de ese centro de vida familiar y su traslado a un ámbito alternativo o en forma directa a una familia que protagoniza un “mejor derecho” por el solo hecho de estar inscripta en un Registro (que no siempre garantiza idoneidad por lo demás tal como lo demuestran los casos de “devoluciones” de niños)? ¿Se pensaría en este caso en la individualidad y en la condición *subjetiva* del niño o en cambio se cosifica no solo su ser sino su superior interés que involucra en el caso el respeto a su identidad dinámica sustentada en vínculos socioafectivos? ¿Cuál es la incidencia de la guarda de hecho y los casos hartos complejos de “devoluciones”, en especial, cuando se trata de guardadores que no han pasado por un sistema de evaluación con lo que ello implica de beneficioso para la adopción?

A la luz de la solución del CCyC, el campo de excepciones que fue tenido en cuenta por varios fallos jurisprudenciales se limita sustancialmente, de allí la abierta incompatibilidad entre la solución legislativa actual y la respuesta brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 27/05/2015 que, siguiendo el dictamen de la Procuración General de la Nación y contrariando a su vez lo dictaminado por la Defensoría General de la Nación, confirmó la decisión de la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil del 19/06/2014 que convalidó una guarda de hecho a favor de una mujer que carecía de vínculo de parentesco con la progenitora.²¹

A nuestro entender, la excepción invocada por la Corte Federal no se configuraba ya que existían claras circunstancias *violatorias del interés superior del niño* que la Corte afirma proteger y que desaconsejaban resolver del modo en que se hizo: así, el origen de la guarda, la irregularidad en esta instancia, la vulnerabilidad de la madre de origen, la inexistencia de un consentimiento pleno libre e informado de parte de la misma, la manifestación de voluntad durante el estado puerperal, el ocultamiento de la guarda de hecho durante un año previo a su judicialización, la edad de la guardadora -60 años- y

²¹ La niña M.S.M, nace el 26/10/2012, Cuatro 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. Al concurrir a la justicia la madre biológica explica que en realidad no comprendió un alcance mayor de la guarda que el relacionado con la autorización para viajar con la niña, cuidarla y asistirle médicamente. Pasado un año, la Sra. V. peticiona la guarda con fines adoptivos de M.S.M adjuntando el mencionado acuerdo, surgiendo además de los datos de la sentencia la situación de vulnerabilidad de la madre: un embarazo no deseado, otro hijo del cual solo podía hacerse cargo, la falta de instrucción materna, la relación entre las partes por intermedio de una tercera persona –desconocidas entre sí-, quien le comento a la guardadora que la progenitora quería entregar a su hija en adopción cuando naciera.

finalmente, el detalle harto sustancial de que la niña ya había sido retirada del ámbito de la recurrente para ser ubicada en ámbito alternativo, con lo cual el desarraigo o vulneración derivado de la separación que se alegaba pretender evitar aparecía ausente.

La situación de vulnerabilidad del niño sin cuidados parentales y la singularidad de cada caso concreto, exigen un abordaje particular y especializado de cada situación; se impone como exigencia constitucional el fortalecimiento del rol del Estado como garante de los derechos del niño y del cumplimiento de las normas de orden público imperantes en materia de adopción.

Esta participación estatal comprometida exige defender la competencia de la justicia, último garante de los derechos del niño, a los fines de la evaluación de la aptitud de los pretendidos adoptantes. Es que no se trata de una evaluación relativa a una idoneidad autorreferente, sino a una idoneidad condicionada y dirigida a otro: el niño y la realización de su derecho constitucional a la vida familiar (bajo el marco protectorio dado por los arts. 21, arts. 7, 8, 9, CDN, y arts. 10, 11 ley 26.061).

La injerencia del Estado presenta una justificación fundada y necesaria, en razón de la vulnerabilidad de los progenitores en estos contextos; 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.

5. El equilibrio en acto: algunos posibles casos de excepción del art. 611 fundados en el principio de socioafectividad

Un niño que convive con su progenitora y el conviviente de ésta durante muchos años quien ejerce durante un largo tiempo deberes de cuidado como progenitor afín de la niña. La niña carece de filiación por línea paterna. Al tiempo, la progenitora fallece; es decir, la niña queda en situación de adoptabilidad. Siguiéndose la letra fría del art. 611, esta situación fáctica estaría alcanzada por la regla de la prohibición ya que no existe vínculo de parentesco alguno. ¿Cuál sería la solución en este caso? ¿Declarar la adoptabilidad e ingresar a la niña al circuito previsto por los arts. 612 y ss? ¿Seleccionar una pareja o persona de los listados de aspirantes para adopción, cercenando su identidad socioafectiva consolidada y que la niña reflejará no sólo al momento de expresar su opinión sino también deriva de los hechos apreciados durante todo este tiempo en que el pretendiente guardador ejerció una paternidad socioafectiva? Las respuestas en forma negativa surgen evidentes.

Un niño se encuentra transitando una medida de protección excepcional a cuyo vencimiento se decide su adoptabilidad. Se selecciona una persona del registro de aspirantes a la adopción, a fin de ejercer la guarda. Sin embargo, desde que dicha vinculación inició, el niño a su vez comenzó a forjar vínculos afectivos con una pareja, íntima amiga de su guardadora, que se ha ensamblado en este circuito familiar cumpliendo los tres funciones nutricias y afectivas y de cuidado en relación al niño. ¿Puede el derecho reconocer o avalar tres vínculos filiales? ¿Debe necesariamente reflejarse como vínculo jurídico este vínculo afectivo que el niño ha forjado con todos estos referente significativos? ¿La noción de triple filiación del que ya se ha tenido conocimiento en el derecho argentino se debe circunscribir sólo a los casos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida? ¿Qué sucedería si el propio niño cuando tenga edad y grado de madurez solicita el reconocimiento de una triple filiación adoptiva?

Una mujer, sin familia extensa, debe ser intervenida quirúrgicamente de urgencia y deja a su niña de escasos meses al cuidado de una amiga. Fallece al poco tiempo y la familia de cuidado es designada como guardadora bajo la aplicación de la anterior legislación y según sus términos, permaneciendo en esa situación desde hace tres o cuatro años. ¿Podría hoy negarse una adopción en función de lo que dispone el art. 611?

Estos casos ejemplifican tensiones concretas entre la identidad dinámica y la estática y muestran que: 1) la solución del art. 611 del CCyC es extremadamente estrecha, dejándose de lado relaciones afectivas genuinas y 2) existen otros supuestos de relación socioafectiva que nada tienen que ver con las situaciones irregulares que, de manera acertada, pretende evitar o prevenir el CCyC, adoptándose una postura muy restrictiva, rígida o fundamentalista que conculca el principio del interés superior del niño.

6. Palabras de cierre

Las situaciones sintetizadas como tantas otras, constituyen claros casos de socioafectividad que deberían estar contenidos en el CCyC como lo estaban en el texto anterior que observaba el art. 611 en el Anteproyecto. El límite al reconocimiento de la socioafectividad está en situaciones de hecho contrarias al interés del niño, es decir, aquellas rayanas con la ilegalidad o el delito. En otras palabras, la prohibición del art. 611 del CCyC no puede involucrar situaciones de afecto genuinas, so pena de incurrirse en una mirada binaria y simplista como la que se deriva de entender que toda guarda de hecho esconde una situación de apropiación y/o ilicitud. Los afectos –como la vida en sí– es más compleja, y se necesita contar con una normativa que esté a tono con ella. En palabras de Edgar Morín citadas por Kemelmajer de Carlucci en su conferencia magistral dictada en el Museo del Bicentenario el 24/06/2015: *“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”*²².

²² 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.