

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR EN MATERIA DE ADOPCIONES: CONTROVERSIAS ENTORNO A LAS GUARDAS DE HECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO”

.....
Cecilia Bertolé*

Esteban Torroba**

Resumen: La Ley 26.994, que aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recepta en materia de adopción un sistema que pretende acoger los cambios impulsados por el paradigma de la protección integral de los derechos de las niñas y los niños y su reconocimiento como verdaderos sujetos de derechos, como seres sociales, es decir, partícipes activos y directos de la realidad en la que viven. Sin embargo, la legislación genera renovadas incógnitas en relación a las guardas de hecho y a la inscripción formal en el registro de adoptantes como requisito esencial para adoptar. Corresponde a los jueces aplicar el interés superior del niño como la consideración primordial para resolver los casos de adopción que desbordan los contornos formales de la normativa, pues permite construir soluciones compatibles con la urgencia y la naturaleza de las situaciones concretas enfrentadas, para evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

Palabras clave: adopciones; interés superior del niño; nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; guardas de hecho; registro de adoptantes.

Abstract: The Law 26.994, that approves the new Civil and Commercial Code of the Nation, hosts a child adoption system that tries to receive the changes of the comprehensive protection of childhood paradigm and their recognition as real subjects of rights, as social beings, as active and direct participants of the reality where they live. Nevertheless, this legislation generates renewed discussions in relation to *de facto* guardians and formal

.....
*Título: Abogada; Pertenencia Institucional: Universidad Nacional de La Pampa; Correo Electrónico: ceciliabertole@hotmail.com.

**Título: Abogado; Pertenencia Institucional: Universidad Nacional de La Pampa; Correo Electrónico: esteban.torroba@gmail.com.

inscription in the register of adopters as essential requirement to adopt. The judges obligation is to apply the best interest of the child as the basic consideration to solve the cases of adoption that exceed the formal contours of normative regulation, since it allows to create compatible solutions with the urgency and the nature of the concrete conflict situations, to prevent the rigor of the forms that should produce the frustration of rights provided of constitutional protection.

Keywords: adoptions; best interest of the child; new Civil and Commercial Code of the Nation; *de facto* guardians; register of adopters.

I. Introducción.-

La adopción es una institución relativamente nueva en el derecho argentino, no se encontraba prevista en el primer Código Civil sancionado en nuestro país, y fue regulada recién en el año 1948 por la Ley nacional 13.252 tras las trágicas consecuencias del terremoto de San Juan de 1944. Esa normativa fue sustituida en 1971 por la Ley 19.134, que acogía la distinción entre la adopción simple y la adopción plena. Finalmente, la Ley 24.779 de 1997 introdujo nuevas y sustanciales modificaciones a la regulación de esta figura y las incorporó formalmente al Código de Vélez Sarsfield. Más tarde, en 2004, se promulgó la Ley 25.854 que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y reguló los requisitos para su integración.

Sin embargo, todos esos textos respondieron a un modelo esencialmente tutelar, compatible con el paradigma de la situación irregular, que visualizaban a las niñas y los niños como objetos de protección. En cambio, la Ley 26.994, que aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recepta en materia de adopción un sistema que pretende acoger los cambios impulsados por el paradigma de la protección integral de los derechos de las niñas y los niños y su reconocimiento como verdaderos sujetos de derechos, como seres sociales, es decir, partícipes activos y directos de la realidad en la que viven, con su propia visión del mundo, portadores de una historia de vida, de experiencias vitales y conocimientos y como seres humano completos, con potencialidades y recursos.

La adopción, si bien debe ser cuidadosamente reglamentada para evitar que se convierta en una institución que facilite los circuitos ilegales de acceso

a la crianza o, en general, el tráfico, necesita mantener cierta flexibilidad a los efectos de que pueda cumplir su verdadero objetivo, que no es otro que el de materializar el derecho humano de las niñas y los niños a vivir y desarrollarse en una familia.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce importantes cambios en la regulación de la institución jurídica de la adopción y ofrece posibilidades de modificar la realidad de las adopciones en nuestro país a partir de una perspectiva de protección integral de derechos.

En este contexto, el principio del interés superior del niño cobra especial relevancia pues, en consonancia con lo establecido por el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al exigir que en todas las medidas y decisiones que en relación a una adopción se emprendan debe primar como “la consideración primordial”, la nueva normativa lo acoge expresamente como un principio de aplicación general.

Esta tendencia se encolumna con los avances que la práctica jurisprudencial ya había admitido incluso antes de la reforma, por los que había desatacado la necesidad de construir esquemas de requisitos que no sean excesivamente cerrados, que ofrezcan una diversidad de opciones para que cada situación sea resuelta conforme las circunstancias singulares que la caracterizan.

Sin embargo, la legislación genera renovadas incógnitas en relación a algunos asuntos que en materia de adopción continúan siendo objeto de controversia y sobre los cuales se desconoce aún cuál será la reacción del sistema de justicia. Aquí nos detendremos a analizar la situación de las guardas de hecho y de la inscripción formal en el registro de adoptantes como requisito esencial para adoptar.

Ofrecemos en este trabajo un abordaje del régimen jurídico de la adopción desde la perspectiva del principio del interés superior del niño como forma de contribuir a resolver estas situaciones que irremediablemente presenciaremos con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

II. El interés superior del niño en el régimen de adopciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Las normas consagradas en el nuevo texto legislativo permiten confirmar

que el interés superior del niño constituye un principio fundamental para resolver todos los asuntos vinculados a la adopción, así como sucede para el nombre (artículo 64), la tutela (artículos 104 y 113), la responsabilidad parental (artículo 639), los procesos de familia (artículo 706) y las disposiciones de derecho internacional privado (artículos 2634, 2637 y 2642).

El Libro II, Título VI, Capítulo I, de la Ley 26.994 comienza definiendo la adopción como "(...) una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (...)" (artículo 594).

Si bien como técnica legislativa puede resultar cuestionable la utilización expresa de conceptos o definiciones en el texto normativo, resulta claro que el legislador establece un posicionamiento fuerte en relación a la naturaleza jurídica de las adopciones. Así, en sintonía con la ideología de la protección integral de derechos, se descarta la posibilidad de que pueda tratarse del ejercicio de un derecho sustancial de adultos que por alguna situación no puedan acceder a otra forma de filiación. Por otra parte, confirma la idea de que nos encontramos frente a una institución jurídica instrumental, de utilidad para lograr el objetivo de garantizar el derecho de las niñas y los niños a la vida familiar.

A continuación, reforzando el concepto introducido, se enuncian los principios generales que sirven de pautas de orientación de todo el sistema y de guía interpretativa para resolver los conflictos que se puedan suscitar. Entre ellos se incluyen: "(...) a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes y f) el derecho del niño a ser oído y a ser valorada su opinión de conformidad a su edad y grado de madurez, previéndose que cuando se trata de niños de 10 años o más deben prestar su consentimiento con la adopción" (artículo 595).

Paralelamente, el principio también es mencionado en relación a la adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial, como criterio de ponderación en los casos de ruptura del vínculo (artículo 604).

Además, está contemplado expresamente como elemento de decisión para el juez que debe otorgar la adopción plena o simple (artículo 621).

Por otra parte, puede servir para limitar el derecho de comunicación de la familia de origen con el adoptado en los casos de adopción simple (artículo 627).

Por último, aún sin estar mencionado en forma expresa, como el sistema de declaración judicial de situación de adoptabilidad se encuentra estrechamente vinculado a las medidas excepcionales previstas en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes, el principio también se nutre de este último texto normativo¹ (artículo 607).

Esta enumeración es meramente enunciativa pues, como bien hemos señalado, se trata de un principio de aplicación general según lo prescriben los artículos 595 del Código y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. La guarda preadoptiva y el requisito de inscripción en el registro de adoptantes en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

Con anterioridad a la reforma, el proceso de adopción regulado por la Ley 24.779 estaba estructurado en dos etapas perfectamente diferenciadas: el otorgamiento de la guarda de la niña o el niño con fines de adopción; y la adopción propiamente dicha.

La guarda previa a que aludía la Ley, como estado o situación, suponía por un lado la existencia de una niña o un niño en situación de riesgo, desprotección o abandono y, por el otro, la de un guardador o guardadores en condiciones de ejercerla. De acuerdo a la normativa, el juicio de adopción sólo podía ser promovido antes del cumplimiento del año de guarda y después de transcurridos seis meses de su otorgamiento (artículos 316 y 317 del Código Civil).

En general, esta etapa era utilizada para evaluar a la familia de los guardadores en su vinculación con la niña o el niño en situación de adopción y, si existía oposición de la familia biológica, para habilitarles un marco procesal que les garantizara el adecuado derecho de defensa.

¹ El artículo 3 de la Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que se entiende por interés superior a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías de niñas y niños reconocidos en la normativa, cualquiera sea el ámbito de su ejercicio. Además, como pauta valorativa, determina que en caso de conflicto deben prevalecer los derechos e intereses de niñas y niños frente a otros igualmente legítimos que pudieran invocarse.

Las críticas a la falta de certeza sobre la situación concreta de las niñas y los niños en condiciones de ser adoptados, la indefensión de la familia biológica, la incertidumbre de los adoptantes y la falta de congruencia en relación a los tiempos de la guarda motivaron algunas transformaciones pretorianas que se sintetizaron en la declaración de “estado de adoptabilidad” y fueron delineando un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente los roles hasta la adopción.

Paralelamente, la Ley 25.854, que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, pasó a exigir como requisito esencial que los peticionantes se hallaran admitidos en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos (artículo 16).

Como bien lo señalan los Fundamentos del Anteproyecto,

Se introducen modificaciones al proceso judicial de guarda para adopción, en atención a que se regula un proceso judicial previo de declaración judicial en situación de adoptabilidad en el cual la familia de origen tiene plena participación, ya la finalidad de este proceso reside en la selección de los pretensos adoptantes y la vinculación de estos con el niño. Por lo cual, aquí los progenitores ya no tienen participación. De esta manera, el proceso de guarda con fines de adopción es más sencillo, en tanto tiende a seleccionar al o los pretensos adoptantes y lograr su vinculación con el niño. (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2012: p. 84)

Por su parte, en el nuevo Código la guarda con fines de adopción no es un proceso independiente, sino un paso intermedio entre la declaración situación de adoptabilidad y la adopción, dirigido a cumplir la finalidad de evaluación del vínculo afectivo entre los pretensos adoptantes y el niño (artículo 613). (Herrera, 2012: pp. 84 y siguientes)

Una vez declarada la situación de adoptabilidad², el juez debe discernir

² La nueva regulación precisa en el artículo 607 los tres supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a la declaración de la situación de adoptabilidad:

(...) a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogable por un plazo igual por razón fundada;

b) si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado/a, debiendo esta decisión ser manifestada después de los 45 días de producido el nacimiento para ser válida;

c) si se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días, vencido el cual el organismo administrativo de protección de derechos que adoptó la medida debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad y comunicar dicho dictamen al juez interviniente dentro del plazo de 24 horas.

inmediatamente la guarda con fines de adopción (artículo 612) y proceder a la elección de los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el Registro de Adoptantes (artículo 613). A esos fines, se consagra expresamente la intervención del organismo administrativo competente y se obliga al juez a citar a la niña o al niño para escuchar su opinión, la que debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (artículos 595 y 613). Después de ello, el juez debe dictar la sentencia de guarda con fines de adopción, no pudiendo el plazo de guarda exceder los seis meses (artículo 614).

Como se puede observar, las modificaciones introducidas respecto de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la guarda adoptiva, en el marco de los derechos y garantías de los progenitores, tienen por objeto agilizar los tiempos de aquellas situaciones en que las niñas y los niños permanecen separados de su familia de origen sin que existan posibilidades de regreso e integrarlos a un ámbito familiar que le otorgue estabilidad a su situación social, afectiva y legal, lo cual implica redefinir las prácticas tanto de las instancias administrativas como judiciales. Al mismo tiempo, la participación otorgada al organismo administrativo que interviene en la protección de los derechos del niño, acompañando al organismo judicial en el proceso de selección de los adoptantes y su carácter de parte en todo el proceso en el que se desarrolla la guarda adoptiva opera como mecanismo de doble control a los fines de asegurar que la misma responda de la manera más eficaz y satisfactoria al bienestar del niño. (Burgués, Salituri Amecua y Santobuono, 2014: pp. 6 y 7)

Restan mencionar otros dos aspectos incluidos en la nueva legislación que generan cierta incertidumbre sobre su aplicabilidad y abren las puertas a un conflicto por criterios que ya ha demarcado con bastante claridad la jurisprudencia, estos son: la situación de las guardas de hecho y de la inscripción formal en el registro de adoptantes como requisito esencial para adoptar.

Por un lado, se prohíbe en forma absoluta la guarda de hecho, ya sea mediante escritura pública, acto administrativo o entrega directa por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Se consagra asimismo, reforzando el efecto de dicha prohibición, la facultad del juez de separar al niño transitoria o definitivamente de su pretendiente guardador en estos supuestos, a excepción de la comprobación que esa elección de los progenitores se

funda en la existencia de un vínculo de parentesco entre estos y el guardador del niño. Además, se establece que 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 (artículo 611).

Es necesario poner de relieve que el proyecto en su redacción original preveía que la facultad del juez de separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador en los supuestos de guardas de hecho no procedía frente a existencia de parentesco o “vínculo afectivo comprobable”, lo que fue suprimido en la Cámara de Senadores con la finalidad de que dicha cláusula no alterara el “verdadero espíritu de la reforma”. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014: p. 311)

Paralelamente, se introduce de manera expresa la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes (artículo 600), tal como ya lo hacía con anterioridad la Ley 25.854. Esta exigencia se vincula con el requisito de agotar las posibilidades de permanencia en la familia de origen (artículo 607). Además, se establece la falta de inscripción en el registro como causal de nulidad absoluta de la adopción (artículo 634).

IV. Conflictos de la reforma legislativa con la jurisprudencia consolidada. El interés superior del niño como principio rector en materia de adopciones.-

El espíritu de estas restricciones resulta legítimo e incuestionable, pues no es otro que el de evitar los circuitos ilegales de acceso a la filiación y, en general, las apropiaciones ilegales de las niñas y los niños³. Sin embargo, cabe preguntarse cómo resolver aquéllas situaciones de guardas de hecho que no se inscriben en contextos ilícitos o irregulares, así como aquéllos casos de falta de inscripción en el registro de adoptantes pero que por las circunstancias reales del caso justifican la procedencia de la adopción, pues el legislador no ha adoptado una decisión tendiente a clarificar la forma de concebir a las mismas en nuestro sistema (Mignon, 2015: p. 2).

.....
³ El Informe de las Comisiones de Justicia, de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, de la Cámara de Diputados de la Nación, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, que luego derivó en la aprobación de la Ley 25.854, con el propósito de destacar los objetivos de la iniciativa sostuvo que perseguía“(...) evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condición de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de la entidades no gubernamentales.”

Corresponde, en primer lugar, realizar una digresión conceptual entre las “guardas de hecho”, que comprenden supuestos de entregas directas a favor de terceros con quienes existe un conocimiento o vínculo afectivo previo, de las llamadas situaciones de “guardas puestas”, ajenas a la afectividad y relacionadas con la directa cosificación de las niñas y los niños. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2014: p. 305)

La jurisprudencia anterior a la reforma, por otra parte, ya se había expedido sobre la necesidad de flexibilizar los requisitos formales de la adopción cuando el interés superior del niño lo exige. Especialmente a partir del precedente “G., M. G s/ protección de persona” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 16 de septiembre de 2008 (Fallo 331:2047), comenzaron a consolidarse algunos cimientos en la materia. En este caso, la jueza de primera instancia había resuelto declarar a M. G. G., nacido el 10 de marzo de 2005, en situación de desamparo moral y material por parte de su progenitora Y. G., y, en virtud de ello, en estado de adoptabilidad. Paralelamente, en virtud de que la familia biológica de M. G. G. había desaparecido sin dejar rastros, pero había mantenido relación con la familia B. S., se decidió otorgarle a esta última una guarda excepcional y provisoria. El matrimonio a cargo de M. G. G. había apelado esta decisión solicitando que la guarda se transformase en preadoptiva. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había dejado firme la decisión de la instancia anterior en cuanto al carácter provisional y de excepción de la guarda otorgada y había sostenido que, para cambiar el objeto del proceso de protección por el de la adopción, debía necesariamente encontrarse inscripta en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, conforme lo exige el artículo 16 de la Ley 25 854⁴. La Corte hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos y revocó la sentencia apelada, ordenando que vuelva el expediente para que se produzcan, a la brevedad, las evaluaciones necesarias para determinar la aptitud adoptiva del matrimonio B. S.

Entre los estándares más importantes, el máximo tribunal estableció que: los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los de-

.....
⁴ La norma dicta: “Es requisito esencial de los peticionantes, hallarse admitidos en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos.”

rechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; el otorgamiento de una guarda es un momento privilegiado de gran trascendencia sociojurídica, porque se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere contar con toda la información pertinente y fidedigna al respecto, según lo dispone el artículo 21.a de la Convención sobre los Derechos del Niño; la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño lleva a interpretar que la falta de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción no puede constituir por sí solo un motivo suficiente para impedir una guarda, si ello entraña desatender al interés superior del niño.

También se ha desarrollado una fructífera y no despreciable jurisprudencia de tribunales de inferior jerarquía que señalan similares criterios de primacía del interés superior del niño por sobre las normas rituales de la adopción. Al sólo efecto de mencionar algunos criterios de relevancia, pueden indicarse:

a) "Uno de los fundamentos de la creación del Registro Único de Postulantes fue evitar el tráfico de niños, asegurándole a las personas que desean adoptar la posibilidad de concretar sus fines afectivos, sin la erogación de gasto alguno. Por lo que el Registro esta destinado no sólo para los que desean adoptar sino también los que están en condiciones de ser adoptados (...). Desde mi punto de vista considero que ordenar la inscripción implicaría ocupar un orden cronológico para recibir un niño que ya tienen en su poder y hará innecesariamente extensa la lista, en cuanto estaríamos frente a un hecho consumado y caeríamos en una verdadera burocracia. Como bien lo sostienen los autores, la inscripción supone la existencia de 'pretensos' adoptantes de niños que, por abandono o por otras razones, llevan su petición al Juez para obtener la inserción en un hogar del hijo buscado. Ahora bien, y en esta idea, registrar a quienes son guardadores de hecho implicaría, tal como se adelantara, una tarea vacua desnaturalizando el fin de su creación. En efecto: quienes ya son guardadores de hecho y desean adoptar, tendrán que cumplir los requisitos de la guarda judicial pero ello compete al Juez del fuero quien analizará si en el caso se dan los requisitos para su otorgamiento o no, y esto excede del marco registral."⁵

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Sala 1. Caso "J. J. Y. L. N. D. V. C/P. D. A. s/Postulante de adopción", de 15 de Febrero de 2001.

b) "No se puede pretender hacer pasar la vida por un registro como si todo lo que no está en él no existiera en el mundo y pudiera ignorarse impunemente de tal manera que si alguien no está inscripto en el Registro queda excluido como potencial adoptante, aunque de hecho haya ejercido eficiente, amorosa y responsablemente la guarda de un niño durante años. (...) No haberse inscripto en el Registro aparece así como una notoria discriminación que de ninguna manera se condice con la regla del interés superior (...) y con los principios generales que deben informar todo ordenamiento positivo que se precie de respetar los derechos humanos, contrariando así la finalidad perseguida con la creación del Registro, reglamentación meramente instrumental que tiende a organizar las adopciones, y no preñado de un sentido finalista condicionante y frustratorio de las situaciones de hecho que pueden presentarse." ⁶

c) "Si 'el bien común', el 'interés público' o como quiera llamársele, golpea fuertemente el derecho fundamental de un niño a tener familia, quiere decir que no es tal 'bien común' (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "De los llamados requisitos rígidos de la Ley de Adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina", DJ, 1998 - III - 972). En tal sentido, agrega la prestigiosa jurista que 'Pareciera, entonces que, en principio, no es conveniente que la ley presente esquemas de requisitos excesivamente cerrados; por el contrario, debe ofrecer una serie de posibilidades, pluralidad de opciones, que permitan que cada situación sea resuelta conforme las circunstancias singulares que el caso presenta. Más aún, en esa apertura el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del menor por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas por la adopción'. Claramente se puede percibir que el requisito de la inscripción tendrá siempre como valla el (...) interés superior (conf. Nelly Minyersky - Lea Levy, "Reflexiones obre la ley 25854. Creación del Registro Unico de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos", Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, en Derecho de Familia N° 27, p. 143) (Mayoría de los Dres. Sodero Nievas y Balladini)." ⁷

d) "(...) Si, además, es requisito esencial que el peticionante haya sido previamente

⁶ Suprema Corte de Buenos Aires. Caso "Valenzuela, Jonathan Ezequiel s/Inscripción de Nacimiento y Guarda con fines de Adopción", 2 de Abril de 2003.

⁷ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Caso "O., A. B. y F., L. M. s/Guarda con fines de adopción s/Casación", 28 de Octubre de 2004.

incluido en esa nómina para poder obtener la guarda pre-adoptiva, al juez le estaría vedado ejercer un adecuado control de mérito para conceder las guardas prescindiendo de la nómina de aspirantes, no obstante considerarlo conveniente —de acuerdo con las circunstancias del caso— para preservar el interés del niño. En tal sentido, no es posible hacer una interpretación literal y estricta del precepto. La realidad del foro ha de mostrar casos en los que, por diversas razones, la prudencia indica la conveniencia de otorgar la guarda y la ulterior adopción de un menor a una persona en particular y no a cualquiera, aunque no fuere escogida de una nómina de aspirantes. Bien se ha dicho que todo instrumento legal en la materia debe tener como prioridad responder a los intereses de los niños. Si lo que el Registro ha buscado es eliminar los circuitos ilegales de acceso a su crianza o, en general, el tráfico, no es posible hacer del mentado Registro un fin en sí mismo, generando maniobras violatorias del derecho a la identidad de los niños (conf. Belluscio - Zannoni, ob. cit. p. 1434; Chavanneau, 'Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, Revista del Colegio Público de Abogados de la capital Federal', marzo 2004, p. 37). Al respecto, también resulta esclarecedor a efectos de dilucidar que debe entenderse por 'esencial' la diferencia entre el término 'requisito esencial' y 'requisito rígido' al que se refiere la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en su artículo 'De los llamados requisitos rígidos de la Ley de Adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina' publicado en DJ, 1998 - III - 978, en el que pone de manifiesto el principio del interés superior del menor, reconocido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al que en honor a la brevedad, me remito.”⁸

Así, en consonancia con estos criterios jurisprudenciales, y a pesar de la insistencia legislativa en mantener un formato rígido, entendemos que corresponde a los jueces aplicar el interés superior del niño como la consideración primordial para resolver los casos de adopción.

Corresponde aclarar que una interpretación como la que proponemos introduce una responsabilidad agravada para los jueces, que los obliga a analizar con seriedad y detenimiento, con la correspondiente colaboración de las autoridades administrativas y de equipos interdisciplinarios, factores tan diversos como: la situación de la niña o el niño en el grupo familiar que per-

.....
⁸ *Ibidem*, voto del Juez Balladini.

sigue la adopción y su tiempo de vinculación; la opinión de la niña o el niño en relación a una posible adopción; su derecho a la identidad; el mantenimiento de su centro de vida; la priorización de la familia biológica o ampliada; el origen de la guarda; la posibilidad de existencia de contraprestaciones en la entrega; la vinculación preexistente entre madre y los peticionantes de la adopción; entre otros.

El interés superior del niño debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Y los jueces no pueden 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 acoja está constreñida a respetar.

V. Conclusiones.-

A pesar de la insistencia legislativa en mantener requisitos rígidos, entendemos que corresponde a los jueces aplicar el interés superior del niño como la consideración primordial para resolver los casos de adopción que desbordan los contornos formales de la normativa. Esto no significa cuestionar su constitucionalidad sino sólo comprender, en forma definitiva, que este principio permite construir soluciones compatibles con la urgencia y la naturaleza de las situaciones concretas enfrentadas, para evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

Los requisitos formales que se establezcan con intenciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes, de acuerdo con las características que presenten las niñas y los niños en situación de adoptabilidad, deben ser concebidos como medios instrumentales, como tal, ordenados a la consecución de un fin, que jamás podrá erigirse en elemento que conspire contra el interés superior del niño.

La normativa de adopciones no puede presentar esquemas cerrados que inhiban el análisis de mérito de los jueces y las juezas en el caso concreto, máxime considerando que el interés superior sólo puede valorarse a la luz de las circunstancias particulares y no como un instituto de manera aislada.

El análisis concreto debe poner a la niña y al niño en el centro del proceso, prescindiendo de los deseos de los futuros adoptantes o de los formalismos que exige la inscripción en el registro. Lo contrario significaría volver a aplicar la vieja doctrina de la situación irregular, anulando el carácter de sujetos de derecho de las niñas y los niños.

Nos encontramos, definitivamente, frente a la herramienta más poderosa para evitar los excesos rituales. Sin embargo, si bien la invocación del principio del interés superior del niño se ha instalado como práctica habitual y masiva en las resoluciones judiciales, muchas veces es utilizado como enunciado retórico sin demasiada proyección práctica.

Los jueces deben comprender que el carácter complejo, flexible y adaptable del interés superior del niño les impone la obligación de ajustarlo y definirlo de forma individual, con arreglo a la situación concreta de las niñas y los niños involucrados, teniendo en cuenta su contexto, situación y necesidades personales.

Bibliografía.-

- Burgués, M.; Salituri Amezcua, M.; Santobuono, A. (2014). Impacto de la Reforma Civil y Comercial en la Adopción. Implicancia de y en la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Pensamiento Civil, publicación en línea, <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1029-impacto-reforma-civil-y-comercial-adopcion-implicancias-y-proteccion>. Consulta realizada en fecha 29 de Julio de 2015.
- Conf. Belluscio - Zannoni, Chavanneau, (2004) 'Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, Revista del Colegio Público de Abogados de la capital Federal.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2012). *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Comisión de Reformas, Decreto 191/2011, integrado por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 377 (2003).

- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (2014).
- Herrera, M. (2012). *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc*, en JA 2012-II, Suplemento Especial, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (coordinadores), *El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil, 2012*, p. 84 y ss.
- Kemelmajer de Carlucci, A.; Herrera, M.; Lloveras, N. (directoras) (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Argentina, Tomo III, arts. 594 a 637, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Mignon, M. B.. (2014). *La guarda preadoptiva en el Código Civil y Comercial: blanco sobre negro en un tema de especial complejidad*. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Doctrina, publicación en línea, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/La-guarda-preadoptiva-por-Mar%C3%ADa-Bel%C3%A9n-Mignon.pdf>. Consulta realizada en fecha 29 de Julio de 2015.