



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

102751/2019

M., D. V. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY26.061

Buenos Aires, de febrero de 2023.- ME

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en autos caratulados: “M., D. V. s/CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061” el pedido de guarda judicial formulado por la Defensoría Zonal de la Comuna 7- Flores, organismo descentralizado del Consejo de Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes.

CONSIDERANDO:

I.- Este Juzgado toma intervención respecto de la situación del niño, Da. V., con la denuncia formulada por la Defensoría Zonal de la Comuna 7-Flores en fecha 27 de diciembre de 2019. Este organismo comienza su intervención en relación al niño de referencia debido a que los referentes afectivos se acercaron a la sede de dicho organismo, en octubre del 2019, con motivo de una entrevista en relación a un adolescente, sobrino de la Sra. C. A., cuyo seguimiento se encontraba a cargo del Equipo Técnico N°4.

En dicha oportunidad, el niño D., se encontraba con los referentes afectivos, motivo por el cual el Equipo Técnico N°4 comenzó a indagar sobre la situación del mismo.

La pareja de referentes refirieron que D., hace 2 años atrás, se encontraba en situación de calle junto a su tío paterno D. M., el niño estaba sin cuidados y sin escolarización, agregan que, al momento de conocer al tío el progenitor del niño se encontraba privado de su libertad. por lo que ofrecieron que ambos se alojen en su casa, siendo este el motivo por el cual el niño se encontraba con su tío.

Explican que D. y D. oscilaban en situación de calle, algún alquiler temporario, sin cuidado ni rutina alguna para el niño, por ese motivo les ofrecieron a D. y su tío quedarse en su casa.

Que al tiempo el tío paterno comenzó a ausentarse dejando a D. allí (aunque sin perder contacto) y ello hizo que se creara un lazo afectivo entre éste y los referentes afectivos.

Que el tío paterno de D. nunca gestionó la guarda judicial, ni se ocupó de los controles de salud de su sobrino, ni de su escolarización y tampoco avanzado en canto al plan obligatorio de vacunación.

Que los referentes afectivos no pudieron gestionar ningún trámite para regularizar la situación del niño debido a la inexistencia de encuadre jurídico y la falta de documentación de la Sra. C. A. quien manifestó por un lado tener miedo de problemas legales y por otro lado la Sra. C. manifestó sentirse insegura en cuanto a su elección sexual, siendo este otro punto que les generaba ese "miedo" a tener problemas legales. Explicando así porque al momento no habían realizado ninguna acción legal. Además el tío paterno quien se presentaba en forma intermitente no la habilitaba a realizar ninguna gestión en relación a D., como así tampoco a gestionar la guarda del niño.

El Equipo Técnico de la Defensoría Zonal de Flores ha realizado diversas entrevistas, tanto a los referentes afectivos como al tío paterno quien ha manifestado expresamente no haber podido asumir el cuidado de su sobrino con responsabilidad.

Con fecha 26 de febrero de 2020 el equipo técnico de la Defensoría Zonal interviniente recibió un llamado telefónico de la Sra. A. quien informaba que el padre de D. se encontraba nuevamente detenido.

A fs. 37 obra un informe elaborado por el Municipio de La Matanza del cual surge que dicho organismo toma intervención a partir de la presentación espontánea de la Sra. N. M., abuela de los niños de referencia, quien comenta que el día 10 de agosto de 2016 realizó una denuncia policial por la situación de abandono en la que se encontraban sus nietos. De dicha denuncia se desprende que los niños habrían estado encerrados durante 20 días con su madre alimentándose de manera insuficiente, en malas condiciones habitacionales y de higiene. Comenta que ese mismo día la policía trasladó a los niños al Htal. del Niño de San Justo y la progenitora a la guardia de salud mental del Htal. Paroissien donde permanecieron internados.

En la evaluación médica del niño A. el mismo presentaba desnutrición leve y VDRL (+) y en el caso de D. presentaba desnutrición aguda y dificultades en el habla. Los mismos permanecieron



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

internados para completar tratamientos y estudios correspondientes. La progenitora por su parte permaneció internada en la sala de salud mental del Htal. Paroissien sin un diagnóstico conclusivo.

Durante la internación de los niños se contactó y evaluó familia de ambos niños con el fin de encontrar adultos que pudieran responsabilizarse de sus cuidados integrales.

Con fecha del 30 de agosto de 2016 se entrevista al Sr. M. P. quien se presenta junto con su hermana la Sra. L. I. G. J.. En dicha entrevista el Sr. M. refiere su intención de responsabilizarse de su hijo D. contando con la colaboración de la Sra. L. I. con quien convive. Por otro lado refiere desconocer datos de familia paterna del niño A. El día 06 de septiembre de 2016 se labra un acta acuerdo con el Sr. M. P. y la Sra. L. I. G. J. donde se asienta que ambos se responsabilizarían de los cuidados integrales del niño D. en el domicilio arriba mencionado.

Con el niño A. debido a que la progenitora no se encontraba estabilizada ni adhiriendo al tratamiento psicológico y psiquiátrico indicado por el hospital y que su abuela la Sra. N. habría manifestado no poder responsabilizarse por cuestiones de salud y no contar con más familia que pudiera responsabilizarse de él. Se evaluó adoptar una medida de protección de acuerdo con la Ley 13.298 Art. 35 con una familia del programa “Familia Especializadas en Abrigo de la Asociación Civil Camino del Sol”.

Durante el mes de Octubre de 2016 se inició el proceso de revinculación con la Sra. A. y su hijo A. y pautando algunos acuerdos para fortalecer el rol materno de M. L. y su responsabilidad personal. Con respecto a las vinculaciones con A. la progenitora no se presentó a acompañar al niño a los controles de salud como se habría pautado, sólo se presentaba a las vinculaciones acordadas en la Sede de este Organismo. Por otro lado respecto a su tratamiento la Sra. A. abandono el tratamiento psicológico y decidió por su cuenta interrumpir la medicación y las consultas psiquiátricas. La misma no logró dimensionar la gravedad de la situación que dio origen a la medida de protección y se encontraría sin el acompañamiento de otro adulto para sostener sus tratamientos y fortalecer su rol como cuidadora.

Debido a todo lo ya mencionado en el mes de septiembre de 2017 se evalúa la inclusión del niño A. en el listado de adoptabilidad. En la actualidad se Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes - La Matanza - , San Justo, La Matanza (C.P. 1754) Tel/fax: Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes encuentra viviendo con su familia adoptiva, es importante mencionar que en el proceso de adoptabilidad intervino el Juzgado de Familia N° 2 del Dto Jud de La Matanza.

Que posteriormente, con fecha 25 de septiembre de 2020, se entrevistó a la Sra. M. N., madre adoptiva de la Sra. M.L. A., (progenitora de D.) quien dejó abierta la posibilidad de comunicarse con ella de ser necesario, aunque dejó muy clara su imposibilidad de poder cuidar a D. y tampoco solicitó vincular con el niño, toda vez que se le informó que el niño estaba viviendo con una pareja que lo estaba cuidando y con quienes se estaba trabajando.

El Equipo Técnico de la Defensoría Zonal de la Comuna 7-Flores arribó a las siguientes Conclusiones: "Si bien la Sra. N., fue muy atenta y clara en el relato y en su colaboración, la misma realizó una manifestación completamente desafectivizada y desimplicada."

II.- Con fecha 12/11/2020 por pedido de la Defensoría Zonal interviniente y con la conformidad de los Ministerios Públicos se decreto medida de no innovar por el plazo de tres meses, respecto del domicilio del niño, M. D. V. en el domicilio de su referente sito en la calle de .

Con fecha 15/12/2020 se presenta en autos la Sra. M. L. A., madre biológica del niño, a los fines de tomar vista de la causa.

Con fecha 8/08/2021 la Sra. M. L. A. realiza manifestaciones en las cuales informa que ha perdido comunicación con la Defensoría Zonal Interviniente motivo por el cual se presenta en autos a los fines de poder continuar con su terapia en miras de recuperar la tenencia de su hijo.

En fecha 23/08/2021 la Defensoria Zonal acompaña los informes de seguimiento y solicita que se prorrogue la medida de no innovar respecto del domicilio del niño, M. D.V. en el domicilio de su referente.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

Con fecha 16/09/2021 con la conformidad de los Ministerios Públicos se prorroga la misma en igual forma que la anterior.

III.- Con fecha 8/03/2022 acompañan un informe de la situación actual del niño, elaborado por el Equipo Técnico N°4 de la Defensoría Zonal de la Comuna 7-Flores.

De dicho informe surge que el niño se encuentra bien con sus derechos garantizados al cuidado de sus referentes afectivos C. y R. y que el vínculo entre ellos es amoroso y positivo para el niño. Por otro lado, se detalla que los progenitores no se encuentran en condiciones de asumir el cuidado del niño y no vinculan con él.

En razón de ello, el Equipo interviniente concluye que considera pertinente que el niño mantenga el alojamiento con sus referentes afectivos, debiéndose adecuar un marco jurídico que garantice su interés superior.

En estos fundamentos, es que solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 657 del CCCN, peticionando asimismo que se fije una audiencia.

Al pedido efectuado se le confiere vista a los Ministerios Públicos oportunidad en la cual peticionan se convoque a una audiencia en los términos de los arts. 12 CDN, 24 Ley 26061 y 707 CCYC con D. M. y, en un segundo momento, una audiencia con los adultos a cargo de los cuidados del niño, C. A. y R. L. I. Íterin, por encontrarse vencida la medida de no innovar en el alojamiento del niño, con fecha 13/04/2022 se prorroga la misma.

En fecha 27/04/2022 se lleva a cabo la audiencia con el niño. En dicha oportunidad D. cuenta que vive con C. y R., a quienes refiere como su mamá y su papá; que concurre a tercer grado y que tiene amigos en la escuela. Agrega que C. y R. lo tratan bien y que ellos quiere.

Con fecha 1/08/2022 la Defensoría Zonal acompaña informe de intervenciones y situación actual del niño y agrega que el equipo técnico de la Defensoría Zonal de la Comuna 7-Flores ha logrado contactar al padre biológico del niño y lo ha entrevistado en su sede en fecha 19 de julio de 2022. Se acompaña el acta de manifestación del Señor P. M.

Finalmente solicitan se resuelva su petición de acuerdo a los fundamentos vertidos en el escrito presentado en fecha 08 de marzo de 2022.

Con fecha 13/10/2022 se presenta la Sra. C. E. A. y con fecha 28/10/2022 solicita la guarda de D. V. M., quien se encuentra bajo su cuidado y protección desde el año 2017, en virtud del vencimiento de la medida de no innovar dispuesta en fecha 13/6/2022, por las consideraciones de hecho y de derecho que allí expone.

Con fecha 9/11/2022 se presenta el Sr. R. L. I. solicitando se le otorgue la guarda de D. Va. M., adhiriendo a los planteos efectuados por la Sra. C. A. en su presentación de fs. 127/132.

De dicha petición se le confiere vista a la Defensora Pública Tutora y a la Defensora Pública de Menores e Incapaces.

A fs. 138/140 dictamina la Defensora Pública Tutora realizando un recuento de lo sucedido en autos desde su inicio, remarca que la progenitora se presentó en el expediente con patrocinio letrado y solicitó tomar vista de las actuaciones, y realizó posteriormente una sola presentación a efectos de manifestar la falta de citaciones por parte de la DZ, en clara contraposición a lo informado por la comuna y los organismos intervinientes.

Sumado a ello, a fs. 79/80 luce agregado el informe del CIENA, el cual da cuenta de la imposibilidad de evaluar a la Señora A. en tanto no cumplió con las citaciones pautadas, a excepción de la primera, y sin perjuicio de la cual señalaron “no hemos podido culminar con la labor encomendada, aunque es posible observar en esta primera entrevista la simplificación en el maltrato hacia sus hijos y una perspectiva paranoica de los hechos relatados”.

Asimismo, la DZ acompañó los informes positivos del Hospital Álvarez que dieron cuenta del cumplimiento y éxito de los tratamientos realizados (los cuales se sostienen en la actualidad) destacaron los profesionales tratantes, el cariño y buen vínculo entre D. y sus referentes.

Posteriormente, en función al trabajo realizado y toda vez que no se ha modificado la situación que dio origen al caso de autos, a fs. 99 la Defensoría Zonal sugiere la guarda de D. en los términos del art. 657 del CCyCN, por considerar que “el niño se encuentra con sus derechos garantizados con los referentes afectivos”. Agregan además que por “la inexistencia de referentes familiares que puedan asumir su cuidado en forma permanente y responsable, este Equipo Técnico de la Defensoría Zonal de la Comuna 7, considera pertinente que D. mantenga el alojamiento y



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

continúe bajo el cuidado de sus referentes afectivos, debiendo acordarse dicha situación en un marco jurídico adecuado, a fin de garantizar el derecho a la convivencia familiar y los derechos de los cuales es titular el niño, en función de su interés superior”.

Agrega también la importancia de que el Sr. M. se presentó junto a los referentes en la sede comunal, donde expresó ante el Equipo Técnico interviniente que formó una nueva familia y que se encuentra de acuerdo en que D. este bajo el cuidado de C. y R.

Refirió incluso tener buen vínculo, y desear mantener contacto con su hijo. Destacó a su vez, que el hecho de que D. no esté más con su hermano, había mejorado el vínculo y las posibilidades de relacionarse con el niño, dado que la intervención de D. generaba desacuerdos y hostilidades.

De esta manera, concluye el órgano comunal que “el niño se encuentra contenido y cuidado por el grupo familiar, encontrándose sus derechos garantizados estando a cargo de sus referentes afectivos, siendo el vínculo entre ellos amoroso y positivo para D. Por su parte, respecto a sus progenitores, estos no se encuentran en condiciones de asumir el cuidado del niño de manera permanente y responsable. Por ello, teniendo en cuenta el vínculo existente entre D. y los referentes afectivos (a quienes llamamamá y papá), este Equipo Técnico interviniente considera pertinente que D. debe mantener el alojamiento con ellos, con los cuales ha logrado por primera vez desde su corta historia de vida, un ambiente contenedor y de estabilidad emocional, donde se respeta su historia y el contacto con su familia biológica, debiéndose adecuar el marco jurídico que garantice su interés superior y le dé estabilidad y seguridad jurídica al vínculo formado”.

Así también la Sra. Defensora Pública Tutora expone que del recorrido realizado se pueden reconstruir los últimos 6 años de la vida de D. en donde su grupo familiar, entendido este como el encargado de su crianza, cuidado y contención, ha sido conformado por C. y R., referentes socioafectivos que aparecieron, inesperadamente, en la vida del niño y forjaron con él un lazo trascendental de tal magnitud que hoy, D., los ubica como su mamá y su papá (v. acta de audiencia art. 12 - fs. 115). Circunstancia que en definitiva se traduce en el sentido de pertenencia del niño y su deseo de incorporarse en la familia de sus referentes.

Por lo tanto, no reconocer el vínculo afectivo construido por D. y sus referentes durante todos estos años implica no solo excluir a la

socioafectividad como principio básico y elemental de su realidad familiar sino desoír la voluntad de aquel.

Como bien transcribe la magistrada “...en la práctica no siempre las circunstancias fácticas se presentan lineales respetando los tiempos y el marco dado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación y la ley 26.061, sino que existen circunstancias de hecho que son irregulares y que, por su condición de tal, obligan al juez interviniente a buscar soluciones creativas que respeten los principios estructurales en materia de niñez, consagrados a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. (...) Para brindar respuesta a estas situaciones irregulares que se encuentran en contradicción a las previsiones rígidas contenidas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación los jueces deben recurrir a los principios que imperan en materia de niñez y emprender un ejercicio hermenéutico que no puede ser ajeno a la noción de “socioafectividad”. El análisis transversal de dicho concepto, sumado al respeto de los derechos humanos básicos de todo NNA abocado a cada caso particular, es lo que permitirá brindar respuestas que se ajusten a cada situación.” (Vítola, Leandro R., Guarda, situaciones irregulares y socioafectividad, en Responsabilidad parental, Derecho y realidad, Dir. Grosman, Cecilia P., Coord. Videtta, Carolina A., ed. Rubinzal Culzoni, 2020, p. 451/452).

Es en virtud de todo lo expuesto, que la realidad concreta de D. se aparta del espíritu limitativo del art. 611 CCyCN y por ello debe contemplarse en su individualidad y buscar una solución jurídica a su caso particular.

Por dichos motivos y a fin de resguardar la dinámica familiar mediante un marco jurídico en favor de su representado, solicita se otorgue la guarda de D. V. M., a sus referentes A.-I. en los términos de los arts. 657 y 104 del CCyCN, por entender que es la solución que mejor atiende al interés superior de este (art. 3 CDN y art. 3 Ley 26061).

Con fecha 28/11/2022 dictamina la Defensora Publica de Menores e Incapaces adhiriendo a lo solicitado por la Defensora Publica Tutora por compartir los argumentos de hecho y derecho esgrimidos.

IV.- Con fecha 29/12/2022 dictamina el Sr. Fiscal entendiendo que se deberá receptar la articulación de inconstitucionalidad impetrada, fundando lo mismo en los fundamentos allí expuestos.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

V.- La Constitución Nacional, en su art 14 bis, reconoce la obligación estatal de garantizar una protección integral de la familia. Ello está en sintonía con el art 75, inc 23, CN en cuanto legisla y promueve acciones positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados internacionales de vigentes sobre derechos humanos.

La Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional conforme lo dispone el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, consagra el derecho de los niños a no ser separados de los padres contra su voluntad (arts. 8, 9 y 21). En igual sentido, el art 11 y 17 CADH, establece el derecho de todas las personas a la vida familiar.

Cuando se verifica la imposibilidad de permanencia en la familia de origen (art. 595 inc c) CCyC), garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la vida familiar, importa una actividad estatal subsidiaria una vez detectadas falencias en el despliegue de las responsabilidades de los progenitores. El art 10 de la Ley 26.061 reglamenta los derechos a la vida privada y a la intimidad en la vida familiar, estableciendo la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, a la par que designa dentro del derecho a la intimidad, el derecho a la identidad y de ser cuidados por los padres. Bajo este sistema (que se deriva de los arts. 3, 4, 5, 6 7.1, 8.1, 9 y 19 CDN), toda restricción impuesta por el Estado deberá ser ajustada a las reglas del debido proceso y ser ejercido en la porción más ínfima.

Sin embargo, particulares circunstancias excepcionales pueden conducir -tras fracasar todas las estrategias de refortalecimiento familiar y de re-estructuración de las funciones parentales (vía de naturaleza administrativo-jurisdiccional art. 39 y ss ley 26.061)- a modo de satisfacción del mejor interés del niño o niña, a desvincularlos cuando aparece manifiesto que la familia de origen no puede garantizar mínimamente el ejercicio de los derechos consagrados a favor de aquel y no existe otro recurso ni familia extensa que pueda recibirlo y atender en debida forma a la satisfacción de sus necesidades.

Sobre el particular cabe destacar una norma aclaratoria del Dec.415/2006 que establece: “Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien

circunstancias que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña o niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes..." (art 39, primer párrafo).

El Código Civil y Comercial incorpora expresamente el principio de constitucionalización del derecho privado, conforme se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto... " y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (...) existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (...) se sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella" (Fundamentos del Anteproyecto de CCyC elaborado por la Comisión creada por dec. 191/2011, integrada por los Dres. Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci y Lorenzetti.).

En el caso concreto, ante la inexistencia de familia de origen presente, con la cual pudiera o se hubiera podido contar y desarrollar, a pesar de los numerosos intentos con resultado negativo efectuados desde la intervención estatal mixta (defensoría zonal y juzgado); habiendo quedado acreditada la imposibilidad del restablecimiento de aquel vínculo, me veo en la necesidad de adoptar -en forma urgente- medidas especiales de protección de carácter permanente que faciliten una solución definitiva a la situación del niño, en atención a su interés superior, y en particular a su derecho de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

Por lo expuesto, dada la imposibilidad de la madre y el padre -evidenciada a lo largo de la vida del niño, de asumir el ejercicio de la responsabilidad parental con todo lo que ello implica y el tiempo transcurrido



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

desde que el niño se encuentra conviviendo con sus referentes afectivos, teniendo como norte el interés superior de este (art. 3 CDN) que consiste en garantizarle el pleno goce de sus derechos y encontrándose por demás configurados los presupuestos del art. 607 inc. c) del CCyC de abandono y desamparo material y moral de parte de la familia de origen, (en forma continua y manifiesta) no cabe más que hacer lugar a la petición formulada en autos, otorgando la guardia judicial a los referentes afectivos del niño, Sr. In. y Sra. A.

VI.- Ahora bien, para hacer lugar al pedido en cuestión corresponde previamente analizar la norma en cuestión.

En primer lugar, corresponde exponer que el concepto constitucional de familia supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado.

Debe seguirse el concepto amplio de familia, es decir: “Se entenderá por ‘familia o núcleo familiar’, ‘grupo familiar’, ‘grupo familiar de origen’, ‘medio familiar comunitario’, y ‘familia ampliada’, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección...” (art. 7 Dec. 415/06).

Todo ello configura un escenario que permite tutelar los derechos de D., acompañándolo con una justicia humana, más vital que ritual, realista, a fin de asegurarle la permanencia en esta familia que ha deseado y encontrado, que abrevando en el amor que recíprocamente sienten y se profesan, pretende ejercer el rol parental en plenitud y darle la contención y el abrigo que D. ya conoce desde que se ha incorporado a su vida, motivado esto nada más y nada menos que por el estrecho lazo afectivo que han desarrollado y nutrido con el niño respecto de lo cual se han expresado en mi presencia (conf. acta de fs. 115).

VII.- La Corte Suprema reafirmó la procedencia del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio por parte de todos los jueces y juezas que forman parte del Poder Judicial del Estado Constitucional de derecho argentino” (Gil Dominguez, Andrés, “El control de

constitucionalidad y de convencionalidad de oficio ¿una tensión difícil de superar? La Ley, 2010-B, 1302 y del mismo autor, La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio, La Ley 2010-E, 197) y conforme reconocimiento expreso que hiciera el Máximo Tribunal Regional, ha sido unas de las pioneras en Latinoamérica al acoger, ya en el año 2007, el deber paulatinamente cimentado por ella y en forma preponderantemente a partir de 2006, en torno al “control de convencionalidad” (Bazán, Víctor, “Control de Convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas, La Ley del 4 de abril de 2012”. Dichoreconocimiento también puede leerse en el párr. 30 del voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor en Caso “Cabrera García...”).

La solución que plantea el art. 611 del CCyCN resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el CCyCN. Lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica como claramente se dio en autos y por ello de adoptarse una postura, rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño. La postura que mejor responde a aquel principio rector es aquella que defiende y respeta el vínculo socioafectivo, es decir se debe resguardar la construcción de un vínculo de amor y confianza y la necesidad y el deseo de vivir “en familia” con esta pareja que lo alojó, lo que permitió que los considere como figuras parentales.-

El concepto constitucional de familia supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado. Asimismo, debe seguirse el concepto amplio de familia, es decir que podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección... ” (art. 7 Dec. 415/06).

Todo ello configura un escenario que permite tutelar los derechos de D., acompañándolo con una justicia efectiva que le asegure la permanencia en esta familia que ha deseado y encontrado.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

Por lo que, admitida en los términos expresados la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, por cuanto ha sido expuesto ut supra, a juicio del Suscripto la regulación estricta del art. 611 del CCyC es inconstitucional y anticonvencional, en este caso concreto, en cuanto no ampara esta situación de socioafectividad o identidad dinámica como nuevo paradigma de esta sociedad.

En este caso, el conflicto jurídico no fue motivado por una “entrega directa”, sino por circunstancias en las que el transcurso del tiempo durante las medidas de alojamiento alternativo excepcional, se convirtieron en fuertes vínculos afectivos. Es decir que se debe tener una mirada sistémica para resolver cuestiones como las de este supuesto. Mirada que, lejos de atenerse en la rigidez de las normas nos obliga a interpretarlas a la luz de la vertiginosa dinámica de los nuevos paradigmas de esta sociedad. Es de resaltar que la llegada de C. y R. a la vida de D., ha resultado una solución ante la carencia de la familia de origen, por lo cual puede entenderse como una bendición para el niño.-

Por ello, teniendo en consideración como lo establece en el articulado del Título Preliminar (arts 1 y 2) y los principios generales que rigen el sistema adoptivo (art. 595) del Código de fondo los que han sido conceptualizados como mandatos de optimización o directrices para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas, de no declararse la inconstitucionalidad del art 611 CCyC atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico -ya que en este caso configura una barrera que torna inaccesible para el niño y los referentes afectivos, el ejercicio de derechos de raigambre constitucional, cuya realización es deber de la jurisdicción garantizar- y habiendo encontrado el niño una relación genuina basada en el afecto y en la voluntad como únicos elementos de una realidad sociológica, ello resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la causa por parte de la jurisdicción, máxime cuanto las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial (art.75 incs.22 y 23 de la Constitución Nacional, arts. 1, 2 CADH).

En definitiva, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, habiendo analizado cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes (examen que

viene impuesto constitucionalmente) y que la interpretación de las cláusulas legales, tales como las contenidas en el Código Civil y Comercial, deben dejar suficiente espacio para que ello pueda ser efectivamente puesto en práctica, entiendo que, habiendo evaluado las consecuencias que ello trae aparejado para la vida del niño, tal como estaba transcurriendo en realidad, seleccionar a una nueva y todavía desconocida familia que lo adoptaría no sería el mejor modo de satisfacer las necesidades para la formación de su personalidad ya que la posibilidad de que se inserte en otra familia diferente a la de los peticionantes, instala el alto riesgo de colocarlo en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono. Por ende, resulta importante protegerlo de esta re victimización e impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores (todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f) de la ley 26.061, es potencialmente apto para inferir un trauma). De alguna manera, esto significa preservar los espacios vinculares donde el niño ha logrado conquistar su estabilización afectiva. Por tales consideraciones, antecedentes fácticos, normas, jurisprudencia y doctrina citadas, contando con la conformidad del Sr. Defensor Público Tutor y compartida por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y en la firme convicción que esta decisión comulga con la tutela judicial efectiva del niño y haciendo prevalecer sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, RESUELVO:

I) Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto, por cuanto no ampara y ni exceptúa de la prohibición, el vínculo existente basado en una genuina relación de socioafectividad, en la que se está forjando el derecho a la identidad del niño, en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior de conformidad con el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75 inc 22 de la Constitución Nación, el que aquí involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1 CDN), el derecho “a preservar su identidad (art.8.1 CDN), el derecho 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 del debido proceso adjetivo en el procedimiento de adopción (art. 21 CDN).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL 83

II) Otorgar la guarda judicial del niño M. V. D. por el plazo de 1 año conforme Artículo 657 del Código Civil y Comercial a los referentes afectivos del niño, Sra. C. E. A., DNI y Sr. R. L. I., DNI . Notifíquese y a los Ministerios Públicos en su público despacho.