

El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC

Por Alemán María del Carmen y Rosello Juan Ignacio

En el presente trataremos de plantear y encontrar respuestas o posibilidades de solución legal a los casos de personas que cuentan con un niño, niña o adolescente (en adelante NNA) bajo su custodia sin mediar entre ellos relación de parentesco ni situación jurídica que ampare ese vínculo, lo que normalmente se conoce como guarda de hecho o entrega directa de un NNA. La misma tiene por causa fuente un lazo de amistad, afecto, vecindad entre los progenitores y guardadores, o entre los guardadores y los menores, denominándose a estos terceros referentes afectivos. Dichas personas no se encuentran inscritas en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y concurren al órgano jurisdiccional solicitando su adopción, situación frecuente en la praxis judicial, y que dependiendo de la interpretación que del ordenamiento jurídico haga el Juez, encontrarán diversas respuestas, muchas de las cuales resultan ser contradictorias entre sí.

Damos por sentado que el interés superior del NNA, será, en todos los casos, el eje rector de la adopción, y que su posibilidad de desarrollar su vida en un entorno familiar, conforme se expresara en el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño¹, es la fundamentación principal de este instituto. A ello debemos sumar que los restantes principios generales de la adopción, establecidos en el art.595² CCyC son la guía imperante en la resolución de los conflictos planteados en torno a la adopción, sólo que el desarrollo de estos principios no será materia de este trabajo.

Algunos conceptos

Como primera medida y antes de adentrarnos en el análisis que el Código Civil y Comercial brinda a la situación planteada, creemos que corresponde dar una definición de Referente Afectivo y Guarda de Hecho o Entrega Directa.

1 "... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

2 El art. 595 reza: Principios generales: La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Con respecto a los primeros podemos decir que son aquellas personas estrechamente vinculadas a los NNA, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos, que necesariamente, deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del niño, encontrando dentro de los mismos a padrinos religiosos, docentes, familiares afines sin vínculo jurídico, los cuales en muchos casos, resultan ser tan o más idóneos que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda del menor.³

Con respecto a la Guarda de hecho o Entrega Directa la doctrina la ha definido como aquella “que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial. Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto.”⁴

Ahora que ya contamos con una aproximación de los conceptos en torno a los cuales girará el presente, podemos comenzar a desarrollar el tratamiento que a los mismos les brinda el CCyC, sus antecedentes y la situación actual que atraviesan.

Legislación actual

En el nuevo ordenamiento Civil y Comercial el proceso de adopción se compone de tres etapas bien definidas: 1) declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts.607 a 610); 2) la guarda con fines de adopción (arts. 611 a 614) y 3) la adopción propiamente dicha o juicio de adopción tal cual lo denomina el nuevo código (arts. 615 a 618). Estas etapas tienen asignado un procedimiento y propósito definido y resultan ser un camino necesario para culminar en la sentencia de adopción, siempre y cuando, no hubiera sido posible lograr que las necesidades afectivas y materiales del NNA, fueran satisfechas por su familia de origen, conforme la noción del art. 594 del CCyC.⁵

3 Conf. Daniel Luján. “Guarda a un Tercero” Publicado en: www.pensamientocivil.com 23/06/2016. ...compartir de donde sacamos el art.

4 Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo II, pag. 403.

5 Artículo 594. Concepto: La adopción es 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 éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

El art. 611 CCyC inaugura la segunda de las etapas mencionadas, prohibiendo las guardas de hecho o entregas directas en guarda de NNA, y correlativamente, habilita al juez para que en el caso que dicha regla sea transgredida, “separe al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador”, excepto que pueda comprobarse judicialmente que la elección de los progenitores se fundó en la existencia de un vínculo de parentesco entre estos y el o los pretendidos guardadores.

De modo concordante los arts. 600 inc. b y 634 inc. h CCyC respectivamente, disponen que pueden adoptar las personas que se encuentren inscritas en el registro de adoptantes y sanciona con la nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones sobre inscripción y aprobación de dicho registro.

Estos artículos eliminan la posibilidad de legalizar una guarda de hecho.

Pero cabe resaltar lo normado por art. 607 CCyC, que plantea los supuestos en que el Juez debe declarar la situación de adoptabilidad de un NNA, estableciendo que la misma no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del NNA ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido resulta adecuado al interés de este.

Corresponde aquí diferenciar dos situaciones respecto de las entregas directas o guardas de hecho, que a grandes rasgos se plantean en la práctica:

En primer lugar, entregas directas por medio de los progenitores o parientes en favor de terceros con los cuales existe un conocimiento o vínculo afectivo previo, o un vínculo creado entre el NNA sin progenitores y un tercero, en los cuales ya ha intervenido el factor tiempo, consolidando esos vínculos co-construidos por los referentes y los propios niños. Creemos que este supuesto, el basado en el referente afectivo, merece al menos la apreciación judicial a los fines de poder evaluar el interés superior del NNA, sin perjuicio del incumplimiento de los requisitos legales para la adopción.

En segundo lugar, las llamadas situaciones de chico puesto, ajenas a la afectividad y relacionadas con la cosificación del hijo, en donde, previo acuerdo entre los pretendidos guardadores y los padres biológicos, se conviene la entrega del niño. Jurisprudencialmente se ha remarcado que “...se rechaza la práctica conocida como “pacto de entrega directa” materializada fuera del ámbito institucional que reduce a los niños y niñas a la condición de objetos de transacción –onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo mas o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos fundamentales”.⁶ Toda guarda de hecho que se haya generado por entrega de dinero o bienes a los progenitores (tráfico) o que tenga como hecho generador un ilícito, debe quedar sin efecto y sostenemos que en estos casos la ley debe ser estricta

6 SCBA, c. 119702, del dictamen de la procuradora.

tanto en modo preventivo, haciendo saber que dicha guarda está prohibida, como sancionatorio respondiendo a ello que el NNA puede ser sacado de los guardadores, e incluso aplicando las penas respectivas a quienes intervinieron en la entrega.

Antecedentes normativos

En el anteproyecto de Código Civil y Comercial se había previsto como excepción a la prohibición de las guardas de hecho, la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo entre los progenitores y los guardadores, pero en la redacción final del CCyC, se suprimió el vínculo afectivo.

Se explica en los Fundamentos del Proyecto del Código que: “El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trata de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial del estado de adoptabilidad”.

Esta solución se pensó teniendo en cuenta que no todas las situaciones que dan origen a una guarda de hecho son iguales y por lo tanto correspondía al Juez analizar las particularidades del caso y comprobar judicialmente la existencia en un vínculo de parentesco pero también de afinidad y en su caso convalidar o no la entrega directa a esos terceros mencionados en la ley. Como expusieramos más arriba, no todos los casos de guarda de hecho esconden una situación de tráfico.

Las guardas de hecho fueron suprimidas del CCyC en el Senado de la Nación ya que consideraban que esta era la puerta de entrada para convalidar las llamadas guardas puestas, las cuales y como se hizo mención, podían esconder situaciones de vulnerabilidad de los progenitores, la captación de voluntad de los mismos, incluso situaciones de ilicitud, como aquellos casos en los que existe pago o contraprestación alguna por parte de los guardares a favor de la familia de origen y que la misma posibilitaría sustraerse del régimen legalmente impuesto para la elección de adoptantes como son la vía judicial y selección entre las personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción (ley 25.854) alentando el tráfico o comercialización de niños.⁷

⁷ En rigor de verdad, la entrega directa de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, como la entrega directa en guarda por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño, fue expresamente prohibida en nuestro país por la ley 24.779, que al efecto modificó el Código Civil en sus artículos 316 a 318. A su vez por ley 25.854 creo a nivel nacional el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, que termino de cerrar todos los caminos a la guarda de hecho.

Sin embargo, debemos resaltar, que nuestro CCyC se encuentra subordinado a la Constitución y a los tratados internacionales, especialmente en el caso, a la Convención de los Derechos del Niño, la que se encontraba receptada en el decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” donde estaba previsto el referente afectivo, por ello en su art. 7 definía: “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...”. Situación que también encontramos en el art. 16 de la Ley 14.528 de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires, sancionada en el año 2013, la cual fue dictada tomando como base el texto del proyecto de código unificado en su versión original y por la tanto establece como excepción a la guarda de hecho no solo la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los guardadores, sino también la relación afectiva previa.

Barreras legales que encuentra el referente afectivo

Conforme el marco legal establecido en el CCyC, este tercero carece de legitimación para iniciar una guarda preadoptiva del NNA. La situación de hecho preexistente entre el/la referente afectiva y el niño no encuentra posibilidad legal de ser encuadrada jurídicamente.

Con respecto a la decisión asumida por los legisladores creemos que la misma encierra una postura dogmática que parte de la presunción de mala fe. Expresa Medina que: “Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe, cuando en realidad y como todos sabemos la mala fe – en principio – no se presume.”⁸ Asimismo, creemos, que de presumirse la mala fe, no sólo debería serlo respecto de la mujer que entrega a su hijo, sino también de las terceras personas a las que se entrega el hijo.

Pero en esta inflexibilidad se deja de lado el interés superior del NNA, al no permitir evaluar al menos, cuales son las condiciones en que se encuentra y el beneficio o perjuicio de modificar su realidad familiar. Tan tajante pareciera la normativa legal, que frena cualquier posibilidad de evaluar en qué situación está el NNA y como ha afectado al vínculo el paso del

8 Medina, Graciela: “La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 06/08/2015,5.

tiempo.⁹ Para clarificar lo expuesto planteamos el hecho concreto: si una persona tiene bajo su guarda de hecho a un NNA, con el que ha convivido, afianzando un vínculo y quiere formalizarlo, recurre a un abogado con el fin de regularizar esa situación (incluso muchas veces requerida esa regularización por las instituciones escolares, las obras sociales, organismos de seguridad social, etc), cuando el letrado le informa que esa situación está prohibida, se encuentra fuera de la ley y que incluso el Juez está facultado para separarlo del NNA ¿Qué camino le queda a esa persona? ¿La ilegalidad? Y con ello, ¿Qué protección le estamos brindando a ese NNA?

Si en el ejemplo planteado el Juez, con apego a la Ley, resuelve separarlo del guardador, por el sólo hecho de resultar una entrega directa ¿Qué hace con el niño?, ¿lo institucionaliza? Está claro, que en el caso de existir parientes que quisieran hacerse cargo de dicho NNA, ya hubieran reclamado su guarda judicialmente, porque sí se encuentran legitimados legalmente.

Otra barrera legal que debe soslayar el guardador de hecho en la mayoría de los casos, es la falta de inscripción en el registro de pretensos adoptantes, requisito regulado por el art. 600 CCyC. Establecer como requisito que solo pueden adoptar las personas que se encuentran inscritas en los registros correspondientes implica desconocer la realidad cotidiana vivida en los estrados judiciales.

Tanto de la Corte Nacional como los Superiores Tribunales de Provincia, han relativizado el valor rígido o sacramental del Registro ante realidades de hecho consolidadas por el transcurso del tiempo y con el argumento de hacer prevalecer el interés superior del niño (art. 3 CDN). Tiene dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que: "El Registro Central de aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin."¹⁰

Esta doctrina "no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados;

9 Al respecto se ha dicho: " Los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del status quo de NNA provisoriamente separados de su familia. Sea a los fines de resolver la admisibilidad de pedidos de restitución efectuados por los progenitores, sea para decidir la eventual convalidación de situaciones de hecho consolidadas aun por fuera de los mecanismos legalmente impuestos para una futura adopción." Fernandez Silvia, El desafío al Tiempo en la adopción en www.infojus.gov.ar, del 2 de diciembre de 2014.

10 Conf. Ac. 73.814, sent. Del 27 -IX- 2000.

tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste, lo cual “orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias [...] incluyendo a esta Corte Suprema”¹¹ De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar a un niño.¹²

Conclusión

Con todo lo dicho, algo nos queda por resolver. Conforme lo expresáramos en el inicio, es este tercero, referente afectivo, el que jurídicamente carece de legitimación, el que se encuentra excluido del proceso de adopción, pero no es él el más importante: detrás de esa “falta de legitimación”, de las barreras legales, se encuentra un NNA, que aún sin haber sido escuchado, puede encontrarse, una vez más, en estado de desamparo.

Es el Juez, en todas las instancias, inscriptos o no en el registro, el que debe evaluar las condiciones de esa guarda con fines de adopción y de la adopción en sí misma, considerando que al rechazar in limine a una presentación de guarda de hecho, antepone al interés superior del niño, a la posibilidad de evaluar el vínculo afectivo generado, la letra fría de la ley, una presunción de mala fe, que como ya dijéramos, puede no haber existido. Muchos autores han asimilado la situación planteada a la tutela establecida en el art. 106 CCyC en donde pueden los padres nombrar tutor o tutores a sus hijos, quedando sujeta esta designación a la aprobación judicial. Será la revisión judicial la que evalúe incluso, la calidad de referente afectivo que invoque quien lo alega, la forma en que el NNA ha llegado a la guarda de ese tercero.

Ante el estado de desprotección o desamparo legal en el que, como vimos se encuentran los terceros no parientes, creemos que la solución más justa y que de respuesta al reclamo de dichas personas – que tal como dijimos párrafos arriba recurren al órgano jurisdiccional con el fin de regularizar su situación - es reformar el Código Civil y Comercial y volver a la redacción original del artículo 611, planteada en el Anteproyecto de CCyC.

Hasta tanto ello suceda y teniendo en cuenta las particularidades del caso en examen, consideramos que el Juez en función de encontrar una res-

11 “S., C. s/ adopción”, Fallos: 328:2870, 2881 y 2892

12 Conf. Ac. 84.418, Sent. Del 19 – VI – 2002.

puesta a situaciones de la vida cotidiana como la analizada, no debe limitar su función a aplicar sin más la ley, máxime si con dicho proceder se estaría vulnerando el Interés Superior del Niño.

Los artículos 1, 2 y 3 del CCyC fijan reglas para la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Se determina un orden jerárquico de fuentes a las cuales acudir, siendo la primera la ley que, a su vez debe subordinarse a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos.¹³

Estas reglas de interpretación constituyen un sistema de fuentes integral denominado “Sistema de Fuentes”, haciendo alusión a una interpretación de la norma vinculado con la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, leyes, jurisprudencia, usos y costumbres. Se produce así un cambio de paradigma, una nueva concepción del derecho, en la cual el Juez deja de ser un mero aplicador del derecho para convertirse en un creador de soluciones. En este sentido los Dres. Marisa Herrera y Gustavo Carmelo sostienen que: “Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio.”

Al respecto, cabe traer a colación, entre tantos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” en el que se sostuvo: “Que en diversas ocasiones posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almonacid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.”¹⁴

En base a todo ello consideramos que cuando el Juez este delante de un caso de entrega directa deberá indagar sobre la existencia de un vínculo afectivo entre progenitores y guardadores, sobre el desprendimiento materno y las condiciones en que el mismo se produjo. En el caso que compruebe

13 Como se expresara en los Fundamento del proyecto de CCyC: “Todos los tratados internacionales suscritos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

14 “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128”

que el desprendimiento de las funciones parentales a favor de un tercero tuvo como causa la existencia de un vínculo socioafectivo previo, que servirá de sustento para descartar la ilegalidad, y con miras de hacer efectivo el derecho a la vida familiar (consagrado en el art. 594 del CCyC y diversos tratados internacionales: Declaración Universal de los Derechos del Hombre art. 16 ; Convención Americana de Derechos Humanos Arts. 17 y 19; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.10 inc. 3 y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 23 y 24 entre otros) deberá declarar la inaplicabilidad del art. 611.

Cabe resaltar que en esta tarea investigativa – comprobación judicial –, con el objeto de verificar la existencia o no del vínculo afectivo, jugará un papel preponderante el factor tiempo. De no contar con plazos breves, el mero paso del tiempo, forjara vínculos que el Juez, con el fin de evitar eventuales daños que le causaría al niño una separación, termine convalidando guardas de hecho, aun ante la falta de vínculo afectivo, violación de las normas del registro de adopción y el pago de prestaciones a favor de la madre en el desprendimiento del hijo, situaciones éstas que la ley quiere evitar.

Ya ha mencionado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos (...) podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto”¹⁵.

Bibliografía

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). “L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay” En línea en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO (2015). En línea en: [http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CcyC_Comentado_Tomo_1%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CcyC_Comentado_Tomo_1%20(arts.%201%20a%20400).pdf). Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DANIEL L. (2016). “Guarda a un Tercero” En línea en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>

FERNANDEZ S. (2014). *El desafío al Tiempo en la adopción*. Revista de Derecho Privado. Año II. Número 6. http://www.sajj.gob.ar/doctrin-dacf140072-fernandez-desafio_al_tiempo_en.htm

15 Corte IDH, 1-7-2011, “L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay” considerando 16.