



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**“LA GUARDA EN LA ADOPCIÓN, SU
IMPORTANCIA Y PLAZOS. DIFERENCIACIÓN
ENTRE LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EL NUEVO
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”**

GAUNA VALENTINA ROCÍO

ABOGACÍA

2015

RESÚMEN

Considerada la adopción como aquella institución cuyo objeto es proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que procure los cuidados cuando no pueden ser proporcionados por su familia de origen, encontramos la importancia de la misma y la necesidad de adentrarnos en sus aspectos principales.

Dentro del mencionado instituto encontramos la guarda pre adoptiva vista como la ante sala de una futura relación paterno-filial, y la convivencia previa entre pretense adoptado y adoptante.

Este trabajo tiene como objeto introducirnos a la adopción, su regulación, examinar la situación de adoptabilidad y centrarnos principalmente en la guarda y sus plazos, realizando una comparación entre las distintas normativas.

En el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se regula y recepta la declaración de estado de adoptabilidad como un procedimiento con reglas propias y plazos determinados donde la familia y el menor tienen participación. Declarado el mismo el juez debe discernir inmediatamente sobre la guarda pre adoptiva, la cual no puede exceder los seis meses, disminuyendo de la legislación vigente que es de seis meses a un año. Cumplido el periodo de guarda el juez inicia el proceso de adopción ya sea de oficio, a pedido de parte o de autoridad administrativa.

Intentaremos explicar si las mencionadas modificaciones con su respectiva reducción de plazos aceleran el proceso de adopción.

ABSTRACT EN INGLÉS

Considered adoption as that institution whose purpose is to protect the rights of children and adolescents to live and develop in a family to seek care when they can not be provided by their family of origin, we find the importance of it and the need to delve into its main aspects.

Within the mentioned institute found the pre adoptive guardian seen as the front room of a future parent-child relationship, and previous cohabitation between me pretenso adopted and adopter.

This paper aims to introduce to the adoption, regulation, review the status of adoptability and focus mainly on the flyleaf and deadlines, making a comparison between the different regulations.

In the New Civil Code and Commercial Procedure regulates and recepta statement adoptable as a process with its own rules and deadlines set where family and child have participation. Declared himself the judge must discern immediately upon pre foster care, which can not exceed six months, down from the current legislation that is six months to a year. Fulfilled the guard period the judge begins the process of adopting their own initiative, at the request of a party or administrative authority.

We will try to explain whether such modifications to their respective time reduction accelerate the adoption process.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	8
OBJETIVOS.....	9
MARCO METODOLÓGICO.....	10
CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES	
1. Adopción. Concepto. Clases.....	13
2. Regulación Legal. Antecedentes.....	15
3. Requisitos. Enunciación en Código Civil.....	17
CAPÍTULO 2: SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD	
1. Declaración de situación de estado de adoptabilidad.	19
2. Regulación legal. Sujetos intervinientes.....	23
3. Importancia.....	25
CAPÍTULO 3: GUARDA Y PLAZOS	
1. Guarda. Concepto. Caracteres.....	27
2. Guarda de hecho.....	28
3. Guarda con fines de adopción.....	29
4. Requisitos para otorgamiento de guarda pre adoptiva.....	31

5. Excepciones a la guarda judicial previa.....	35
6. Plazos de guarda.....	36
7. Extinción de la guarda.....	38
8. Comienzo del juicio de adopción.....	39

CAPÍTULO 4: DISTINTAS NORMATIVAS

1. Leyes de adopción.....	41
2. Proyecto de reforma de código civil.....	41
3. Comparación entre las distintas normativas respecto de los plazos de guarda.....	43

CONCLUSIONES.....	47
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	50
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

El tema de investigación que abordaremos hace referencia a la guarda pre adoptiva y los respectivos plazos en el proceso de adopción.

La adopción es un instituto relativamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, incorporado en el año 1948 mediante la ley 13.252. El mismo ha ido actualizándose a través de las distintas normativas como lo son las leyes 19.134 y 24.779 actualmente vigente.

En nuestro país actualmente la ley de Adopción se encuentra inmersa en el Código Civil. En el año 2012 surge un proyecto de Reforma del mismo (hoy el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación), en el cual se modificaría la guarda y sus plazos.

Vista 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 procure los cuidados cuando no pueden ser proporcionados por su familia de origen¹, entendemos la importancia de la misma y conveniencia de adentrarnos en sus aspectos principales.

Dentro del gran instituto mencionado at supra encontramos la guarda pre adoptiva, o convivencia previa entre pretense adoptante y adoptado, vista como la antesala de una futura y eventual relación paterno-filial, la cual también se ha ido reformando y acortando sus plazos. Es acá donde más podemos situar la relevancia actual y social del tema.

Más relevancia toma el tema cuando comenzamos a abordar los plazos, ya que estos suelen demorar el proceso.

En la legislación actual y vigente no está regulada dentro del proceso la declaración de situación de adoptabilidad, la misma en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación si está regulada y acortaría bastante tiempo.

¹ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 594

Si nos centramos en los plazos de guarda estos han ido variando con las diferentes normativas, actualmente el plazo es de 6 meses a 1 año la guarda pre adoptiva, en el Nuevo Código dicho plazo se reduciría a 6 meses agilizando así dicho proceso.

Reflejar las diferencias entre el actual Código Civil y el Nuevo Código Civil y Comercial en cuanto plazos y tiempo de guarda tiene por objeto otorgar rapidez, agilidad y beneficios tanto para el adoptado como los adoptantes.

A través del presente se pretende proponer mejoras en dicho proceso.

Se intentara explicar si *"la reducción de los plazos contribuye a acelerar el proceso de adopción"*

El Trabajo Final de Graduación se compondrá de distintos capítulos: en el primer capítulo se expondrá los aspectos generales correspondientes a Adopción tales como su concepto, regulación legal, antecedentes, requisitos, con la finalidad de introducir el tema. En el capítulo 2 mencionaremos la declaración de situación de adoptabilidad, su regulación legal e importancia. Una vez precisados los anteriores conceptos en los capítulos 3 nos centraremos en la guarda, sus plazos. En el capítulo 4 analizaremos las distintas normativas referidas al tema planteado, realizando una comparación respecto a los plazos de guarda. Con todo lo desarrollado llevaremos a cabo la conclusión del mismo.

PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación es el siguiente: ¿Tienen la misma importancia los plazos en la adopción, particularmente en la guarda, en el actual y vigente Código Civil y en el Nuevo Código Civil y Comercial?

Dentro de este gran instituto encontramos la guarda con fines de adopción como ya lo mencionamos. Cumplido este proceso obligatorio se da inicio al juicio de adopción para de esta forma hacerla efectiva.

A raíz de las falencias que encontramos en el Código Civil actualmente vigente con respecto a la adopción surge el Nuevo Código Civil y Comercial que vendría a modificar aspectos importantes del mismo como darle una normativa a la declaración de la situación de adoptabilidad y también la reducción de los plazos de guarda, haciéndolo más sencillo, en tanto tiende a seleccionar al o los pretendientes adoptantes y lograr su vinculación con el niño.

El objeto de la presente investigación consiste en reflejar las diferencias entre la legislación actual vigente y el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto a los plazos y tiempo de guarda, otorgando así rapidez, agilidad y beneficios tanto para el adoptado como los adoptantes.

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

Objetivo General:

- Identificar la importancia de los plazos en la adopción, particularmente en la guarda y su comparación en distintas normativas.

Objetivos Específicos:

- Describir el régimen legal de la adopción.
- Analizar la importancia de la declaración de situación de adoptabilidad.
- Analizar la guarda y sus plazos.
- Distinguir los requisitos para otorgar la guarda, diferenciando guarda de hecho de guarda pre adoptiva.
- Comparar las distintas normativas acerca de la guarda reflejando las diferencias

MARCO METODOLÓGICO

Para realizar el presente trabajo se ha utilizado un marco metodológico. Se explicara el tipo de investigación, las técnicas y procedimientos que se pretenden utilizar.

La metodología “describe, valora y, en cierto modo, prescribe un conjunto de reglas, procedimientos y criterios que el investigador debe considerar para construir y validar conocimientos científicos” (Yuni y Urbano, 2006, p. 10).

Dentro de esta metodología encontramos el tipo de estudio que es la finalidad a la que apunta la investigación, en este caso será descriptivo ya que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos” (Yuni y Urbano, 2006, p. 80). Pretendemos describir el instituto de la adopción, sus requisitos y especialmente el tema de los plazos, la guarda y su comparación entre las distintas normativas. A su vez también es exploratorio “el objetivo es explorar un fenómeno sobre el cual no se conoce demasiado. En estos estudios no están identificadas las variables relacionadas con ese fenómeno. Sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos y para obtener información acerca de la posibilidad de realizar una investigación más completa” (Yuni y Urbano, 2006, p. 79 y 80). Una vez descrito el tema se abordara desde una postura exploratoria, para determinar así por ejemplo, que cambios sería conveniente realizar. Más allá que no es un tema novedoso (la adopción) ya que hay antecedentes, no hay consenso en la doctrina y jurisprudencia respecto a determinados temas tales como la flexibilización de algunos requisitos de guarda, el acotamiento de los plazos, etc.

También utilizaremos una estrategia o método metodológico, el mismo será el cualitativo que “utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2010, p. 7). “Se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los

datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos” (Hernández Sampieri et al., 2010, p. 7). “Se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni completamente predeterminados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico” (Hernández Sampieri et al., 2010, p.9). Con el método mencionado analizaremos las características de la adopción, centrándonos en sus plazos y guarda. Explorando doctrina y jurisprudencia referida al tema en cuestión. Describiendo y comparando las distintas normativas.

Las fuentes principales a utilizar, es decir, “aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad” (Yuni y Urbano, 2006, p. 85), serán: fuentes primarias, “los autores informan directamente de los resultados de sus estudios, a través de libros, artículos en revistas especializadas, monografías, e incluso tesis. Estas fuentes son de interés para el investigador ya que cuando se detecta un autor que haya trabajado el tema, es posible rastrear otros trabajos de él, e incluso entablar comunicación” (Yuni y Urbano, 2006, p. 85), con ellas analizaremos jurisprudencia de adopción principalmente sobre guarda. También se citaran y evaluarán las leyes 13.252, 19.134, 24.779 y su comparación con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y fuentes secundarias “Someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias”. (Yuni y Urbano, 2006, p.85) con las cuales se analizarán las fuentes doctrinarias, describiendo distintas posturas sobre plazos, guarda, fundamentos sobre el Nuevo Código Civil. También se observarán artículos en revistas especializadas y ponencias en Congresos sobre Adopción.

Los datos para la elaboración del presente trabajo surgirán de la observación de datos y documentos, ya que analizaremos los documentos y datos obtenidos a partir de las fuentes primarias (legislación, fallos, proyecto de reforma) y secundarias (libros, artículos de revistas, ponencias en congresos entre otros).

Se observará como se recepta en la legislación la adopción, sus plazos y guarda. Las distintas posturas doctrinarias y jurisprudencia, respecto a plazos y marcando cierta flexibilización en algunos requisitos de la guarda.

Por último de acuerdo a la delimitación temporal el tema que se investiga no data de antigua procedencia, ya que la adopción es un instituto relativamente nuevo en nuestro ordenamiento, incorporado en el año 1948 mediante Ley 13.252.

El mismo ha sido modificado con las distintas normativas, en las cuales se ha ido actualizando y entre otros disminuyendo los plazos de guarda. En 2012 surge un Proyecto de Reforma de Código Civil (hoy Nuevo Código Civil y Comercial) que vendría a modificar varios aspectos de la adopción entre ellos los que analizaremos como los plazos y la guarda. Realizando una comparación con la actual legislación.

Actualmente alguna doctrina y jurisprudencia tienen a flexibilizar ciertos requisitos de la guarda los cuales también serán analizados.

En cuanto a los niveles jurídicos de análisis, la presente investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia del ámbito nacional, y provincial.

CAPÍTULO 1: ASPECTOS GENERALES

1.1 Adopción. Concepto. Clases

Según la Real Academia Española el término adopción es la acción de adoptar, que significa en nuestra materia “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”

Ferrer, Medina y Méndez Costa (2004) sostienen que la palabra adopción puede utilizarse en tres sentidos: en primer sentido como *acto jurídico* que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad y filiación biológica; en segundo sentido es el *estado* de filiación adoptiva que para las partes deriva de este acto; y finalmente en un tercer sentido es un *proceso*, entendiéndose por tal un conjunto de actos procesales que tiene por fin el dictado de una sentencia de adopción.

También la podemos conocer como aquella institución que tiene por finalidad dar progenitores al menor de edad que carece de ellos o que teniéndolos no le brindan la atención, cuidados o protección que requiere (Bossert y Zannoni, 2004) o en virtud de la cual se crea el vínculo legal de familia (Yungano, 2001).

Otro autor la denomina como la institución fundada en un acto de voluntad del adoptante en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima pero no idéntica (Borda, 1993).

Belluscio (2004) la define como un acto jurídico familiar-procesal unilateral que tiene por fin inmediato la constitución de un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no tiene efectos sino por sentencia judicial. Es bilateral solo en el supuesto de adopción de un mayor de edad.

Para Álvarez (2012) es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza. Principalmente tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizar el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando no le puedan ser proporcionados por su familia de origen.

Fanzolato (1998) la define como una institución del derecho de familia en virtud de la cual y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar del que surge de la filiación consanguínea.

Para el Nuevo Código Civil y Comercial 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”²

La adopción solo puede otorgarse mediante sentencia judicial.

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos clases de adopción:

- Plena: Es irrevocable. Confiere una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.³

Es decir sustituye a la filiación natural, el adoptado corta lazos con su familia de sangre, cesa el parentesco y los efectos jurídicos salvo los impedimentos matrimoniales. A su vez crea un vínculo no solo entre adoptante y adoptado sino también entre éste y la familia del adoptante (Yungano, 2001).

Esta adopción solo puede otorgarse con respecto a los menores:

- a) Huérfanos de padre y madre;
- b) Que no tengan filiación acreditada;
- c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial;

² Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 594

³ Código Civil vigente de la República Argentina, Artículo 323

- d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad;
- e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.⁴

- Simple: Confiere al adoptado la posición del hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante.⁵

En esta clase de adopción no se extingue por completo el parentesco del adoptado con su familia de biológica, no crea un vínculo entre éste y la familia biológica del adoptante y puede revocarse.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que corresponde otorgar la adopción simple:

- a) Cuando sea otorgada la adopción del hijo extramatrimonial del cónyuge;
- b) Cuando existan hermanos;
- c) Cuando sea conveniente para el interés superior del menor de preservar los lazos de origen (Ferrer et al. 2004).

Cierta jurisprudencia opina que serán las circunstancias de cada caso las que determinen si el vínculo debe ser pleno o simple. No existe una regla preestablecida e inmutable sobre cuál de estas relaciones debe prevalecer sobre la otra, por lo tanto en ocasiones prevalecerá la relación genética con otras personas y la adopción será simple y en otras deberá prevalecer la relación filiatoria adoptiva y la adopción será plena.⁶

1.2 Regulación Legal. Antecedentes

Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil no incluye la adopción porque no era utilizada y además pensaba que no es conveniente introducir a la familia a quien no pertenece a ella por naturaleza, sugería que la beneficencia debía realizarse por otras vías (Borda, 1993).

⁴ Código Civil vigente de la República Argentina, Artículo 325

⁵ Código Civil vigente de la República Argentina, Artículo 329

⁶ Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, M.R.I. y otra s/adopción 06/08/2009

Con el paso del tiempo surge la necesidad de implantar el mencionado instituto, el cual fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en 1948 mediante la ley 13.252.

La nueva ley solo reguló como adopción lo que hoy denominaríamos adopción simple. Así lo expresa el artículo 12 de la misma “El parentesco que crea la adopción se limitará al adoptante y al adoptado, quien será considerado como hijo legítimo. El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación.”⁷ A su vez en el artículo 14 menciona “Los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad que se transfieren al padre adoptivo”.⁸ La adopción era revocable.⁹

En 1971 se dicta la ley 19.134 que modifica la Ley de Adopción de menores, la cual incorpora la adopción plena en su artículo 14 que expresa “La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo”¹⁰ Y establece que la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo legítimo; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en esta ley.¹¹

Debido a algunas falencias de la nueva normativa en 1997 se sanciona la ley 24.779 la cual introduce la adopción al Código Civil siendo la vigente en la actualidad. Entre las modificaciones que realiza, se disminuye la edad para adoptar de 35 años a 30, en cuanto a la guarda reduce los plazos y establece requisitos para otorgarla tema sobre el que hablaremos más adelante.

⁷ Ley 13.252, Ley de Adopción de Menores, Artículo 12.

⁸ Ley 13.252, Ley de Adopción de Menores, Artículo 14

⁹ Ley 13.252, Ley de Adopción de Menores, Artículo 18

¹⁰ Ley 19.134, Ley de Adopción de Menores, Artículo 14

¹¹ Ley 19.134, Ley de Adopción de Menores, Artículo 20

1.3 Requisitos. Enunciación en Código Civil

Los requisitos de la adopción los encontramos en varios artículos del Código Civil:

- Que el adoptado sea menor de edad, y si es mayor de edad o menor emancipado puede otorgarse con previo consentimiento cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante o cuando exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.¹²

La minoría de edad es el requisito general que nuestra legislación exige. Se debe ser menor al momento en que se otorgue la guarda judicial, salvo la adopción del hijo del cónyuge (Ferrer et al. 2004).

La adopción del hijo del cónyuge se da cuando una persona contrae matrimonio con otra que tiene un hijo, por lo cual se establece entre éste y el cónyuge de su progenitor una relación familiar que sustituye el vínculo natural (Ferrer et al. 2004).

- Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.¹³
- El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado.¹⁴
Este requisito protege la esencia misma de la adopción, la patria potestad encuentra en esta diferencia la posibilidad de ejercerse con madurez afectiva y humana (Bossert y Zannoni, 2004)
- Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.¹⁵

En las adopciones múltiples se debe tener mayor cautela en cuanto a las aptitudes, condiciones y medios de vida de él o los adoptantes para asumir la responsabilidad que conlleva. Pero trae aparejado la posibilidad de adoptar hermanos biológicos evitando la separación de hermanos (Ferrer et al. 2004).

¹² Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 311

¹³ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 312

¹⁴ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 312

¹⁵ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 313

- Tener residencia en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.¹⁶
- Haber cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aun por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos.¹⁷
- No podrán adoptar los ascendentes a sus descendientes; ni un hermano a sus hermanos o medio hermanos.¹⁸

En estos casos ya existen lazos filiales y fraternos, no es necesario dicho instituto ya que pueden acceder a la tutela (Bossert y Zannoni, 2004)

- El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año.¹⁹
- Estar inscriptos los futuros adoptantes Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.²⁰

¹⁶ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 315

¹⁷ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 315

¹⁸ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 315

¹⁹ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 316

²⁰ Ley 25854, Guarda con fines adoptivos.

CAPÍTULO 2: SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

2.1 Declaración de situación de estado de adoptabilidad.

La declaración de adoptabilidad se la puede definir como la etapa previa al juicio de guarda o adopción, no ha sido muy desarrollada por la doctrina especializada sino que se la trata como subsumida al abordar la cuestión del abandono (Feldmann 2010).

Cierta jurisprudencia la define como el modo a través el cual se establece la situación en que se encuentra un niño para ser adoptable. Se escucha a los padres biológicos y se entrega en guarda.²¹

Tiene como antecedente el problema que se origina en la familia de origen que entra en conflicto con el niño, porque no desea cuidarlo o lo somete a malos tratos vulnerando sus derechos (Feldmann 2010).

Ante estas situaciones el Estado debe intervenir. La Convención sobre Derechos del Niño en su artículo 3 incisos 1 y 2 menciona “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores, u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”²²

Cuando el juez considera que hay situaciones de vulnerabilidad, de riesgo, en la que se encuentra un niño con su familia biológica, después de agotadas todas las instancias de contención con la ayuda de instituciones que colaboran con el juez, se toma como medida de protección la separación del niño de su ámbito familiar y su alojamiento en instituciones especiales. Para llegar a esta decisión se quiere de un largo estudio en el que participan psicólogos, psiquiatras, médicos y trabajadores sociales. En un primer momento se le brinda ayuda a la familia para que pueda

²¹ Quinto Juzgado de Menores de Menores de Mendoza, “N.N (hijo de S.N.M.) por su situación” 18/11/1996

²² Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3

recuperar su función, se le brinda un tiempo prudencial para ver si se producen cambios.

En muchos casos la familia reacciona positivamente pero en otros casos estas medidas fracasan y es necesario separar al niño de su familia. A partir de esto la familia deberán movilizarse para modificar dicha situación, esto se traduce en tratamientos psicológicos, visita a los niños alojados en establecimientos especiales. Se evaluará también la reacción de los niños ante la visita de sus padres.

Hay familias que no se movilizan y el niño permanece institucionalizado, imponiéndose a favor del menor una medida judicial que es la declaración de adoptabilidad. Debe garantizarse el efectivo derecho de defensa de los progenitores, incluso citar a los demás familiares que ostenten un interés legítimo (Díaz, 2009).

El artículo 9 inciso 1 del instrumento citado at supra expresa “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”²³

Se trata siempre que el niño permanezca en su familia de origen, cuando esto ya no es posible recién se toman otras medidas.

La ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes cuyo objeto es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.²⁴ En su artículo 33 nos expresa las medidas de protección de derechos “Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o

²³ Convención sobre Derechos del Niño, artículo 9

²⁴ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 1

adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños o adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos ni su institucionalización”²⁵

Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias²⁶. Las mismas son:

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica.²⁷

De las mencionadas medidas se aplicarán prioritariamente aquellas que tiendan al fortalecimiento de vínculos familiares. Cuando estas se hubieren cumplimentado

²⁵ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 33

²⁶ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 34

²⁷ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 37

podrán implementarse las medidas excepcionales, es decir, “aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.”²⁸

Se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;
- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

²⁸ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 39

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.²⁹

Todo este proceso debe realizarse dentro de un plazo razonablemente adecuado.

El tiempo es un factor crucial en la adopción y también en las medidas de protección. Si están dirigidas a poner fin a situaciones de vulneración de derechos por lo que implican la permanencia en una familia alternativa o la institucionalización, deben dictarse a la brevedad (Fernández, 2009).

2.2. Regulación Legal. Sujetos intervinientes.

El mencionado proceso es utilizado pero no está reglamentado en el actual Código Civil que contempla la Ley de Adopción.

El Nuevo Código Civil y Comercial lo establece, asignándole plazos determinados. En su artículo 607 establece: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

- 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 TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;
- b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento;
- c) 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 CIENTO OCHENTA (180) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de

²⁹ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes , artículo 41

adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.”³⁰

En cuanto a los sujetos intervinientes el artículo 608 del mismo Código expresa: “El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención:

- a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.”³¹

Respecto a las Reglas del Procedimiento se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas:

- a) tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales;
- b) es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita;
- c) la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.”³²

³⁰ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 607

³¹ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 608

³² Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 609

El artículo 610 nos termina mencionando. La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

Como vemos se lo establece como un proceso con reglas propias.

2.3 Importancia

Para la jurisprudencia anteriormente citada es importante declarar judicialmente el estado de adoptabilidad, para dar seguridad jurídica y estabilidad al niño y a la familia que lo recibe.³³

En otro caso, la jurisprudencia expresó que el niño merece una familia (aunque no sea biológica), debe crecer al amparo y con el amor de padres, que bien, por el instituto de la adopción, pueden suplantar a los que no tiene. Para ello es necesario declarar su abandono, privación de patria potestad y estado de adoptabilidad, lo que habilita a la entrega en guarda, respetando así sus derechos y su interés superior.³⁴

Fundamentándose en los Principios 2 y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra 1959 que expresan:

“Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”³⁵

“Principio 6: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de

³³ Quinto Juzgado de Menores de Menores de Mendoza, “N.N (hijo de S.N.M.) por su situación” 18/11/1996

³⁴ Quinto Juzgado de Menores de Menores de Mendoza, “J. por su situación” 22/11/1996

³⁵ Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra 1959, Principio 2

corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.”³⁶

También se ha tenido en cuenta el artículo 20 de la Convención sobre Derechos del Niño que en su inciso 1 menciona: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” y en el inciso 3 “Entre estos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”³⁷

Frente a la comprobación de la vulneración de derechos de un niño el estado debe propender a buscar una solución en al ámbito familiar ofreciendo ayuda económica, habitacional, con apoyo de la crianza de un menor. Es debida la intervención del estado en pos de procurar la unidad familiar y la continuidad de los niños con sus progenitores o en su caso con la familia ampliada biológica, pero esta actividad tiene un límite y este está representado por el interés superior del niño. De este modo al no verificarse mejorías en plazos razonables, la decisión debe inclinarse por declarar el estado de abandono y adoptabilidad, para garantizar el derecho a la vida y mejor desarrollo en una familia alternativa que pueda responder a sus necesidades, primero afectivas luego de educación, cuidados y desarrollo.³⁸

Jáuregui (2003) planteaba la conveniencia de modificar el Código Civil receptando la Declaración de Estado de Adoptabilidad, asegurando la intervención de los padres biológicos, el asesor de menores, tramitarse mediante un proceso breve con plazos específicos, teniendo en cuenta el derecho comparado entre ellos las legislaciones de Chile, España, Italia, Bolivia que la receptan.

³⁶ Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra 1959, Principio 6

³⁷ Convención sobre Derechos del Niño, artículo 20

³⁸ Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “R., A. B. y otro s/ medidas proteccionales”, 26/09/2013

CAPÍTULO 3: GUARDA Y PLAZOS

3.1. Guarda. Concepto. Caracteres.

Jurídicamente la palabra guarda tiene tres significados diferentes. En primer sentido, “guarda” es el acto jurídico por el cual se le entrega la custodia de un niño a una persona; en un segundo, es el estado que para las partes deriva de ese acto; finalmente, puede entenderse como un proceso. Como acto o fuente de obligaciones hablaríamos de la “entrega en guarda” o la “dación de guarda”, la “forma de la guarda”; como estado o situación jurídica en que se encuentran las partes se hablaría de “duración de la guarda”, del “plazo de la guarda” y finalmente como proceso es el “procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda” (Medina, 1998).

La guarda de menores puede ser clasificada desde distintos puntos:

- Según su finalidad: guarda simple como instrumento proteccional indicado en el caso de menores en situación de abandono o en peligro. Su propósito es proporcionarle al menor una familia sustituta que le brinde asistencia y amparo. Esta guarda simple puede ser practicada de hecho unilateralmente cuando se acoge a un niño abandonado, de hecho bilateralmente cuando el menor es entregado en guarda por su padre o judicial cuando se busca proteger a la niñez abandonada.
- Según la forma de otorgamiento:

Guarda administrativa: quien la delega es el órgano técnico-administrativo que integra el patronato de menores.

Guarda notarial: los progenitores otorgan la guarda de un hijo a un tercero mediante escritura pública.

Guarda judicial: la delegación corresponde al juez, actuando como órgano jurisdiccional, quien considerará el interés del menor, resguardará el derecho de defensa de los progenitores biológicos y analizará la idoneidad del guardador. Esta guarda puede ser simple o cautelar y pre adoptiva.

En nuestro ordenamiento las guardas administrativa y notarial se encuentran prohibidas siendo la judicial la única guarda legítima (Medina, 1998).

3.2 Guarda de hecho

La guarda de hecho tiene como elemento característico el hecho de que se constituye sin ningún tipo de formalidad y sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial. Puede ser unilateral o bilateral:

- Unilateral: cuando una persona, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejercita respecto de ellos algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses.
- Bilateral: cuando los progenitores consienten extrajudicialmente en que un tercero ejerza alguna de las funciones que son propias de la patria potestad (Medina, 1998)

Según la legislación puede tener validez para categorizar la posesión de estado de hijo que legitima al guardador para solicitar al juez el otorgamiento de la guarda judicial y su posterior adopción, no tiene consecuencias jurídicas, el niño no tiene estado de hijo, su tenedor no es guardador estando habilitado para solicitar si adopción previo otorgamiento judicial de la guarda. El guardador de hecho carece de las facultades que implica tener la guarda, lo progenitores pueden pedir el reintegro del niño y el guardador no tiene derecho a reclamar judicialmente (Medina, 1998).

3.3 Guarda con fines de Adopción

La guarda con fines de adopción implicaría un compromiso de los futuros padres a ejercer la patria potestad sobre el niño que se otorgará en adopción. Asumen los deberes de la misma, pero no ejercen todos los derechos, ya que no son los representantes legales necesarios para todos los actos del niño que tienen en guarda como si lo son los padres o los tutores (Medina, 1998).

Su naturaleza jurídica difiere según nos refiramos a la guarda como acto, como estado o como proceso. Como acto es el acto voluntario lícito, familiar-procesal que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. En algunos casos este acto es bilateral (cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en guarda de hecho), en otros unilateral (cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en guarda de hecho) o complejo (cuando un funcionario judicial legaliza el acto de guarda, ya sea guarda simple o judicial). Como acto complejo requiere de la voluntad del guardador, el consentimiento de los padres biológicos, el estado de abandono o privación de la patria potestad y la intervención del órgano jurisdiccional.

La guarda como estado es un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos deben someterse como consecuencia del acto jurídico de guarda. Y como proceso es el conjunto de actos procesales útiles tendientes al otorgamiento de la guarda (Medina, 1998).

Es el medio más eficaz para proteger a la niñez indefensa, desvalida, desamparada o en peligro de estarlo. Es la forma legítima de proporcionarle al niño un ambiente familiar para desarrollar su personalidad. El plazo de guarda está previsto para demostrar la idoneidad de los guardadores; a través del juicio de guarda se determina el estado de adoptabilidad del niño y se hace el seguimiento de esta nueva familia para que antes de emplazarlos en esta nueva filiación se verifique si los adoptantes tienen condiciones para ejercer la patria potestad sobre ese niño. El fin de este proceso de guarda es tutelar (Medina, 1998)

Podemos considerar que esta guarda tiene por objeto por un lado introducir al niño en una familia, para su contención y cuidado que le permitan lograr un desarrollo

de su personalidad; por otro lado es también su objeto que cuando al niño se le dé una nueva filiación, un nuevo estado familiar, tenga la seguridad y la certeza de que será un estado inmodificable. Desde el punto de vista del guardador que asuman los derechos y deberes de la patria potestad y obligarse, vencido el plazo de guarda que realicen el juicio de adopción.

Sus objetivos serían la integración familiar para los niños en situación de desprotección, resguardar los derechos garantías del niño y de sus progenitores y otorgar a los pretensos adoptantes seguridad para acceder a un hijo sin riesgos futuros (Medina, 1998).

Su finalidad es facilitar y desarrollar la relación paterno filial. Es un período de prueba y reflexión de quienes intentan adoptar, sirve tanto para los adoptantes como para las autoridades que deben expedirse sobre la conveniencia o no de la adopción. A su vez, así como la gestación biológica impone un lapso de tiempo para la preparación para la paternidad, la guarda sustituiría aquella preparación natural, transformándose en una espiritual, permitiendo consolidar la voluntad adoptiva (Fanzolato, 1998)

Vista la guarda pre adoptiva como un conjunto de derechos y deberes conferidos por los jueces, o ejercida de hecho para el desarrollo, educación e inserción social de un menor, surgen como caracteres:

- Derivada: no se origina en la patria potestad ya que no responde a quienes por naturaleza deberían ejercerla.
- Funcional: genera derechos y deberes
- Atribuida judicialmente: requiere su otorgamiento judicial.
- Tutelar: protección frente a un menor abandonado o en peligro.
- Intransmisible: no puede ser delegada a otras personas.
- Fuera del comercio: no puede ser objeto de transacciones (Medina, 1998).

3.4 Requisitos para otorgamiento de la guarda pre adoptiva

El artículo 317 del Código Civil establece los requisitos para otorgar la guarda:

a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.

No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

b) Tomar conocimiento personal del adoptando.

c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad.³⁹

Analizando cada uno de ellos:

1- El inciso a) nos expresa:

- “Citar a los progenitores del menor a fin de que presten consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación”

Algunos autores expresan que el requisito es la citación previa y no el consentimiento ya que si los padres no se presentan no hay consentimiento y sin embargo el juez

³⁹ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 317.

otorgará la adopción ya que la falta de comparecencia de los padres debe interpretarse como la aceptación de la entrega del niño en guarda (Ferrer et al. 2004). La citación se impone como imperativo legal oírlos a fin que pongan en conocimiento de juez o tribunal las causas de su desvinculación del hijo, que el magistrado pueda disponer otras medidas que no impliquen desvincularlo de su familia biológica (Bossert y Zannoni, 2004).

Respecto al plazo de sesenta días posteriores al nacimiento respondería únicamente a un tiempo máximo que se considera prudente para amparar a la madre biológica que pueda haber actuado bajo influencia del estado puerperal. Si el niño es entregado con posterioridad a los sesenta días del nacimiento, el juez podría citar a los progenitores inmediatamente de iniciada la petición de guarda. (Medina, 1998).

- “No será necesario el consentimiento”
 - “cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año”

Estos menores al estar sujetos al Patronato del Estado ejercido por el juez pueden ser dados en guarda con fines de adopción. Aquí se requiere la ayuda del órgano administrativo, que ejerce el contralor de los establecimientos asistenciales, el cual deberá comunicar al juez la existencia de menores en situación de desentendimiento total por parte de los padres por más de un año e instar la declaración de adoptabilidad a fin de que el juez evalúe los antecedentes y resuelva la guarda pre adoptiva.

- “O cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial”

El desamparo comprende el abandono tanto material como espiritual. Para proceder a esta comprobación deben indagarse las causas que dieron lugar a dicha situación. El juez competente es el juez tutelar del domicilio del niño. El mismo para lograr esta comprobación debe indagar las causas de la situación de desamparo, citar a los padres o representantes legales o guardadores, si no es posible la comparecencia de estos agotados todos los medios la comprobación judicial queda limitada a la acreditación del hecho del desamparo.

- “Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad”

La gravedad de las circunstancias que llevan a un juez a resolver la privación de la patria potestad excluye la necesidad del consentimiento pero no la citación. Citados los progenitores cabe la posibilidad de que comparezcan e inicien trámite incidental controvertido. Admitir el incidente garantiza el proceso pero no modifica en absoluto los trámites que ya se encontraren cumplidos, si se retrotraen aquéllos.

- “O cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción”

Se alude a la manifestación en sede judicial que conllevaría a la entrega. Pueden plantearse distintas situaciones:

- Presentación autónoma ante el juez.

El o la progenitora o ambos se presentan al juzgado competente y manifiestan su consentimiento para dar el niño en adopción. Se labra un acta donde consta el acto jurídico, deben requerirse los datos identificatorios de los presentantes, estado civil, vínculo con el niño, datos del mismo, adjuntando el acta o partida de nacimiento u otro documento que acredite el nacimiento. Una vez recibida esta manifestación que implica que el niño está en condiciones de ser adoptado se debe hacer conocer al Registro de Aspirantes a la adopción.

- Por manifestación expresa en el curso de otro proceso distinto al de guarda, dentro los cuales podemos enunciar:
 - ✓ Otorgada en un proceso cuya guarda judicial ha fracasado o ha sido revocada.

Es posible que los progenitores hubieran manifestado su consentimiento pero con posterioridad la guarda pre adoptiva ha sido revocada o fracasó. Se cree que no existe inconveniente para que se incorpore la constancia en que fue instrumentado el mismo y dar por cumplido el requisito de la citación de los progenitores en un nuevo proceso de guarda que tenga al mismo niño como sujeto.

- ✓ Otorgada en un juicio en que se discuten cuestiones civiles relativas a las relaciones entre progenitores e hijos, o representantes legales e incapaces (pérdida de patria potestad, tenencia, tutela, curatela, alimentos, etc.).

En un juicio donde se discuten cuestiones referidas a las relaciones entre progenitores e hijos, o entre representantes legales o incapaces una de las cuestiones expuestas sea

la manifestación judicial de entregar al niño con fines de adopción. Recibida la misma el juez deberá darle curso y ordenar las medidas tutelares si tiene competencia para ello o remitir en forma urgente la constancia de manifestación al juez competente.

- ✓ Otorgada en testamento presentado en sede judicial para su aprobación o protocolización judicial.

Aunque es poco usual no puede descartarse la posibilidad de que la última voluntad de una persona sea dar a su hijo en adopción. Comprende el consentimiento expresado en testamento público o cerrado, u ológrafo cuando se hubiera dado acceso judicial al testamento para su aprobación o protocolización.

Cabe cuestionarse si el tribunal debe esperar la sentencia que apruebe el testamento o si el juez puede con la intervención del asesor de menores tomar medidas que considere convenientes según la situación del niño o comunicar al juez competente o al Registro Único de Pretensos Adoptantes (Medina, 1998).

2- El inciso b) manifiesta: “tomar conocimiento personal del adoptando”

Es un requisito al que se le atribuyó gran importancia, su inobservancia tiene sanción de nulidad. Tiene su fundamento en el derecho del niño a ser oído en todo proceso donde deba resolverse una cuestión que comprometa su vida, su estado y sus afectos (Ferrer et al, 2004).

Tiende a garantizar que el magistrado actuará con intermediación respecto del menor cuya guarda discernirá. Si se trata de menores que por su edad están en posibilidad de ser oídos el juez deberá tener en cuenta su opinión (Bossert y Zannoni, 2004).

Tomar conocimiento significa mucho más que ver al niño sino que implica por sobre todo ejercer sus facultades tutelares y dirección durante todo el proceso de guarda, ya que la finalidad del proceso es asegurar que el niño sea adoptado (Medina, 1998).

3- El inciso c) menciona “Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin”

Alude a aquellas condiciones de índole personal y a las calidades morales, a las condiciones particulares referidas al estado civil, capacidad económica, capacidad laboral, educación, disposición para incorporar un integrante más al núcleo familiar.

En cuanto a la edad el juez no puede alejarse de lo establecido por la ley.

Respecto a las aptitudes se hace referencia a las condiciones o idoneidad de los pretendientes adoptantes para asumir el rol de padres respecto de los niños en condición de ser adoptados (Medina, 1998).

El juez también ha de contar con las evaluaciones relativas a las condiciones personales y ambientales de los solicitantes realizados por los equipos interdisciplinarios ya que los mismos deben estar inscriptos en el registro único de adopción (Bossert y Zannoni, 2004).

4- Por último el inciso d) expresa: “Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica”

El juez está facultado a tomar conocimiento de las circunstancias relativas a la familia biológica, que ilustren la conveniencia o de otorgar la guarda. Puede citar a otros parientes, realizar encuestas ambientales, disponer de estudios acerca de la salud física o mental de los progenitores u otros familiares (Bossert y Zannoni, 2004).

El fundamento es la prioridad a la propia familia, primero a la integrada por el padre o madre, luego a la integrada por otros parientes, para proporcionar un ambiente familiar para su desarrollo (Medina, 1998).

3. 5 Excepciones a la guarda judicial previa

- Hijo del cónyuge

Las condiciones exigidas para el otorgamiento de la guarda, el plazo para iniciar el juicio de adopción no son exigidos cuando se trata de la adopción del hijo del

cónyuge, así lo establece el artículo 316 del Código Civil vigente al expresar “Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge”⁴⁰

Por esta vía se intenta incorporar al hijo biológico o adoptivo de uno de los cónyuges a su nuevo matrimonio, su finalidad es la integración afectiva y jurídica.

Habrá que hacer la distinción si el menor tiene familia paterna o no. En el primer supuesto el juez deberá extremar los recaudos para asegurar la intervención del padre biológico en el proceso a fin que preste su consentimiento. No es lo mismo que el padre haya perdido la patria potestad a que haya sido suspendido de ella o que haya entregado a su hijo a una institución por razones de necesidad. En el segundo supuesto (cuando no tiene filiación paterna) no es necesario extremar recaudos (Medina, 1998).

- Adopción del mayor y del emancipado

Esta excepción no ha sido incorporada por el artículo 316 del Código Civil actualmente vigente, la doctrina entiende que ésta se desprende del espíritu de la ley. Para que pueda otorgarse esta adopción se requiere el consentimiento del mismo (Medina, 1998).

3.6 Plazos de guarda

El artículo 316 del actual Código Civil establece “ El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menos o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.”

El tiempo de la guarda tiene como finalidad comprobar la integración real que se produce entre la familia guardadora y el menor, es de vital importancia para la futura adopción (Medina, 1998).

⁴⁰ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 316.

El juez deberá hacer un seguimiento y acompañamiento necesario para comprobar esta integración física y psicológica. A su vez él regulará el plazo de guarda pre adoptiva teniendo en cuenta las consideraciones particulares que podrá otorgar entre seis meses y un año. También tiene la posibilidad de ampliarla en el caso que la misma hubiese sido otorgada por un plazo menor a un año (hasta el máximo del año) por circunstancias que estime sean de interés del menor (Medina, 1998).

Los guardadores podrán iniciar el juicio de adopción transcurridos los seis meses desde que se otorgó la guarda.

El juez cuenta con atribuciones para otorgar la guarda en el plazo que considere conveniente, la ley no dice nada acerca de si tiene atribuciones para prorrogarlo, la doctrina ha entendido que puede extenderla más allá del plazo legal ya que la finalidad de la misma es disipar dudas sobre la conveniencia de la adopción de un menor. Así mismo si logra una plena convicción sobre la idoneidad de los guardadores puede reducirlo a pedido de parte (Medina, 1998).

Vencido el plazo de guarda lo más natural es peticionar la adopción, si ésta se ha solicitado durante la guarda el juez podrá dictar sentencia. Distinto es cuando vencido este plazo los guardadores no solicitaran la adopción. Este supuesto no está contemplado en la ley. Medina (1998) al respecto opina que el juez deberá realizar un nuevo seguimiento de la familia guardadora para arribar a una solución, que los mismos asuman la responsabilidad que asumieron cuando solicitaron la guarda o renuncien a la misma renunciando también a la adopción quedando el niño nuevamente en situación de ser dado en guarda, siendo esta última opción una alternativa extrema. No puede considerarse que la guarda cesó, tampoco puede otorgarse de oficio la adopción, se deben poner en marcha los mecanismos tutelares para arribar a una conclusión.

Analizando el derecho comparado podemos encontrar que en el país vecino de Chile no se regula la guarda pre adoptiva, en Uruguay se la nombra pero no se la regula en la ley como procedimiento específico, la ley Paraguaya la considera como guarda provisoria la cual no debe ser menor a 30 días pero no coloca un máximo, mientras que en Venezuela se la podría considerar como el período de prueba estipulado por la ley el cual es de seis meses.

Este período no debe ser tan largo, evitando así angustias y ansiedades que una prolongación desmedida puede generar, como también la incertidumbre acerca del otorgamiento de la adopción (Fanzolato, 1998).

3.7 Extinción de la guarda

La guarda puede extinguirse por circunstancias similares a aquellas que extinguen la patria potestad. Las mismas serían:

- 1) Por alcanzar la mayoría de edad el menor.
- 2) Por emancipación por habilitación de edad o matrimonio.
- 3) Por muerte del menor o sus guardadores.
- 4) Por declaración de incapacidad de los guardadores.
- 5) Por decisión judicial, cuando la guarda no sea beneficiosa para el menor.
- 6) Por decisión de los guardadores.
- 7) Por decisión de los padres biológicos, debiendo alegar y justificar las causas (Medina, 1998).

El juez competente para entender la extinción será el mismo que la otorgó. Mientras que los legitimados para instarla serán los guardadores, los padres biológicos, el menor, y el propio juez de oficio. Dicha extinción debe ser resuelta en un trámite incidental dentro del juicio de guarda. La resolución final que adopte el juez deberá hacerse mediante auto fundando su decisión. Si hace lugar a la cesación deberá resolver acerca de la reinserción del niño a su familia biológica o la posibilidad de que quede a disposición del ente judicial y administrativo. Contra el auto final se puede interponer recurso de apelación (Medina, 1998).

La guarda también podría fracasar, las causales serían:

- 1- Por declaración voluntaria de los guardadores, expresada ante el juez a quien el manifiestan la negativa o imposibilidad de adoptar al niño dado en guarda.
- 2- Por declaración del juez, que en el transcurso del plazo fijado oportunamente, arribe a la conclusión de la falta de idoneidad de los guardadores para otorgarles la filiación de un hijo.

- 3- Por declaración del juez que evalúe la manifestación expresa de los padres biológicos de su deseo de hacerse cargo del hijo dado en guarda, y la demostración de que el arrepentimiento al consentimiento dado oportunamente es verdadero y confiable, en mérito al interés del niño (Medina, 1998)

3.8 Comienzo del juicio de adopción

El artículo 321 del Código Civil vigente menciona:

En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

- a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;
- b) son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;
- c) el juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;
- d) el juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- e) el juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;
- f) las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes;
- g) el juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;

h) deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;

i) el juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.⁴¹

⁴¹ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 321.

CAPÍTULO 4: DISTINTAS NORMATIVAS

4.1 Leyes de Adopción

Como se menciona en el capítulo 1 el instituto de la adopción fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 13.252 en 1948. En la misma se introduce un antecedente de lo que hoy podemos denominar guarda pre adoptiva al mencionar que el adoptante probará haber atendido al menor durante dos años anteriores al momento de la demanda, con los cuidados de un padre. Esta prueba no se requiere cuando se adopta el propio hijo o el hijo del cónyuge.⁴²

En 1971 se dicta la ley 19.134 que viene a modificar el anterior régimen de adopción. En ella si se introduce el término guarda, en su artículo 6 expresa “El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año. Esta condición no se requiere cuando adopta al hijo o hijos de su cónyuge”⁴³

En el año 1997 mediante la ley 24.779 se modifica e introduce al Código Civil el instituto mencionado at supra. Aquí se explora más sobre la guarda y menciona en el artículo 316 “El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año que será fijado por el Juez.”⁴⁴

4.2. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

En el año 2012 surge un Proyecto de Reforma del Código Civil, hoy Nuevo Código Civil y Comercial, que modificaría varios aspectos de la Adopción entre ellos la guarda a la cual le dedica todo un capítulo. En su artículo 611 menciona “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión

⁴² Ley 13.252, Ley de Adopción de menores, Artículo 6.

⁴³ Ley 19.134, Ley de Adopción, Artículo 6.

⁴⁴ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 316.

de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se comprueba judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.”⁴⁵

El artículo 612 expresa “La guarda con fines de adopción debe ser discernida por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad”⁴⁶. El 613 nos habla de la elección del guardador explicando, “El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendidos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea. Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendidos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen el niño, niña o adolescente. El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.”⁴⁷ Finalmente el artículo 614 menciona “Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo anterior, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los 6 meses.”⁴⁸

⁴⁵ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 611.

⁴⁶ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 612.

⁴⁷ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 613.

⁴⁸ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 614.

4.3 Comparación entre las distintas normativas respecto de los plazos de guarda

Como hemos visto los plazos de guarda se han ido modificando en las distintas normativas. En la ley 13.252 el adoptante debía probar haber atendido al menor con los cuidados de un padre durante dos años anteriores al momento de la demanda.

En la ley 19.134 ya se habla de guarda, y exige que el adoptante haya tenido al menor bajo su guarda durante un año.

En la ley 24.779 introducida al actual Código Civil el plazo de guarda disminuye y es de un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año que será fijado por el juez. Por lo tanto en esa escala el magistrado decidirá cuál es el más conveniente.

En el Nuevo Código Civil y Comercial el plazo de guarda disminuye aún más y no debe exceder los seis meses.

Las dos primeras leyes exigían al adoptante o adoptantes acreditar al momento de solicitar la adopción de un menor, que este hubiese estado bajo su guarda con anterioridad. La misma podía acreditarse por diversos modos, uno de ellos consistía en que si el menor había sido recibido por quienes lo adoptarían a través de establecimientos públicos o privados donde habían sido abandonados por sus padres la prueba quedaba constituida por las actuaciones cumplidas ante dichos organismos y ante el juez que pudiese haber otorgado la guarda. Sin embargo la guarda podía tener su origen en la entrega del menor realizada directamente por sus padres a los futuros adoptantes, la ley 19.134 preveía la adoptabilidad de menores cuyos padres hubiesen manifestado ante el órgano estatal competente, autoridad judicial o instrumento público su voluntad de que el menor fuese adoptado, de tal modo podían manifestar dicha voluntad entregando al hijo a quienes deseaban adoptarlo (Bossert y Zannoni, 2004).

En el lapso que rigió la ley 19.134 se suscitaban diversas cuestiones sobre el modo en el que se accedía a la guarda. Entre ellas encontramos: en primer término como la guarda era una situación de hecho susceptible de comprobación posterior podía suceder que los guardadores nunca solicitaran la guarda judicial del menor y que

luego ofrecieran acreditarla al solicitar la adopción. Otra cuestión relevante fue, que era frecuente que fuese el órgano estatal de protección el que requería la conformidad de la madre que entregaba a su hijo para que este fuera entregado en guarda, y a menudo se disponía la entrega del menor a un matrimonio seleccionado en el registro de aspirantes por meras actuaciones administrativas y sin conocimiento del juez que debería haber dispuesto tal medida. Esto provocó grandes conflictos ya que recién en el juicio de adopción se enfrentaban el interés del niño, el de la madre biológica y el de los guardadores (Bossert y Zannoni, 2004).

Con la ley 24.779 se produjo un gran avance, por primera vez se establece un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, al cual se denominó guarda preadoptiva en la cual el juez deberá discernir la guarda a quien pretenden adoptar al menor. Ya no es suficiente acreditarla, no se establece un único plazo de guarda y se asegura que sea judicialmente otorgada en forma previa. Así lo establece el artículo 316 del Código Civil actual que reza: “el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge”⁴⁹. Se establece como principio general que los progenitores del menor sean citados a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (Bossert y Zannoni, 2004). Además en el artículo 318⁵⁰ se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

La etapa de guarda es de vital importancia para la futura adopción, por lo cual el magistrado deberá hacer un seguimiento y acompañamiento para comprobar la integración física y psicológica. La abreviación del plazo de un año previsto en la derogada ley 19.134, la que a su vez derogó los dos años de la ley 13.252, tiene por finalidad evitar el desaliento de los pretendientes adoptantes que han tomado la decisión de adoptar y concurren a la justicia para cumplir ese sueño (Medina, 1998).

⁴⁹ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 316.

⁵⁰ Código Civil actualmente vigente de la República Argentina, Artículo 318.

En el Nuevo Código Civil y Comercial, teniendo en cuenta el factor tiempo se recepta y regula una figura silenciada en la legislación actual pero presente en la práctica, la misma es la declaración en situación o estado de adoptabilidad. En cuanto a la guarda no queda como un segundo proceso judicial sino que constituye una figura cuya finalidad sigue siendo evaluar el vínculo afectivo que se genera entre la o las personas registradas (se introduce en su texto los registros de adoptantes) y seleccionadas por el juez y el niño. Cumplido el período de guarda el juez interviniente inicia el proceso de adopción. En síntesis el Ante proyecto regula dos procesos judiciales para llegar a la adopción de un niño o adolescente: declaración de adoptabilidad y el proceso de adopción propiamente dicho, con reglas claras, sujetos y procedimientos diferenciados cada uno de ellos (Herrera, 2012).

Como fundamentos al Nuevo Código Civil y Comercial encontramos: el legislador debe una normativa actualizada, eficaz y ágil a los niños con cuidados, destinada a garantizar su derecho a vivir en el seno de una familia adoptiva en el caso no poder ser criados por su familia de origen o ampliada; se recepta una práctica consolidada (declaración de situación de adoptabilidad) como un procedimiento con reglas propias, armoniza con la ley 26.061, procurando que todas las partes que intervienen gocen de las debidas garantías constitucionales, se dispone que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial de adoptabilidad, cuya finalidad es unificar criterios y acelerar los tiempos; se introducen modificaciones en la guarda, al regularse un proceso previo de declaración judicial en situación de adoptabilidad en el cual la familia tiene participación, la finalidad de la guarda residiría en la selección de los pretendientes adoptantes y la vinculación de estos con el niño, los progenitores ya no tendrían aquí participación, haciendo este proceso más sencillo, inmediatamente se dicte la sentencia que declara la situación de adoptabilidad se debe dar inicio a la guarda con fines de adopción; los pretendientes adoptantes deben estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los organismos de protección los que proponen los mejores postulantes; se disminuye el plazo de guarda para adopción a 6 meses, cumplido el mismo se inicia el juicio de adopción, de conformidad con el factor tiempo (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012).

El Proyecto de Reforma, hoy Nuevo Código Civil y Comercial, al declararse la situación de adoptabilidad fija pautas concretas con plazos muy acotados que dejan de lado incertidumbres que genera en artículo 317 del Código Civil cuando establece que no es necesario el consentimiento de los padres biológicos cuando estos se hubieran desentendido del menor durante un año. Asimismo también reconoce a los niños como sujetos de derecho ya que prevé que ellos será parte del procedimiento de declaración de estado de adoptabilidad si tienen edad y madurez suficiente. Además establece la obligación del juez de discernir la guarda con fines de adopción inmediatamente a la declaración de situación de adoptabilidad. Esta exigencia unida a los plazos que se establecen para declarar la adoptabilidad ayudará a terminar con la situación de incertidumbre en que se somete a los niños institucionalizados que pasan los años más significativos de formación de su personalidad sin el afecto ni contención de una familia. Por último al determinar que el plazo de guarda no puede exceder los seis meses y que cumplido ese período se inicia el proceso de adopción a pedido de parte, de autoridad administrativa o de oficio, solución que acelera el trámite (Aiello de Almeida, 2012).

CONCLUSIONES

Como hemos visto en los capítulos anteriores la adopción es aquel “instituto que tiene por finalidad 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”⁵¹.

La importancia de la mencionada institución radica en la protección de los derechos, ateniéndose siempre al Interés Superior del Niño, el cual nos expresa que los mismos gozan de una protección especial para que puedan desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad⁵². En nuestro ordenamiento jurídico el mismo se encuentra regulado en la ley 26.061 al mencionar en su artículo 3 “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida, se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño. Niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e interés de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”⁵³

⁵¹ Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 594

⁵² Declaración de los Derechos del Niño 1958, Principio 2

⁵³ Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, Artículo 3

Vimos también que la adopción en nuestro ordenamiento jurídico cuenta con su regulación legal, en donde encontramos los requisitos, la guarda pre adoptiva, el proceso de adopción, las clases, entre otros.

Ya nombrada y explicada encontramos la guarda pre adoptiva, como un proceso fundamental y obligatorio. Es la convivencia entre pretense adoptante y adoptado, proporciona al menor una familia que le dé asistencia y amparo donde pueda desarrollar su personalidad, la antesala para que se dé inicio al juicio de adopción. La misma ha ido variando a través de las distintas normativas, y entre ello se han ido acortando sus plazos.

En 2012 surge un Proyecto de Reforma del Código Civil, hoy aprobado como el Nuevo Código Civil y Comercial, en el mismo se acortan aún más los plazos agilizando así dicho proceso.

En el mismo Nuevo Código Civil y Comercial se recepta y regula la declaración de situación o estado de adoptabilidad, procedimiento con reglas propias y plazos determinados, donde la familia y el menor tienen participación. Declarado el mismo, el juez inmediatamente discierne sobre la guarda pre adoptiva la cual no puede exceder los seis meses. Una vez cumplido el período de guarda, el juez inicia el proceso de adopción de oficio, a pedido de parte o de la autoridad administrativa.

El código tiende a reducir los plazos y que los niños no estén en situación de incertidumbre legal (Entrevista- Natalia Florido, Representante de la Red Argentina por la Adopción)

Estos cambios se realizan teniendo en cuenta el factor tiempo, haciendo una normativa más ágil y eficaz, acelerando los tiempos.

Hemos intentado realizar una comparación de las distintas normativas, adentrándonos en el tema de los plazos, cuestión muy debatida en la sociedad hoy en día.

El derecho requiere una inmediatez, de una cercanía, de ocuparse y preocuparse de las necesidades primarias y fundantes de los niños (Carranza, 2010).

Hoy en día nos encontramos con varios menores institucionalizados, esperando ser ubicados en una nueva familia o volver a la de origen. Creemos que el Nuevo

Código Civil y Comercial contribuye a acelerar el proceso, contribuyendo con plazos precisos que pueden dar solución a los interrogantes de la sociedad de hoy del por qué demora tanto, de las personas que esperan por adoptar y fundamentalmente de los niños, niñas y adolescentes que esperan un hogar, amor, en fin que esperan poder disfrutar de sus derechos fundamentales.

Arias de Ronchietto (2010) en su comentario al fallo A.M., M. A. A y M., C s/ protección especial, plasmaba un evidente agravio por daño material y moral debido a una demora de ocho años causada por una cadena ritual de recursos injustificados, y explicaba que la vida real puede desbordar los esquemas y previsiones legales pero la función de los magistrados es resolver con equidad el caso concreto y brindar protección urgente a los niños.

Se puede considerar responsabilidad del estado y por lo tanto debe reparar los daños ocasionados cuando nos encontremos ante un comportamiento institucional pasivo que no procure, promueva o agilice los procedimientos de adopción (Grosman, 2007).

Hay 21 mil chicos listos para ser adoptados que no pueden por la burocracia de la ley que tenemos en adopción. Es sumamente importante reducir plazos y que todo sea más rápido (Entrevista- Natalia Florido, Representante Red Argentina por la Adopción)

Como síntesis declarando el estado o situación de adoptabilidad con plazos precisos y reduciendo el período de guarda se estaría agilizando el proceso de adopción, beneficiando fundamentalmente a los niños que esperan que se resuelva su situación.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Aiello de Almeida M. A. (11/2012), *La adopción en el proyecto de Código Civil*, Ed. Microjuris
- Álvarez, A. (2012). La adopción [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/adopcion-atilioalvarez.pdf> [Fecha de consulta: 06/10/14]
- Arias de Ronchietto, C. E. (22/07/2010), Declaración de estado de adoptabilidad. Agravio por daño material y moral ante la demora del proceso por recursos injustificados, *DJ*, 18.
- Belusccio A. C. (2004), *Manual de derecho de familia*, (7ma ed.), Buenos Aires, Astrea.
- Borda, G. A. (1993), *Tratado de derecho civil-familia*, (9na ed.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot
- Bossert G. A., Zannoni E. A. (2004), *Manual de Derecho de Familia*, (6ta ed.), Buenos Aires, Astrea
- Carranza, J. L. (2010), *Desamparo familiar y adoptabilidad*, (1ra ed.), Córdoba, Alveroni Ediciones
- Díaz, R. G., (05/2009) *Realidad, adopción y proceso judicial en Mendoza*, Presentado en IV Jornadas Regionales y III Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, Mendoza, Argentina.
- Fanzolato, E. I. (1998), *La Filiación Adoptiva*, Córdoba, Advocatus.
- Feldmann, C. K. (04/2010) *El Registro de Adoptantes, una herramienta del sistema de adopción*, Presentado en VII Jornadas Regionales y IV Jornadas Nacionales e Interdisciplinarias de Adopción, Mendoza, Argentina.
- Fernández, S. E. (09/02/2009), Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN, *La Ley*, 450.
- Ferrer F., Medina G., Méndez Costa M., (2004) *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni

- Fontemachi, M. A. (2000), *La práctica en la adopción*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Grosman, C. P. (12/12/2007), La responsabilidad del estado en la institucionalización de niños de niños y adolescentes, *JA*, IV 1078.
- Hernández Sampieri R., Fernández Collado C., Baptista Lucio P. (2010) *Metodología de la investigación*, (5ta. ed.), México, Mc Graw-Hill
- Herrera, M. (06/2012), El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil: más sobre la trilogía: Blanc, *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot.
- Jáuregui, R. G. (02/07/2003), Estado de preadoptabilidad. Patria potestad y defensa en juicio, *LLLitoral*, 675.
- Lorenzetti R. L.; Highton de Nolasco E. ; Kemelmajer de Carlucci A. (2012), *Fundamentos del Ante proyecto de Código Civil y Comercial, Código Civil y Comercial de la Nación*, (recuperado 21/07/14), www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales
- Medina, G. (1998), *La adopción*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- Yungano, A. (2001), *Derecho de familia. Teoría y práctica*, (3ra ed.), Buenos Aires, Ediciones Macchi.
- Yuni J., Urbano C. (2006), *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*, (2da ed.), Córdoba, Brujas.

Legislación:

- Código Civil actualmente vigente de la República Argentina.
- Convención Internacional sobre los derechos del niño.
- Declaración de los Derechos del Niño.
- Ley 13.252 Establece la adopción de menores (B:O: 29/09/48)
- Ley 19.134 Adopción (B.O. 29/07/71)
- Ley 24.779 Adopción (B.O. 01/04/97)
- Ley 26.061 Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (B.O. 21/10/05)
- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Jurisprudencia:

- Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, M.R.I. y otra s/adopción 06/08/2009
- Quinto Juzgado de Menores de Menores de Mendoza, “N.N (hijo de S.N.M.) por su situación” 18/11/1996
- Quinto Juzgado de Menores de Menores de Mendoza, “J. por su situación” 22/11/1996
- Superior Tribunal de Justicia de Corrientes “R., A. B. y otro s/ medidas proteccionales”, 26/09/2013

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Gauna Valentina Rocío
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.405.233
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	LA GUARDA EN LA ADOPCIÓN, SU IMPORTANCIA Y PLAZOS. DIFERENCIACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	valentina_gauna@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: San Martín, Mendoza, a los quince días del mes de Junio de 2015.

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.