



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Carrera de Abogacía

Trabajo final de graduación

"Las adopciones dirigidas"

Autor: María Marta Soria

2016

Abstract

En la presente investigación se analizó la adopción dirigida, sus características y la discusión en torno a la legalidad o ilegalidad de dicha práctica.

Este debate es relativamente nuevo y se encuentra abierto en la doctrina, a pesar de ser una práctica habitual en algunos tribunales de nuestro país, por ello es que la investigación explora y describe distintas aristas del fenómeno.

Se describen diferentes posiciones y sus argumentaciones jurídicas y se compara el tratamiento que ha tenido esta temática en diferentes momentos históricos de nuestro país como así también en el derecho comparado.

Se considera que la adopción es el procedimiento legal que permite a un niño o niña convertirse en el hijo o hija de padres adoptivos, distintos de los biológicos.

En el caso de las adopciones dirigidas se concluye que si bien es una práctica que puede estar impulsada por los más genuinos deseos y justificada desde el interés superior del niño e inclusive ser beneficiosa para algunos niños, las adopciones dirigidas son una práctica ajena a derecho ya que se vulneran derechos personalísimos e indisponibles de los niños, siendo además contradictoria con algunos principios de tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Abstract

In the present research, was analyzed the directed adoption, their characteristics and the discussion around the legality or illegality of the practice.

This debate is relatively new and its open on the doctrinem, despite being a common practice in some courts of our country, because of that is that the research explores and describes different edges of the phenomenon.

Describes different positions and its legal arguments and compares de treatment that has had this thematic in different historical moments of our country as the comparative law.

Is considered that the adoption is the legal procedure for kid became in son or daughter of adoptive parents, other than biological.

In the case of the directed adoptions concludes that while it is a practical which can be driven for the most genuines wishes and justified from the higher interest of the child and even be beneficial for some children, the directed adoptions are an outsider practice of law because very personal and unavailable children's rights are violated, being contradictory whit some principles treated international ratified by our country.

Índice

Introducción.....	6
Capítulo 1. Consideraciones generales. La adopción.....	8
1.1. Definición. Tipos de adopción.....	9
1.2. Historia de las adopciones.....	10
1.3. Origen de las adopciones en Argentina.....	12
1.4. Breve síntesis de los antecedentes legislativos en Argentina.....	15
1.5. Teorías sobre la adopción.....	20
Capítulo 2. Las adopciones dirigidas.....	24
2.1. Definición.....	25
2.2. Sujetos involucrados.....	28
Capítulo 3. La ley y las adopciones dirigidas en nuestro país.....	36
3.1. Vigencia de principios constitucionales en torno a la temática.....	37
3.2. Análisis de la legislación actual.....	44
3.3. Nuevo código civil y comercial. En vigencia desde agosto del 2015.....	50
Capítulo 4. Jurisprudencia internacional, nacional y provincial.....	62

4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Fórneron.....	63
4.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina.....	68
4.3. Jurisprudencia de las cámaras de apelaciones de algunas provincias argentinas....	72
4.4. Jurisprudencia de algunos juzgados de familia.....	90
Capítulo 5. Las adopciones dirigidas en el derecho comparado.....	93
5.1. Legislación internacional.....	94
5.2. Derecho comparado. Bolivia/Argentina.....	97
Conclusiones.....	115
Bibliografía.....	124

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se estudia la adopción, sus orígenes, tipos y las diferentes posturas ideológico-jurídicas en torno a estas prácticas, sobre todo en relación a la adopción dirigida en nuestro país.

Como se puede advertir esta temática se encuentra enmarcada en el derecho de familia.

En la presente investigación se mencionan las diferentes argumentaciones jurídicas y se compara el tratamiento que ha tenido la misma temática en diferentes momentos históricos de nuestro país.

Se describen las diferentes posiciones ideológicas jurídicas en torno a ellas. Se analizan los diferentes argumentos, inclusive algunos fallos contradictorios y las posiciones internacionales disímiles, por lo que es un tema de grandes implicancias teóricas y prácticas.

En relación a esta temática hay dos posiciones cristalizadas que se estudian en esta investigación; los defensores de las adopciones dirigidas y sus detractores, sus líneas argumentativas están atravesadas por dos paradigmas, la de la situación irregular (el niño como objeto de protección) y la de la protección integral (el niño entendido como sujeto de derecho).

Esta investigación analiza la discusión vigente en torno a la legalidad o ilegalidad de las guardas de hecho con fines de adopción; y explora otras líneas argumentativas en torno a la dignidad del niño entendido como persona y desde este lugar visualizar si las guardas de hecho con fines de adopción pueden ser encuadradas dentro del derecho o al margen de él.

Para poder arribar a una conclusión se ha organizado el trabajo en 5 capítulos.

En el primero se analiza la adopción, definición, tipos, su origen, sujetos involucrados. En el segundo se plantea la adopción dirigida y sus características. En el tercer capítulo se tiene especialmente en cuenta la legislación nacional sobre la temática, sobre todo la reforma actual y sus implicancias.

Y en los últimos dos se analiza la jurisprudencia internacional, nacional y provincial y el derecho comparado. Se estudiará la legislación de Bolivia en relación a

las adopciones, donde la modificación de la normativa es contemporánea a los cambios que se han realizado en Argentina. Se termina con una conclusión, producto de interpretaciones personales, con la intención de generar nuevos cuestionamientos y argumentaciones en torno a la temática.

En cuanto a la metodología a utilizar, se puede decir que este trabajo consiste en un estudio exploratorio -descriptivo¹, puesto que el debate en cuestión es relativamente nuevo y aún se encuentra abierto en la doctrina.

La estrategia metodológica es cualitativa, ya que se analizan las características de un fenómeno socio jurídico, no su cuantificación. En este caso se analiza las diferentes opiniones jurídicas (legislación de diferentes países, doctrina y jurisprudencia provincial y nacional) visualizando las argumentaciones comunes que permitan establecer algunas generalizaciones en torno a los marcos jurídicos que los fundamentan.

Las fuentes primarias a tener en cuenta en esta investigación son las opiniones de varios autores de la doctrina, en torno a la legalidad o ilegalidad de las adopciones dirigidas, la jurisprudencia y la legislación relacionada con la temática. Como fuentes secundarias; los comentarios de los fallos, los artículos que analicen fallos o la doctrina y las revistas especializadas que tratan el tema de estudio.

En este caso se analiza la doctrina argentina, la legislación en torno a la temática y la jurisprudencia desde la sanción del Código Civil en septiembre del año 1869 hasta nuestros días.

Se analiza si ha habido modificaciones vinculadas al tema en estudio (las adopciones dirigidas) y si éstas se relacionan con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su rango constitucional. También el nuevo código civil, en vigencia desde mediados del 2015, las diferentes voces en discusión y la legislación actual de Bolivia en comparación con la legislación Argentina.

¹Carlos Sabina (1994)

Capítulo 1

Consideraciones generales. La adopción.

En este capítulo se realiza el marco introductorio a la temática investigada, se define “la adopción”, se explica cuál es su origen, sus características y el contexto de surgimiento en Argentina.

Se analizan sus modificaciones, el marco ideológico desde dónde surge y que vigencia tiene esa mirada. En este sentido, se exploran las diferentes definiciones y teorías sobre la adopción, como también el surgimiento de nuevos paradigmas.

1.1 Definición. Tipos de adopción

Como primera aproximación a la temática se va considerar que “la adopción” es la práctica legal a partir de la cual (generalmente) un niño es incluido en una familia diferente de la biológica.

El modo de legitimación de la adopción fue variando a lo largo del tiempo, como se verá en este capítulo. Actualmente este “estatus” se otorga a partir de una sentencia judicial, emanada de un juez competente, luego de un proceso judicial.

La convención de los derechos del niño estipula que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tienen derecho a la protección y asistencia especiales por parte del Estado, entre los que menciona la colocación en hogares de guarda o la adopción.

Augusto Bellucio (2011) entiende que la adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación.

En el marco de este estudio se construye la siguiente definición: La adopción es la inclusión de un individuo (generalmente niño/a) a un grupo familiar, a partir de una sentencia judicial. El adoptado es incluido en calidad de descendiente y queda sometido a la patria potestad del adoptante, con derechos y deberes similares a los de filiación.

En Argentina la ley 24.779, actualmente vigente, estipula diferentes tipos de adopción.

La adopción plena, que otorga al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. En este caso, el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiéndose el parentesco con los integrantes de ésta, como así también todos sus

efectos jurídicos, aunque subsisten los impedimentos matrimoniales y tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Mientras que la adopción simple otorga al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, aunque los hijos adoptivos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

1.2 Historia de las adopciones

A modo introductorio se puede decir que fue determinante para el surgimiento de la adopción la necesidad de trascendencia de los hombres.

En este sentido se puede mencionar algunas instituciones históricas vinculadas a la adopción como el levirado (regulado en la India); cuando un hombre moría sin descendencia, su hermano debía con la viuda engendrar un hijo, que era considerado a todos los efectos hijo de aquel que había muerto.

En el antiguo Irán, el Yoyan-Zan y Satar-Zan, el primer hijo que tenía una mujer tras su matrimonio no pertenecía a su marido, sino al padre o hermano de la esposa muerto sin hijos varones, o a un tercero extraño a la familia, que abonaba para ello.

Un poco de Historia

En la antigüedad

En los años 4000 A.C. -Israel- la hija del Faraón llamada Termala descubrió en una canasta en un río a un niño llorando que más adelante se convertiría en Moisés.

En Atenas, la adopción servía para conferir derechos sucesorios a las personas adoptadas que se sumaban a los parientes legítimos en la sucesión del causante.

En el año 315 D.C. -época de Constantino-, se protegió a los niños desamparados y bajo la influencia del Cristianismo se crearon los primeros establecimientos para niños en situación de vulnerabilidad.

En Roma surge la patria potestad como un derecho de los padres -sobre todo del padre-, en relación con los hijos, sobre su vida y su propiedad. Se considera que la adopción es de origen romano, puesto que allí es sistematizada.

Como se advierte, la adopción surge a partir de una necesidad religiosa y de un interés económico.

En Roma se distinguieron 2 especies: por un lado la adrogación, que se aplica a los jefes de familia a sui iuris (de propio derecho) y la adopción propiamente dicha, aplicable a los alieni iuris (sin derecho o de derecho ajeno).

En la adrogación el estado y la religión estaban interesados en el acto ya que todo un grupo familiar es absorbido por otro (el adoptado pasaba con todos sus bienes y con las personas que de él dependían a la familia del adoptante) por lo que se requería el consentimiento del adoptado y el de algunas instituciones como del Colegio de Pontífices y los Comicios Curiados, luego intervinieron los poderes públicos.

La adopción propiamente dicha se realizaba de modo ficticia; la mancipalia, alienato, per a est et libran, que destruía la patria potestad y la In Jure Cesto, por la que el magistrado declaraba que el hijo pertenecía, como tal al adoptante.

En los últimos tiempos de La República se introdujo la costumbre de declararla testamentariamente, en la que se consideraba como hijo de un ciudadano determinado.

En el Derecho Germánico la adopción se realizaba solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico.

En la edad media:

En el siglo XIV se fundó una institución destinada a la educación correctiva y a la capacitación de los menores delincuentes y desamparados.

En la edad media, en Europa la adopción perdió importancia, ya que se redujo la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos. Solo en España la adopción perduró regulada con detalle, siguiendo el molde romano, manteniendo la originaria distinción entre la simple adopción y la adrogación.

En la modernidad

En Francia, el Code, organizó la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulado en los restantes países europeos en el siglo XIX. Era un contrato a través del cual se unían familias de viejo abolengo y pérdida de fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente y no un medio de protección de la infancia.

Como se advierte, el origen de la adopción está relacionado directamente con la necesidad de trascendencia del hombre, de acuerdo a las necesidades religiosas o económicas de los adultos. Etimológicamente la palabra tiene que ver con el deseo de ser padre o madre, es decir, está vinculada no desde la mirada compasiva hacia los niños, sino como el instrumento para satisfacer un deseo adulto.

La historia moderna de la adopción en Europa está atravesada por la primera guerra mundial y la conmoción que se produce ante la infancia desvalida, ante ese escenario se buscó en esta institución un medio de protección a la infancia. Desde entonces adquirió importancia y cumple el fin explícito de proteger a la infancia vulnerable y de satisfacer el deseo adulto.

En estos últimos tiempos ha habido cambios en torno a la mirada de los niños a nivel internacional, con la firma de varios tratados, sobre todo con la Convención de los Derechos del Niño. Actualmente se busca cambiar la mirada, para que los niños sean vistos no solo desde las necesidades a satisfacer como sector vulnerable, sino también desde sus potencialidades, el cambio significativo es la consideración de los niños como personas en crecimiento y como tales portadores de derechos. Estos cambios han incidido en las legislaciones nacionales como se verá en los próximos apartados de este capítulo.

1.3 Origen de la adopción en Argentina

En Argentina, el campo de la infancia se constituyó en cuestión social desde tiempos remotos.

Antes de la redacción del Código Civil, en 1869, el tratamiento de los problemas de la infancia, se relacionaba con las figuras de tutela, la guarda y el depósito que eran diferentes estrategias de “protección” hacia los niños y sus bienes, regulando la crianza de los niños por sus parientes o por extraños. Los motivos que llevaban a la utilización

de estas estrategias eran: la muerte de los progenitores, su incapacidad física o psíquica, la extrema pobreza o el abandono.

La adopción como instituto legal, no fue incorporada en el primer Código Civil Argentino, lo que reforzó los usos y costumbres.

Como plantea María Elena Flores (2009) la figura jurídica de niños expósitos, es el antecedente de la figura abandono de menores, para quienes se diseñaron diferentes estrategias de “contención”.

Los niños abandonados tenían como destinos; la institucionalización en asilos para huérfanos (aunque no lo fueran), la colocación como hijos biológicos de la familia que los acogía o la ubicación en familias para su crianza que en realidad era prácticamente un modo de trabajo infantil en estos hogares.

En muchas provincias fue la acción de sectores sociales vinculados a la iglesia católica, los que diseñaron propuestas destinadas a albergar a los niños desamparados.

Flores (2009) entiende que en la provincia de Córdoba instituciones como la Casa Cuna o la Casa de Expósitos de la Ciudad de Córdoba, legalizaron la entrega de los niños a familias, con quienes no tenían vínculo legal. Los infantes eran colocados en hogares perdiendo vinculación con su familia de origen y siendo considerados hijos “legítimos” por parte de la familia que los cobijaba y que los inscribían como tal en el Registro Civil.

Esta práctica de entregar niños en colocación y adopción desde la casa cuna, no se modificó ni con la implementación de la primera ley de adopción. El juez de menores intervenía para avalar las decisiones tomadas previamente por la presidenta y el consejo directivo de la sociedad de damas de la divina providencia, que administraba la casa cuna o casa de expósitos (Flores, 2009).

Cuando se propusieron los primeros proyectos legislativos que intentaron regular la figura de la adopción en nuestro país, se hizo desde una concepción que entendía que el niño abandonado era potencialmente peligroso. Surgiendo la necesidad de un tratamiento especializado creándose los tribunales de menores y los organismos especializados.

En 1919 se crea la ley de patronato de menores, que genera mecanismos para la “protección” de los “menores desvalidos”. Esta legislación instituye la función tutelar que es ejercida por los tribunales de menores. Establece la especificidad del derecho de menores y del control estatal en la ejecución de las medidas, conjuntamente con la creación de más establecimientos para internar a los niños. Extendiéndose la judicialización no sólo en relación a los niños que cometían ilícitos, sino también a aquellos abandonados.

A partir de la década del 30 se empiezan a cuestionar las políticas de institucionalización, poniéndose en evidencia que a pesar de la creación de nuevos establecimientos no disminuían las situaciones de abandono y desprotección de los niños.

En este contexto se va creando el marco para “la adopción”, que se reglamenta en el año 1948 con la ley 13.252 luego del terremoto de la provincia de San Juan, donde muchos niños quedaron desamparados. Esta ley establece lo que hoy se conoce como adopción simple. En el art. 12 establece que el parentesco que crea la adopción se limita al adoptante y al adoptado, quien es considerado como hijo legítimo. El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación.

En 1971 la ley 19.134 incorpora la adopción plena, que se admite para los niños abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad y mantiene la adopción simple para los menores que no estuvieran en estas situaciones.

Actualmente con ley 24.779 promulgada en 1997 continúa el doble régimen de adopción (plena y simple), y la reforma del Código Civil recientemente aprobado, también lo mantiene y estipula algunas modificaciones.

Las últimas legislaciones establecen un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, donde el juez debe otorgar la guarda a quien o quienes pretenden adoptar al niño/a. También está estipulado que las autoridades de aplicación deben organizar en el orden nacional y provincial, un registro único de aspirantes a la adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios.

Se puede observar que en este país la adopción estuvo ligada a la necesidad de trascendencia de los adultos, pero no a sus necesidades económicas, aunque en algunos casos se advierte la transferencia del recurso humano a través del trabajo infantil, los denominados “criados”

La mirada de la peligrosidad potencial, desde donde surge la adopción, ha sido recientemente modificada en la legislación, sobre todo luego de la reforma de la constitución -con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos- y de la sanción de la ley 26.061, pero algunas prácticas todavía se encuentran en conflicto con la nueva perspectiva.

Para poder visualizar mejor los cambios, se va a explicar brevemente las diferentes legislaciones que han abordado la temática de la adopción en Argentina.

1.4 Breve síntesis de los antecedentes legislativos en torno a la adopción

- **Ley Nacional N° 13.252/48:** Incorpora la adopción simple, termina con las inscripciones fraudulentas y el prohijamiento de las familias de crianza. Define la adopción en su art. 1: “*La adopción crea un vínculo legal de familia*”. Establece algunas condiciones de los adoptantes (40 años de edad u 8 años de casados). Ordena al adoptante probar que ha atendido al niño, con los cuidados de un padre, durante dos años anteriores al momento de la demanda, salvo cuando se trata del hijo propio o el hijo del cónyuge.

- **Ley Nacional N° 19.134/71:** Esta ley deja sin efecto la 13.253. Algunos cambios significativos: Acelera los procesos de adopción, elimina impedimentos y restricciones. Disminuye la edad para ser adoptante que pasa a ser de 35 años, también reduce el tiempo de casados de 8 a 5 años y baja el plazo de guarda que pasa a ser de 1 año.

En cuanto a la cantidad de procesos, mantuvo la necesidad de un solo proceso para obtener la filiación adoptiva.

Esta ley consagra la adopción plena, admite la adopción de más de un niño y permite la adopción cuando hay descendencia.

En cuanto a los involucrados en el proceso de adopción establece en el art. 11 que el padre o la madre del menor no deben ser necesariamente citados al juicio, y no admite su presentación espontánea en los siguientes casos: a) cuando hubieran perdido la patria potestad; b) cuando se hubiese confiado espontáneamente el menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores público o privado por no poder proveer a su crianza y educación y se hubiera desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo y familiar durante el plazo de un año; c) cuando hubieren manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial, o por instrumento público; d) cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente y sea comprobado por la autoridad judicial.

- **Ley Nacional 19.216/71:** Esta ley establece la amnistía general por adopciones realizadas mediante la inscripción fraudulenta de niños como hijos biológicos; siempre y cuando no hubiere motivación de lucro o propósito de causar perjuicio. Esta ley se adelanta 5 años a lo que fue el plan sistemático de apropiación ilegal de bebés de la última dictadura militar.

- **Ley Nacional N° 24.779/97:** Da estricto carácter judicial a la guarda, suprimiendo expresamente la guarda otorgada por escritura pública u órgano administrativo.

Vuelve a disminuir la edad para ser adoptante, ahora 30 años, el plazo de casados pasa a 3 años y baja el tiempo de guarda que no debe ser menos de 6 meses, ni mayor a un año.

Esta ley desdobra el proceso judicial para obtener la adopción en procedimiento judicial. Por una parte el proceso para la guarda pre-adoptiva y luego el procedimiento judicial de adopción propiamente dicho, antes se requería solo el juicio de adopción.

Esta ley otorga mayor seguridad al procedimiento ya que ordena la intervención del ministerio público y establece el registro de aspirantes a guarda con fines de adopción, además de proponer la creación de un registro único de adoptantes.

Entre los requisitos para los adoptantes, estipula la exigencia de un tiempo mínimo de 5 años de residencia en el país y otorga derechos al adoptado, quien desde los 18 años puede acceder al expediente judicial, lo que es muy importante en relación

al derecho a la identidad, consagrado en la convención internacional por los derechos del niño.

- **Ley Nacional 25.854/03:** Reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008. Crea el registro único de aspirantes a guardas con fines de adopción para lo que establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Justicia de la Nación.

Con esta ley se pretende reglar un poco más el proceso de adopción a través de la lista de aspirantes. También ordena que se dé trámite preferente a las solicitudes de aspirantes a guardas con fines de adopción de personas menores de edad que tengan más de cuatro años, grupos de hermanos o niños que padezcan discapacidades, patologías físicas o psíquicas.

- **Ley Nacional N° 26.061/05:** Si bien esta ley no regula la adopción, si se advierten en su articulado normas relacionadas con la temática investigada.

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en Argentina. Busca garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la nación es parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

Esta ley establece que la convención sobre los derechos del niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

Explicita que los derechos y las garantías por ella establecidos son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Ley 26.061 en su artículo 3, determina que el interés superior de la niña, niño y adolescente es la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus 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 tomada 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 hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se debe ajustar el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores.

Cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros.

En el artículo 9 expone el derecho a la dignidad de los niños entendiéndolos como personas en desarrollo y como tal sujetos de derechos; explicita que no deben ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; ni a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

Otra norma (art. 11) que está directamente relacionado con la temática investigada es el derecho a la identidad. Los niños tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley. En este sentido, estipula que los organismos del estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, de los padres u otros familiares de los niños facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Los niños tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener el vínculo personal y directo con sus padres, salvo que esto amenace alguno de los derechos de los niños y adolescentes consagrados en la ley.

Sólo en los casos en que eso no sea posible y en forma excepcional, se establece que los niños tienen derecho a ser criados en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

- **Nuevo código civil (vigente agosto 2015)** en el artículo 594 define: “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 estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.

En esta pequeña síntesis se puede observar que la legislación en torno al tema en estudio ha ido flexibilizando algunos requisitos y ha ido perfeccionando aspectos relativos a los objetivos de la adopción y a su consecuente procedimiento.

En las primeras legislaciones se exigía mayor edad de los adoptantes y mayor tiempo de casados. Con el transcurso del tiempo se han ido modificando las concepciones de familia y esto ha traído aparejado una flexibilización en torno a algunos requisitos que ellos deben cumplir.

Al mismo tiempo se han ido estableciendo más especificaciones en torno los procesos de adopción, algunos de los más importantes son: la supresión de las guardas otorgadas por autoridades administrativas o escritura público, la necesaria intervención del ministerio público para preservar los procedimientos y los derechos de los involucrados (sobre todos de los niños) y se duplican los procedimiento judiciales (el de guarda con fines de adopción y el de adopción).

Estas modificaciones no han sido aisladas, sino por el contrario han estado enmarcadas en nuevas legislaciones. La reforma de 1994 de la constitución nacional implicó la modificación del bloque constitucional de nuestro país con el art. 75 inc. 22 que incluye con rango constitucional la convención sobre los derechos de niño entre otros tratados internacionales vinculados a los derechos humanos y la infancia.

1.5. Teorías sobre la adopción

Existen diferentes teorías jurídicas que explican la adopción y que serán mencionadas brevemente:

- a) Teoría Contractualista.
- b) Teoría del Acto Jurídico.
- c) Teoría de la institución.
- d) Teoría de la relación jurídica

Algunos autores plantean la existencia de otras dos teorías:

- e) Teoría de la Situación Irregular.
- f) Teoría de la Protección Integral.

a) La teoría contractualista considera que la adopción depende de la voluntad de las partes. Para algunos se trata de un contrato solemne entre las partes de la relación, el adoptante y adoptado. Se advierte en esta teoría el espíritu civilista del acuerdo de voluntades. El concepto que predominó los derechos poderes propios del “acuerdo de voluntades” es el interés del adulto prescindiendo del interés del niño.

En este sentido, se puede observar que la ley 13.252 aceptaba las guardas de hecho, es más era requisito probar (art. 6) haber tenido bajo su cuidado al niño durante dos años, por lo que se presume que estaba permitida la entrega de los niños por sus progenitores, cual si fueran objeto disponible. Las figuras con capacidad para “contratar” eran los adultos, padres biológicos y adoptivos.

b) Para la Teoría del Acto Condición, la adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, donde los interesados ponen en movimiento, en su beneficio la institución de la adopción. Para esta teoría la adopción no es típicamente un contrato, sino un acto jurídico bilateral y complejo.

c) Desde la teoría de la institución se encuentran quienes entienden que se trata de una institución de derecho privado, que estaría para ellos fundada en un acto de voluntad del adoptante. Institución que surge de la sentencia del juez cuando establece entre dos personas una relación similar a la que surge de la filiación.

Para otros, la institución pertenece al derecho de familia, de derecho público y otro grupo considera que por su especificidad está encuadrada en el derecho de menores, esta última considera que los fines de la adopción son de protección de los niños, y que es una institución jurídica solemne y de orden público, que crea entre las personas relaciones de paternidad y filiación.

d) Teoría de la relación jurídica. Se puede definir a la relación jurídica como un vínculo que surge de la relación de un supuesto normativo, entre dos o más sujetos, uno de los cuales se denomina “sujeto activo” y el otro “sujeto pasivo”. Esta relación es jurídica en tanto el ordenamiento jurídico entiende que es relevante, dada su necesidad de tutela jurídica.

No amerita mayor explicación, es evidente que el sujeto que pone en juego sus capacidades es el adulto ante el niño que es el pasivo.

Se puede observar que la mayoría de las teorías, salvo las teorías que propugnan a la adopción como de orden público, promueven o legitiman la adopción como un contrato entre partes (adultos).

En cuanto a las teorías de la situación irregular o la teoría de la protección integral, en esta investigación son consideradas como una matriz de pensamiento desde donde se mira la infancia, lo que quiere decir que va más allá de la temática puntual de la adopción.

f) Teoría de la situación irregular. La primera ley específica en relación a la infancia fue la 10.903 o ley de patronato en 1919, que establecía que el “patronato” del estado se ejercía a través del poder judicial. Esta ley ordenaba la intervención de este

poder cuando se detectara que un “menor” había sido abandonado o corría peligro material o moral. Se advierte lo valorativo y por lo tanto subjetivo de ello, ya que no define cuales son los indicadores de esas circunstancias.

En la década del ´30, se crea primero en Buenos Aires y luego en Mendoza, el sistema de justicia de “menores”. Estos jueces poseen facultades para disponer del “menor” -que era “objeto de tutela”- y tomar las medidas que entendieran convenientes.

Méndez (1992) al analizar esta teoría marca diferencia en el universo de la infancia. Por un lado distingue una minoría, con sus necesidades básicas largamente satisfechas (niños y adolescentes) y por otro una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores). Explica que para la primera categoría (niños y adolescentes) las leyes de “menores” resultan como mínimo absolutamente indiferentes. Para la segunda categoría, las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, condicionan y determinan su existencia cotidiana desde el nacimiento, hasta su eventual “transferencia social” vía el trámite de la adopción o el sometimiento a algún tipo de confinamiento institucional por medio de la internación. Este autor considera que la ideología que sustenta esta teoría es la de la compasión-represión.

La ley 10.903 “de patronato” fue derogada en el 2005.

g) Teoría de la protección integral. Se corresponde con la ley 26.061 vigente actualmente, aunque con algunas dificultades en su aplicación.

Considera al niño como sujeto de derechos y tiene en cuenta derechos específicos de acuerdo a su etapa de desarrollo.

En materia penal, a diferencia de la ley de situación irregular, considera infractor penal al adolescente y transgresor penal al niño, para el primero establece medidas socioeducativas y para el segundo medidas de protección. El infractor penal debe ser juzgado con las garantías que la ley señala, advirtiéndose que la discrecionalidad característica de la doctrina anterior ha cesado.

La doctrina de la protección integral se basa fundamentalmente en el interés superior del niño.

El niño al igual que el adulto es un sujeto de derechos. Todo derecho de un sujeto presenta un obligado a satisfacer ese derecho, en materia de adopción se advierte

que el niño tiene derecho a tener una familia con la correspondiente obligación por parte del estado de garantizarlo.

Por otra parte los adultos solo tienen la posibilidad de ser objetos de la satisfacción del derecho del niño, es decir no existe regulación alguna que obligue al estado a garantizar que quienes se presenten como pretendientes adoptantes, serán adoptantes. De pensarse de esta óptica se volvería a transformar al niño en un objeto que satisface el deseo adulto.

Con la ley 26.061 se rompe la lógica de pensar en la niñez como “disminuidos”, para entender que son sujetos de derechos y en el caso de derechos contradictorios debe prevalecer el derecho de éstos.

Capítulo 2.

Las adopciones dirigidas.

En este capítulo se empieza a definir qué se entiende por adopciones dirigidas; su origen, su modalidad, los sujetos involucrados, de modo de estar en mejores condiciones para profundizar en el próximo capítulo sobre el debate actual en torno a esta temática.

2.1. Definición

Las adopciones dirigidas se definen en esta investigación como la sentencia judicial que otorga la adopción de un niño a un tercero con el consentimiento o impulsado por su/s progenitor/es, quienes “eligieron” ese tercero.

Es importante recordar lo planteado en el capítulo primero en relación al origen de la adopción. El levirado, que consistía en que cuando un hombre moría sin descendencia, su hermano engendraba un hijo con la viuda que era considerado a todos los efectos hijo del hermano muerto.

Otro ejemplo es el Yoyan-Zan y Satar-Zan del antiguo Irán, a partir del cual el primer hijo que tenía una mujer luego de su matrimonio no era de su marido, sino considerado como hijo del padre o del hermano muerto de la esposa, que hubiese fallecido sin hijos varones. O inclusive de un tercero extraño a la familia, que hubiera pagado para ello.

Si se piensa en las adopciones dirigidas como “la cesión de los derechos de los progenitores a favor de terceros”, se puede advertir que esta práctica ha estado presente desde antaño, legitimada desde sus orígenes por cuestiones religiosas, económicas o por la necesidad de descendencia.

En este sentido es importante mencionar que el código civil no estipula la figura de renuncia a la patria potestad² y que la ley vigente (24.779) establece que la guarda con fines de adopción es la otorgada judicialmente.

² El Código Civil en el artículo 306 establece: “La patria potestad se acaba:

1. Por la muerte de los padres o de los hijos;
2. Por profesión de los padres en institutos monásticos;
3. Por llegar los hijos a la mayor edad;

Desde la doctrina hay dos posiciones cristalizadas en relación a las adopciones dirigidas; sus defensores y sus detractores. Ambos posicionamientos se basan en argumentaciones jurídicas.

Se considera que estas líneas argumentativas están atravesadas por dos paradigmas, la de la situación irregular (el niño como objeto de protección) y la de la protección integral (el niño entendido como sujeto de derecho).

Asimismo y relacionado con esos paradigmas se encuentran dos posiciones en torno a las adopciones. La posición contractualista y la anticontractualista.

4. Por emancipación legal de los hijos sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización;

5. Por adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.579 B.O. 22/12/2009)

Art. 307. Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad:

1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.

2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero.

3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 26.618 B.O. 22/7/2010).

Art. 308. La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985.)

Art. 309. El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la Ley N° 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1° y 2°, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 12 del Código Penal.

Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias del caso.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985.)

Art. 310. Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad.

(Artículo sustituido por art. 73 de la Ley 26.061 B.O. 26/10/2005.)

La teoría contractualista establece que la base de la adopción es un acuerdo de voluntades, mientras que la segunda niega esa posibilidad.

Desde una de las ópticas anticontractualistas, que es tomada en esta investigación, se considera que la adopción es un instituto del derecho de familia, que es de orden público y que se trata de un derecho indisponible.

Estas teorías han atravesado diferentes normativas, basta recordar la que establecía la posibilidad de la “entrega directa” por intermedio de un acto administrativo o escritura pública, que luego con el transcurso del tiempo fue modificada, prohibiéndose actualmente dichas prácticas. El código civil actual estipula que la guarda con fines de adopción es la otorgada judicialmente y prohíbe explícitamente en el art. 318, la entrega en guarda de los niños mediante escritura pública o acto administrativo.

Sin embargo, en nuestro país existen las “entregas directas” o “guardas de hecho” con fines de adopción, a partir de la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad (los progenitores), sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se “hace cargo” de un niño cumpliendo las funciones propias del rol de “padres”.

Generalmente el procedimiento es el siguiente; luego de la “entrega directa” y transcurrido un tiempo quienes “cuidan” al niño se presentan a la justicia solicitando su adopción con el “visto bueno” de los progenitores y ya habiendo generado un vínculo con el niño. Argumentan que es lo mejor para el infante, puesto que no sería conveniente que éste sufra otro desapego, lo que le causaría un daño irreparable, por lo que el interés superior del niño para algunos es el mantenimiento del status quo.

Ante ello, los jueces se encuentran “entrampados” en lo que la legislación establece, sobre todo en torno a los procedimientos y lo “mejor” para el niño, quien ya ha establecidos un vínculo afectivo con sus guardadores.

Como modo de dar un poco de luz al respecto el nuevo código civil, recientemente aprobado, en el art. 611 establece: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los 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”.

Como se observa, el nuevo código civil estipula expresamente la prohibición de estas “guardas de hecho” con fines de adopción que hasta ahora son una modalidad más o menos instituida de acuerdo al criterio discrecional del juez.

Para algunos la nueva legislación, deja abierta una posibilidad para las “entregas directas” cuando plantea la excepción, al referirse a un vínculo de parentesco o afectivo, entre los progenitores y el o los pretendidos guardadores.

Sin embargo, la intencionalidad del legislador se clarifica cuando estipula que las guardas judiciales y la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental no deben ser consideradas a los fines de la adopción.

A pesar de la legislación proyectada, se observa que algunas prácticas están enquistadas, evidenciando que en los procesos de cambio hay resistencia, y en este caso la legislación va por un camino y algunas prácticas insisten en ir por otro.

2.2. Sujetos involucrados

En las distintas leyes que regularon la adopción se advierte centralmente la presencia de dos protagonistas: el niño/a y los adoptantes, pero también se le otorga un espacio a los progenitores de acuerdo a su modo de actuar.

En esta investigación se consideran sujetos involucrados en la adopción:

Niño, niña o adolescente

Ese niño/a atraviesa distintas situaciones que lo llevan al estado de adoptabilidad:

Por un lado se encuentran los niños que adquieren ese estado sin el consentimiento de los progenitores; generalmente previo a ello ocurren evaluaciones psicosociales

(elaboradas por psicólogos y/o trabajadores sociales) a partir de una denuncia que identifica que el niño en su grupo familiar se encuentra en riesgo bio-psico-social.

Por otro lado se encuentran los niños que alcanzan el estado de adoptabilidad con el consentimiento de la progenitora o de los progenitores. En este caso los padres biológicos o uno de ellos manifiestan su imposibilidad o falta de deseo de responsabilizarse por la crianza del niño/a. Generalmente esta explicitación, cuando se trata de un recién nacido, es realizada en algún establecimiento de salud por la madre y es confirmada en el cede judicial.

También se encuentran los niños que son dejados en lugares públicos (iglesias, plazas) y que se desconocen sus progenitores.

Es importante mencionar que los grupos familiares se encuentran inmersos en un contexto socio histórico, donde se construyen cuáles son los indicadores que llevan a que las familias sean meritorias o no de protección o de sanción social.

Dentro del estado, se dividen las estrategias. Desde el poder ejecutivo se ponen en movimiento dispositivos de contención o de protección del niño y su familia. Generalmente cuando interviene el poder judicial, ya no son estrategias de promoción social, sino que actúa el sistema de control social con una impronta de sanción que recae sobre las familias.

En el caso de las guardas de hecho con fines de adopción, se advierte que es una entrega directa del niño por los padres biológicos a terceros, sin intervención de las instituciones del estado, quienes generalmente intervienen cuando la entrega ya se ha realizado.

En el caso de las “renuncias” dirigidas con fines de adopción, generalmente las madres solas son entrevistadas por psicólogos dependientes del poder judicial quienes toman “la renuncia” a la patria potestad y paralelamente como último hecho de “disposición” la progenitora “elige” quienes o quien va a cobijar al niño/a.

Esto se va a discutir en el transcurso de esta investigación, por ahora solo se va a decir que se considera que la patria potestad no es algo de lo que pueda disponerse.

Pretensos adoptantes

Generalmente parejas heterosexuales que se presentan de manera directa al órgano encargado de su inscripción como postulantes a la adopción. También se presentan personas solas, mayoritariamente mujeres, sin descendencia y a partir de las últimas modificaciones legislativas también lo hacen algunas parejas homosexuales.

En Argentina es un órgano dependiente del poder judicial el encargado de la evaluación psico-social de los pretensos adoptantes, quienes deben ratificar su deseo anualmente, debiendo ser re evaluados por los equipos interdisciplinarios.

Los pretensos adoptantes pueden ser personas que no tienen hijos (en general por problemas de infertilidad), quienes si los tienen (biológicos o adoptivos) y deciden postularse como adoptantes, quienes ya tienen en adopción simple de un niño y quieren que sea adopción plena, buscando darle mayor protección legal y quienes buscan la llamada “adopción integrativa” para dar lugar a una ligazón legal allí donde afectivamente ya existe una vivencia de padre-madre. En este caso la adopción busca la legalización de una relación de hecho, formando una única familia en lo jurídico.

En el caso de las adopciones dirigidas los pretensos adoptantes son personas que a partir de una relación con la progenitora (o con algún familiar) del niño se ocupan de su cuidado. En algunos casos cumplen con algunos requisitos para la adopción como la inscripción en el registro único de aspirantes a la adopción, y en otros casos no están inscriptos.

Asimismo, en algunos casos solicitan la guarda judicial inmediatamente luego de la entrega del niño, y en otros dejan pasar un tiempo absolutamente variable, para luego solicitarla.

En algunos de estos casos pretenden que la guarda de hecho sea computada a los fines de iniciar el trámite de adopción y en otros sólo desean exponer la situación judicialmente para luego pedir la guarda con fines de adopción.

Estos temas serán desarrollados más adelante cuando se analice la jurisprudencia en la materia.

Progenitores

El tercer sujeto partícipe de la adopción son los progenitores o uno de ellos, generalmente la madre.

En algunos casos suelen entregar al niño a un tercero o dejarlo en alguna institución o exponer su decisión judicialmente sin intermediarios y en otros casos no se tiene conocimiento de su identidad por el abandono.

Los progenitores también pueden ser privados de la patria potestad, como sanción por encontrarse sus hijos en situaciones de maltrato o abandono. Este procedimiento debe ser riguroso para preservar el derecho del niño a permanecer en su familia nuclear o ampliada, pero en la práctica concreta suele demorar más de lo previsto legalmente y al prolongar tanto los tiempos se suele perjudicar al niño, quien al no estar en condiciones legales de ser adoptado pasa de una familia sustituta provisoria a otra o de una institución a otra, limitándose sus posibilidades de ser adoptado.

Otro es el caso de los progenitores que mantienen contacto con los niños que están bajo alguna medida de abrigo, lo que en algunos casos impide la inclusión del niño en una familia adoptiva. En otros casos el contacto se mantiene y el niño es, mediante la adopción simple, integrado en un grupo familiar.

Con el transcurso del tiempo se ha ido flexibilizando la posibilidad del contacto con el niño desde la familia biológica, inclusive en algunos casos de adopción plena.

La ley de adopción 13.252 (ya no vigente) en su art. 9 establecía que los progenitores del adoptado eran parte esencial en el juicio, siempre que no hubiesen perdido la patria potestad

Esta legislación consideraba necesario oír a los progenitores, lo que no implica que fuera necesario su consentimiento. Sólo se podía obviar esta escucha en el caso de la pérdida de la patria potestad.

En la segunda ley de adopción (ley N° 19.134) los progenitores no eran parte en el juicio y su participación era excepcional, el juez no tenía necesidad de citarlos y en algunos casos no admitía su presentación espontánea, como lo estipula en el Art. 11.

Esta legislación fue cuestionada por quienes sostenían que era inconstitucional, ya que violaban el derecho de defensa en juicio, porque entienden que el ejercicio de este derecho no debe quedar a criterio del juez, puesto que está establecido constitucionalmente.

El Código Civil vigente, divide el trámite en dos etapas. La primera es el procedimiento para el otorgamiento judicial de la guarda pre-adoptiva, donde existe cierta presencia de los progenitores.³

Luego de transcurrido un tiempo se puede poner en movimiento el juicio de adopción, donde los padres biológicos ya no son tenidos en cuenta.⁴

³ Código Civil

Art. 317. Son 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.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

⁴Código Civil

Art. 321. 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;

Las críticas a la legislación anterior en torno al derecho de defensa de los progenitores pueden considerarse oportunas de ser aplicadas en esta ley.

Otros actores

Estado. Poder Judicial

El cuarto actor, estrictamente necesario para el proceso de adopción, es el poder judicial, que con sus funcionarios le da el carácter legal a la relación.

Hasta que no exista sentencia judicial, se puede hablar de una relación de hecho, pero no de una adopción. Generalmente intervienen diferentes sujetos desde ese poder; trabajadores sociales, psicólogos y necesariamente diferentes funcionarios del ámbito de la justicia, los asesores de menores desde ministerio público y los jueces.

En el caso de las adopciones dirigidas este actor es esencial y tiene especial incidencia en la vida de los otros sujetos, puesto que a partir de su evaluación, se puede convalidar una situación de hecho y otorgar la guarda con fines de adopción a los guardadores de hecho, o puede modificar la guarda del niño, ordenando medidas de protección como puede ser que sea cuidado por alguna familia sustituta provisoria o por

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.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

pretensos adoptantes que cumplan con lo pautado en la normativa. También en algunos casos puede ordenarse la ampliación de la evaluación a la familia ampliada.

Éstas son distintas posibilidades de acuerdo al criterio del juez y a las características del caso, como se verá cuando se analicen casos concretos a partir de la jurisprudencia.

Se puede observar que en las adopciones dirigidas hay varios actores involucrados, no son solo el niño (y sus necesidades) y los pretensos adoptantes (idoneidad, cumplimiento o no de los requisitos y modo de actuar), también es central la evaluación de los progenitores (posibilidades, deseos, familia ampliada y sus motivaciones), en este sentido, es fundamental la intervención del poder judicial, sujeto que evalúa las actuaciones/posibilidades de los otros involucrados y quien le otorga legalidad a la filiación.

Al respecto es central que desde este último actor se tomen los recaudos necesarios para que las evaluaciones y decisiones sean lo más rápido posible, ya que de ello depende en gran parte el futuro del niño (psico-emocional) y sus posibilidades de inclusión en una familia y el lugar a ocupar en ella.

Es fundamental el reconocimiento del pretense adoptado como sujeto de derecho, quien debe ser protegido por el estado, a partir de la puesta en marcha de los recursos institucionales con los que cuenta, impidiendo la vulneración de sus derechos. Es el estado el responsable de garantizarle al niño un “hogar”, pero fundamentalmente del reconocimiento de su dignidad como sujetos de derecho y por lo tanto de la sanción cuando es tratado como si fuera un objeto transable.

Las adopciones dirigidas o “entregas directas” son una realidad, y al respecto hay diferentes argumentaciones que varían, como se verá en el próximo capítulo, desde la justificación en el derecho de la madre, en el pleno ejercicio de la patria potestad y en pos del bienestar del niño, hasta quienes entienden que a partir de ellas se vulneran derechos personalísimos del niño, al cosificarlo, entregándolo cual si fuera una transacción.

Estos aspectos serán analizados con más profundidad al estudiar la jurisprudencia.

Capítulo 3.

La ley y las adopciones dirigidas en nuestro país.

En este capítulo se analiza la legalidad o no de las adopciones dirigidas en nuestra legislación. Para ello se observará la articulación con otras normas de carácter superior como son la constitución nacional y algunas constituciones provinciales.

También se analizará con más detalle la legislación vigente y la que entrará en vigencia a mediados del 2015 a partir de la reciente aprobación del nuevo código civil.

3.1. Vigencia de principios constitucionales en torno a la temática

Se observarán algunos artículos de la constitución nacional y de la constitución de algunas provincias, donde se advierte que se declara como principio la protección de la persona y su dignidad.

Este principio se considera fundamental, los seres humanos independientemente de su edad no pueden ser privados de su reconocimiento como persona y de su derecho a un trato digno.

Los niños merecen un trato más cuidado por sus características que le imprimen una vulnerabilidad especial, por lo que la protección del estado y de los particulares debe ser aún mayor.

A continuación se mencionarán algunas normativas que protegen estos derechos. Para luego realizar un breve análisis de lo expuesto y su relación con la temática en estudio.

Constitución Nacional

En la constitución nacional y en las constituciones provinciales se encuentra el principio de protección de la dignidad humana y en particular la dignidad de los niños.

La mirada del niño como sujeto de derechos, tiene rango constitucional a partir de los tratados internacionales que están incorporados en nuestra constitución a partir de la reforma de 1994; en especial la convención de los derechos del niño.

Esta convención, no solo establece la calidad de sujeto de derechos de los niños, sino que clarifica la responsabilidad del Estado en la satisfacción de estos derechos.

Desde la ley suprema se ordena el trato digno para todas las personas, lo que implica su sanción en caso de trato inhumano.

En este sentido cabe preguntarse sobre qué es la cosificación del niño, cuando se lo considera un objeto transable, algo de lo que los adultos pueden disponer y cual si fuera un “inmueble” obtener la “posesión” por el mero transcurso del tiempo. Esto suele ocurrir con las adopciones dirigidas, que se justificadas a partir del vínculo creado a partir del paso del tiempo.

En el articulado de la constitución nacional en el artículo 15⁵ se clarifica la ilegalidad de la compra y venta de personas, delito al que están expuestos (por su estado de desarrollo y vulnerabilidad) los niños. El Estado debe arbitrar los mecanismos conforme los tratados internacionales para impedirlo y sancionarlo.

En relación a ello se puede mencionar que en algunos casos de entregas directa de los niños por parte de sus progenitores o de alguno de ellos (como se verá en un caso cuando se trate la jurisprudencia), esta “entrega” está signada por el intercambio o beneficio de quienes “ceden” su cuidado y quienes reciben al niño. En algunos casos existe un tipo de intercambio, circunstancia que está prohibida por la ley al establecerse la prohibición de la venta de personas. Las “entregas” no necesariamente son retribuidas por dinero, sino que también pueden estar asociadas a otro tipo de beneficio.

La convención de los derechos del niño, con rango constitucional⁶ establece, en cuanto a los cuidados especiales de los niños en situación de vulnerabilidad, que los

⁵ Constitución Nacional

Artículo 15. “En la Nación Argentina no hay esclavos... Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables, y el escribano o funcionario que lo autorice...”.

⁶ Constitución Nacional

Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por

Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Ordena que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, quienes debe determinarlo de acuerdo a la legislación, los procedimientos y de acuerdo a la información pertinente y real.⁷

Cuando en la convención se plantea como requisito sine qua non para la adopción, la participación de autoridad competente, basada en información pertinente y real, es decir sin hacer juicios de valor (prejuicios), lo que se busca es ordenar los procedimientos ya que las modalidades establecidas de hecho suelen dejar brechas que terminan siendo perjudiciales para los niños, dejando abierta la puerta al tráfico de

ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

⁷ Convención de los derechos del niño.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, 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.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario...

éstos, por lo que también se estipula el debido asesoramiento en aquellos casos en que existe un “consentimiento” de los familiares.

Algunas constituciones provinciales

Constitución de la provincia de Córdoba

El preámbulo de esta constitución determina como finalidad de la misma exaltar la dignidad de la persona y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

Consta de varios artículos que ordenan el respeto a la dignidad humana, entre los que se pueden mencionar el art. 4; que ordena el respeto a la dignidad y la integridad física/moral de las persona como derechos inviolables y establece la responsabilidad de la comunidad y en especial de los poderes públicos en su protección.⁸

En relación al art. 15 de la constitución nacional que plantea la ilegalidad de la compra y venta de personas, el artículo 7 de la carta magna provincial estipula que todas las personas en la provincia son libres e iguales.

Respecto a la infancia y relacionado con la temática de adopción, en el artículo 25 establece el derecho del niño a la protección del estado, que debe garantizar el pleno goce de los derechos especialmente en situaciones de vulnerabilidad.⁹

Constitución de la provincia de San Juan

⁸Constitución de la provincia de Córdoba.

Artículo 4.- La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.

⁹Constitución de la provincia de Córdoba

Artículo 25.- El niño tiene derecho a que el Estado, mediante su responsabilidad preventiva y subsidiaria, le garantice el crecimiento, el desarrollo armónico y el pleno goce de los derechos, especialmente cuando se encuentre en situación desprotegida, carente o bajo cualquier forma de discriminación o de ejercicio abusivo de autoridad familiar.

En esta carta magna se observan varios artículos que están relacionados a la protección de los niños y de su dignidad. Establece que el bienestar y la elevación de la dignidad de la persona son premisas básicas. También que la vida, la integridad moral, física, psicológica y socio cultural, son derechos inviolables de las personas.¹⁰

En cuanto a la condición de personas, prohíbe los actos degradantes o inhumanos y hace responsable a la autoridad que lo realice o permita y quien por su negligencia produzca efectos parecidos, responsabilizando al estado de la reparación de los daños (Art.16).

Para esta investigación merece especial atención el artículo 19 que se transcribe: “Toda humillación a la persona por motivos de instrucción, condición socio-económica, edad, sexo, raza, nacionalidad, religión, ideas o por cualquier naturaleza, es castigada severamente”.

De esta manera, deja en claro que todas las acciones que denigren la dignidad humana, deben ser sancionadas. En relación a la temática en estudio se considera en esta investigación que la entrega directa de un niño, de quien se dispone como si fuera una cosa, lo denigra (como se viene planteando) en su condición de persona.

En consonancia con la convención de los derechos del niños, la constitución de San Juan considera fundamental la protección de la familia por parte del Estado (art. 52), por lo que éste debe elaborar programas de apoyo materno- infantil y sistemas de protección para los problemas económicos y sociales de la infancia.

En este sentido se puede considera que es obligación del estado el resguardo de los derechos del niño y de las familias, por lo que no puede estar motivada la adopción en las dificultades económicas, o la selección de los adoptantes en base a la situación económica de ellos.

Constitución de la provincia de Buenos Aires

¹⁰Constitución de la provincia de San Juan.

Artículo 5º.- El bienestar y la elevación de la dignidad de la persona, basados en la libertad, en el conocimiento y en la solidaridad económica y social, constituyen premisas básicas en la organización política y social de San Juan.-

Establece con claridad que todas las personas gozan de derechos, entre los que menciona el respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral.¹¹

Y al igual que la constitución nacional en el art. 32, ratifica las leyes de libertad de vientres.

En cuanto a la protección de la familia y la infancia promueve la eliminación de los obstáculos que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Específicamente en torno a la niñez, establece su derecho a la protección, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica.¹²

Constitución de la provincia de Río Negro

Para concluir con el análisis de algunas constituciones provinciales se va a observar que la Constitución de Río Negro tiene un artículo específico en relación a la dignidad humana; art. 16: “Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie

¹¹Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Artículo 12.- Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos:

- 1- A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.
- 2- A conocer la identidad de origen.
- 3- Al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral.
- 4- A la información y a la comunicación.
- 5- A la inviolabilidad de los documentos privados y cualquier otra forma de comunicación personal. La ley establecerá los casos de excepción en que por resolución judicial fundada podrá procederse al examen, interferencia o interceptación de los mismos o de la correspondencia epistolar.

¹²Constitución de la provincia de Buenos Aires

Artículo 36.- La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

- 1- De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material.
- 2- De la Niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos.

puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que lo ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.”

Como se puede observar la dignidad del hombre es una premisa fundamental en la legislación, en ésta última se advierte que la dignidad está a la misma altura que el derecho a la vida, cosa que no es azarosa, pues si se entiende que la persona tiene derecho a la vida por el solo hecho de ser persona, por esta misma razón es que no se le puede negar su dignidad, de lo contrario se le negaría su cualidad de persona.

En este sentido es importante precisar que se entiende por dignidad y qué relación tiene ese principio con la situación de entrega de hecho de los niños que se analiza en este trabajo.

La constitución de Córdoba, por ejemplo, le atribuye a la dignidad humana, el carácter de inviolable, constituyendo un valor fundamental en el ordenamiento jurídico.

En esta investigación se entiende que la dignidad humana no es un derecho del hombre, sino que va más allá, es el fundamento de los derechos del hombre. Es lo que hace que una persona sea persona, por lo que todo aquello que tienda a negar su dignidad es negar su condición de ser humano.

En relación a las guardas de hecho con fines de adopción, se advierte que esta “disponibilidad” de los progenitores para con sus hijos, niega la humanidad de éstos, transformándolos en un objeto intercambiable y permitiendo un tráfico de los niños al margen de la ley, más allá de los deseos o argumentos altruistas de algunos.

Se puede decir entonces, que la entrega de hecho de los niños va en contra de los derechos consagrados en el derecho internacional, en la constitución nacional y en las cartas magnas provinciales.

A continuación se analizará la legislación específica de la infancia y de los derechos de los niños.

3.2. Análisis de la legislación actual

La ley Nacional N° 26.061 aprobada en el 2005 tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y por los tratados internacionales suscriptos y ratificados por las autoridades correspondientes.

Los derechos reconocidos allí son exigibles y están basados en el interés superior del niño.¹³

Algunos de los representantes más reconocidos de la doctrina de la protección integral son los doctores Emilio García Méndez, Alejandro Barata, Elías Carranza, Antonio Amaral Da Silva.

¹³Ley 26.061

Art. 3. Interés superior. 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 hubiesen 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, la 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 intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Esta doctrina está sustentada por: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad y por las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

La ley 26.061 establece que la convención sobre los derechos del niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Y que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Se considera fundamenta lo establecido en esta legislación, ya que determina que los derechos y las garantías de los niños son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En consonancia con lo planteado en el punto anterior, es de destacar que al ser de orden público no pueden ser modificados por los particulares, es decir, los progenitores no pueden disponer a su arbitrio de sus hijos puesto que éstos son portadores de derechos intransigibles e irrenunciables, por su condición de sujetos de derechos.

En cuanto a la temática en estudio se considera determinante el art. 9 de esta ley que establece que los niños tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Es fundamental este articulado puesto que establece explícitamente el derecho a la dignidad y la consecuente prohibición a cualquier tipo de trato humillante, secuestro o tráfico y agrega para cualquier fin, lo que incluye el deseo “altruista” de algunos adultos, que buscan satisfacer su necesidad de trascendencia con la crianza de un niño/a, argumentando una supuesta protección de un niño desamparado.

Y en este sentido es importante el artículo que define el interés superior del niño, en el último párrafo, que aclara que de existir conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros.

La ley de protección integral establece el derecho de permanecer con su familia, salvo excepciones; cuando es negativo para el crecimiento y desarrollo del niño, en estos casos y en forma excepcional tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Para esta investigación se considera fundamental ello, ya que quienes tienen derecho a una familia adoptiva son los niños, no los adultos, quienes se transforman en satisfactores de ese derecho.

La regulación de la adopción se encuentra en el código civil, el art. 311 (vigente) que explicita el carácter judicial de la adopción “La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos cuando: 1º; se trate del hijo del cónyuge del adoptante.2º; exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.”

Que la adopción se otorgue por sentencia judicial a instancia del adoptante quiere decir que debe haber un sujeto que cuenta con capacidad para solicitar ser quien satisfaga el derecho del niño. Lo que establece esta norma es que debe haber un adulto que solicite la adopción de un niño, no que al solicitarlo esté garantizado su otorgamiento.

En cuanto a la posesión de estado de hijo, se puede decir que es una situación de hecho. Quien aparece como titular de un derecho goza de las ventajas y soportan los deberes propios de ese lugar, por lo que algunos autores entienden que la posesión es la imagen del derecho.

Los hechos que crean la apariencia del estado de hijos son; el nombre, el trato y la fama y entre las funciones de la posesión del estado de hijo están relacionados a la prueba en torno a la paternidad - maternidad. En este artículo se refiere a situaciones de conflicto en donde está en cuestión la filiación, la herencia, el reconocimiento de hijo

mayor de edad que hubiera muerto, cuando hay diferencia entre la partida de nacimiento y la posesión de estado y al ejercicio compartido de la patria potestad.

Se advierte que cuando se habla del estado de hijo no se busca flexibilizar alguna norma en torno a la adopción. De todas maneras, cabe la pena aclarar que se habla de posesión de estado en casos excepcionales, cuando se trata de un mayor de edad o de un menor emancipado.

De todas maneras no debe perderse de vista la prioridad en el cumplimiento de los derechos del niño, cuando éstos entren en contradicción con otros derechos.

En el capítulo anterior se analizó como se fueron flexibilizando algunos requisitos para ser adoptantes, en este sentido actualmente el art. 315 del Código Civil establece que puede ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en el código, cualquiera fuera su estado civil, debiendo acreditar la residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

Y prohíbe la adopción a quienes sean menores de treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados y los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos. Tampoco podrán adoptar los ascendientes a sus descendientes; o un hermano a sus hermanos o medio hermano.

Aquí se advierte otro elemento de argumentación en sintonía con lo anterior, el art. 315 explica que existe la posibilidad de ser adoptante quienes cumplan con los requisitos establecidos, no garantiza que al cumplir con lo estipulado serán necesariamente adoptantes. Mientras que por otra parte el Estado está obligado a proteger a la infancia y en ese sentido debe garantizar la permanencia de los niños en su familia de origen y de ser imposible, su inclusión en una familia alternativa.

En relación a los procedimientos, la ley 24.779 de 1997 establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda y el juicio de adopción que otorga la filiación adoptiva. El art. 316 del Código Civil, manda que el (pretenso) adoptante debe tener al niño/a bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, plazo que tiene que ser fijado por el Juez. El juicio de adopción solo puede 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 del cónyuge.

En cuanto a la guarda el Art. 317 estipula los requisitos:

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.

Este artículo establece una nueva contradicción entre la norma y la realidad, puesto que en el caso de “las renunciaciones” (explicitación de las “entregas de los niños”) en la práctica concreta, las autoridades judiciales buscan no cuestionar a la progenitora, y como consecuencia de ello no se indaga en la familia consanguínea ampliada del niño y en muchos casos ni se tiene en cuenta la posibilidad de conocer la identidad del padre biológico y por lo tanto su opinión.

En relación a las guardas de hecho con fines de adopción, el art. 318 prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

Y se estipulan las reglas que deben cumplirse en el juicio de adopción, las que están ordenadas en el art. 321:

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.

En relación a la nulidad el Art. 337. estipula que adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: 1) La edad del adoptado; 2) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado; 3) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres; 4) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges; 5) la adopción de descendientes; 6) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a:

- a) La edad mínima del adoptante;
- b) Vicios del consentimiento.

Se considera útil a los fines de esta investigación este artículo ya que estipula la nulidad absoluta de la adopción cuando hubiese tenido como antecedente necesario un ilícito, incluido el abandono supuesto o aparente del niño. Por lo tanto el abandono supuesto, muchas veces utilizado como argumento para las guardas de hecho, constituye un ilícito del antecedente necesario de la adopción, por lo que ésta sería proclive a la nulidad absoluta.

3.3 Nuevo código civil y comercial. Legislación proyectada

Este nuevo código recientemente aprobado (entrará en vigencia a mediados de este año) determina en el art. 594 que: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.”

Actualmente la ley 24.779 mantiene el doble régimen de adopción (plena y simple) promulgada en 1997. El Código Civil estipula que la guarda con fines de adopción es la otorgada judicialmente y prohíbe, en el art. 318, la entrega en guarda de

menores mediante escritura pública o acto administrativo. De la misma manera la nueva legislación prohíbe en su art. 611 la guarda de hecho.¹⁴

De todas maneras existen estas prácticas. Como se viene planteando en esta investigación, la guarda de hecho consiste en que un tercero con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se “hace cargo” de un niño cumpliendo las funciones propias del cargo de guardador.

Un punto importante a destacar en la nueva legislación, relacionado a la temática que se investiga es que la transgresión de esta norma, habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se basa en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y los pretendidos guardadores del niño.

Estipula que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Como se advierte, prohíbe estos usos que tienen como finalidad “conseguir” la adopción de un niño. Costumbres que no buscan satisfacer el derecho del niño de tener una familia, su óptica es diferente. Estas situaciones que hasta ahora son una modalidad más o menos instituida de acuerdo al criterio discrecional del juez, se modifica con la nueva legislación.

Para esta investigación se consideran fundamentales los primeros artículos:

En el artículo 1 el nuevo código establece las fuentes y aplicación. “Los casos en que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”.

¹⁴Ley 26.994

Art 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores y otros familiares del niño....

Y en el segundo artículo plantea que la ley debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En relación a la adopción, la nueva normativa ordena de manera significativa esta temática:

- 1) Incorpora una parte general, donde define la adopción (art 594) y establece los principios generales, que permiten visualizar su finalidad, a saber:
 - a) el interés superior del niño;
 - b) el respeto por el derecho a la identidad;
 - c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
 - d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
 - e) el derecho a conocer los orígenes;
 - f) el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.
- 2) Define y el reconoce tres tipos diferentes de adopción: de menores que puede ser plena o simple, de mayores, establecida en el art. 597 inc. a y b y la adopción de integración, sección 4ta arts. 630 a 633.
- 3) Regula la Adopción en el extranjero, arts. 2635 a 2638.
- 4) Establece el derecho a conocer sus orígenes. Art. 596
- 5) Ordena los diferentes procesos para alcanzar la adopción, que constan de instancias administrativas y judiciales:

- Reglamenta el proceso para declarar la situación de adoptabilidad (art. 607 a 610)¹⁵.

- Regula la guarda con fines de adopción (art. 611 a 614), para esta investigación es fundamental tener en cuenta el art. 613 donde el juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. Puede convocar para ello al organismo administrativo que intervino en el proceso de la declaración de la situación de adoptabilidad. Esto es fundamental, porque establece el modo de seleccionar los pretendientes adoptantes para que ejerzan la guarda con fines de adopción, explicitando que es el juez quien los selecciona y no los progenitores.

En el artículo siguiente aclara que el plazo de guarda no puede exceder los 6 meses acortando los plazos en relación a la ley vigente, donde el periodo de guarda planteado es no menos de 6 meses ni más de 1 año.

- Determina la intervención de oficio. En la Adopción propiamente dicha (art. 615 a 618), la nueva ley establece que una vez cumplido el periodo de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción. Se advierte que interpela al juez para disminuir los tiempos, de modo que el proceso debe iniciarlo de oficio si no hay pedido de parte o de la autoridad

¹⁵ Código Civil (proyectado)

Artículo 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

- a) un niño, niña y 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 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 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 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 inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

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

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

administrativa, estableciendo un cambio significativo, ya que actualmente el art. 311 ordena que la adopción se otorga por sentencia judicial a instancia del adoptante.

6) Regula las relaciones con la familia biológica, considerándola incluso en la adopción plena. Se plantea el mantenimiento de los lazos de origen en la adopción plena y se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios

7) Establece con claridad los requisitos para ser pretensos adoptantes. El niño puede ser adoptado por un matrimonio, por una pareja de concubinos o por una persona y disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, de 18 a 16 años. También reduce la edad para adoptar de treinta a veinticinco años, elimina la condición de duración de tres años en el matrimonio, prescinde de la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal (arts. 599 y 601).

8) Aceptación relativa de la guarda de hecho, no con fines de adopción. El art. 611 establece la prohibición de la entrega directa en guarda de niños, y establece la excepción cuando se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño, pero la misma norma aclara que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser considerada a los fines de la adopción.

Para la visualización de las diferentes reglas en el proceso de adopción, en el código vigente y en el recientemente aprobado se ha construido para esta investigación el siguiente cuadro comparativo:

	Código civil vigente. Ley 340	Nuevo código civil y comercial. Ley 26.994
Principios de la adopción	No están establecidos en un artículo puntual como principios, sin embargo se puede observar que éstos giran en torno al interés superior del niño, al respeto a la	Principios generales. El interés superior del niño. El respeto por el derecho a la

	<p>identidad del niño y al derecho a opinar del niño de acuerdo a su edad y grado de madurez.</p>	<p>identidad.</p> <p>El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.</p> <p>La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas.</p> <p>El derecho a conocer los orígenes.</p> <p>El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.</p>
<p>Juez competente</p>	<p>La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;</p>	<p>El que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendientes adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida.</p> <p>El proceso de adopción se inicia una vez cumplido el período de guarda. El juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.</p>
<p>Partes en el proceso</p>	<p>- Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;</p>	<p>- son parte: los pretendientes adoptantes y el pretense adoptado (si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada).</p> <p>- debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo.</p>

<p>Elección del guardador con fines de adopción</p>	<p>No está establecido en el código civil el modo de seleccionar al guardador</p> <p>Art. 317. Son requisitos para otorgar la guarda:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>b) Tomar conocimiento personal del adoptando;</p> <p>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</p>	<p>El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes.</p> <p>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 pretendientes 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 del niño, niña o adolescente.</p> <p>Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares de niño.</p> <p>La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretendiente guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendientes guardadores del niño.</p> <p>Ni la guarda de hecho, ni los</p>

	<p>Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.</p> <p>d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.</p> <p>El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad.</p> <p><i>(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)</i></p> <p>Art. 318. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.</p> <p><i>(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)</i></p>	<p>supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.</p> <p>Art. 612.- Competencia. La guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara a situación de adoptabilidad.</p> <p>Art. 613.- Elección del guardador e intervención del organismo administrativo. El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos 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.</p> <p>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 pretensos 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 del niño, niña o adolescente. El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenido en cuenta según su edad y</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>grado de madurez.</p> <p>Art. 614.- Sentencia de guarda con fines de adopción. Cumplidas as medidas dispuestas en el art. 613., el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses.</p>
-Requisitos para adoptar	<p>Art. 315. Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.</p> <p>No podrán adoptar:</p> <p>a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos;</p> <p>b) Los ascendientes a sus descendientes;</p> <p>c) A su hermano.</p> <p>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.</p> <p>El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses</p>	<p>Pueden ser adoptantes:</p> <p>Un matrimonio, o ambos integrantes de una unión convivencial o una única persona. Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente</p> <p>En relación al plazo de residencia en el país la nueva ley establece que puede adoptar la persona que resida permanentemente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país. También ordena que se encuentre inscripta en el registro de adoptantes</p> <p>No pueden adoptar:</p> <p>Quienes no hayan cumplido 25 años, salvo que el cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con ese requisito.</p> <p>No puede adoptar el ascendiente a su descendiente. Tampoco se puede adoptar a un hermano.</p>

	<p>del comienzo de la guarda.</p> <p>La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.</p> <p>Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge.</p> <p><i>(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)</i></p>	<p>El art. 616 ordena el inicio del proceso de adopción una vez cumplido el período de guarda. El juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.</p>
Derecho a opinar del pretense adoptado	<p>El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oír 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.</p>	<p>El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.</p> <p>El juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; y si es mayor de 10 años debe prestar su consentimiento expreso.</p>
Medidas para mejor proveer	<p>El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes.</p> <p>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.</p>	<p>El juez a los fines de seleccionar el guardador convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración de situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.</p>
Derecho a la identidad	<p>Art. 321</p> <p>h) Deberá constar en la sentencia</p>	<p>Artículo 596.- Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madures suficiente tiene</p>

	que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;	derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.
Derecho a la privacidad	<p>Derecho a la privacidad</p> <p>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;</p> <p>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.</p>	<p>Derecho a la privacidad</p> <p>Las audiencias son privadas y el expediente, reservado.</p>

A partir del análisis del presente cuadro se advierten diferencias significativas, como es el carácter de parte del pretense adoptado, la necesaria intervención del Ministerio Público (no en carácter de parte) y del organismo administrativo en la nueva legislación.

Los requisitos de los adoptantes se han ido flexibilizando con el cambio de las leyes, ha disminuido la edad establecida, la diferencia de edad entre adoptantes y adoptados, la posibilidad de tener hijos biológicos, sin embargo en la legislación proyectada se establece la necesaria inscripción en el registro único de adoptantes. Por otra parte se han diferenciado con más claridad los diferentes momentos del proceso y en cuanto a la obligación de escuchar a los niños, se agrega la necesaria aceptación cuando el niño tiene 10 años o más.

Graciela Medina (2012) entiende que la inclusión de nuevos procedimientos difícilmente colaboren con la mayor celeridad a la adopción y reconoce que lo que se busca con estos procedimientos y con la intensa participación del órgano administrativo, es dar certeza al procedimiento de adopción y cumplir con la obligación establecida en la convención de los derechos del niño, de preservar su derecho del niño de permanecer en su familia biológica.

A partir del análisis comparativo de la ley vigente y de la legislación a entrar en vigencia se advierte que con la nueva legislación se busca ordenar con más detalle el procedimiento, si bien para algunos esto puede implicar, a pesar de las intenciones de los legisladores, aumentar algunos tiempos.

Lo que sí es de gran importancia para esta investigación es que se cierran un poco más las puertas a la discrecionalidad de los jueces ante los casos de entregas directas, situación que era favorecida por vacíos en la legislación. Puntualmente en la nueva normativa se agrega como se expone anteriormente la necesaria inscripción de los pretensos adoptantes en el registro creado a tal fin.

A partir del análisis de la legislación, se puede advertir que las normativas se han ido encaminando a ponerse en sintonía con las convenciones internacionales, con la constitución nacional y las cartas magnas provinciales. Desde su origen hasta la actualidad se ha ido pasado de una visión contractualista de la adopción a una anticontractualista entendiendo que la adopción es una institución del derecho de familia, de orden público, y centrada en el interés superior del niño. Donde éste debe prevalecer, lo que sólo es posible si se lo considera al niño como sujeto de derecho.

Capítulo 4.

Jurisprudencia

En este capítulo se analiza el caso Fornerón (jurisprudencia internacional) y se mencionan algunas sentencias de distinto grado brevemente y otras son analizadas con más profundidad, buscando en sus argumentos, elementos coincidentes o contradictorios que permitan profundizar en la temática en cuestión.

4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Fornerón

Se analizará brevemente un caso emblemático para la Argentina a nivel internacional, en relación a la temática en estudio, por el cual este país fue sancionado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

Hechos

El 16 de junio de 2000 nace M. Fornerón, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

L. Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a Diana si él era el padre, lo cual fue negado por ella. Tras el nacimiento de la niña, y ante las dudas sobre su paradero y sobre su paternidad, L. Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento L. Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. Fornerón. En el procedimiento judicial sobre la guarda, el progenitor fue llamado a comparecer ante el juez, y manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad.

El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y ésta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M. Fornerón al matrimonio B-Z.

Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana establece su competencia para conocer en este caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Argentina es Estado Parte de la Convención desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal en esa misma fecha.

Elementos significativos de la Sentencia

En el presente caso el Tribunal considera que las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño deben interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y niñas.

Entiende que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las que deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

Ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, por lo que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes,

en función de su interés superior, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y preferentemente temporal.

Considera que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tener en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

Respecto del interés superior del niño, reitera que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Señala que la determinación del interés superior del niño en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. Los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios.

Sostiene que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

Entiende que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos.

La Corte Interamericana valora las acciones del Estado para alcanzar una solución amistosa en este caso, como las medidas del último periodo destinadas a lograr el establecimiento de vínculos entre el señor Fornerón y su hija. Sin embargo, concluye que el Estado violó el derecho “a un proceso tramitado en un tiempo razonable” de acuerdo a lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención.

En cuanto a la conducta de las autoridades, el proceso sobre la guarda judicial se demoró más de tres años.

Al respecto, la Corte ha establecido que no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o de personal para conducir los procesos judiciales, para eximirse de una obligación internacional.

El Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

El Tribunal observa que la demora en el proceso y el transcurso del tiempo constituyeron un fundamento determinante para que el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos resolviera alegando el interés superior de la niña. En dicho procedimiento no se observó estrictamente los requisitos legales.

Considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.

Por ello, la Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso de guarda no actuaron con la debida diligencia y por ello el Estado violó el derecho a las garantías judiciales en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M. Asimismo, entiende que el Estado violó el derecho a la protección de la familia reconocido en la Convención Americana en perjuicio del señor Fornerón y de su hija M.

Finalmente, interpreta que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber:

a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

El primer aspecto se satisface con la reforma, derogación o anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. El segundo, obliga al

Estado a prevenir la violación a los derechos establecidos en la convención, debiendo adoptar las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro. En este caso se trata de acciones específicas, además de nuevas pautas para que lo estipulado en la legislación sea una realidad y no mera aspiración.

El análisis de este caso es sumamente relevante a la hora de pensar el tema en estudio.

En el caso Fornerón se coincide con los argumentos vertidos por el tribunal internacional.

Existe una vulneración de los derechos de la niña y de su padre. La madre biológica dispuso sobre su hija cual su fuera un objeto y en esa cosificación estuvieron involucrados el matrimonio guardador y el estado a partir de los funcionarios del poder judicial. Es importante advertir que al momento de las sentencias ya estaba reformada la constitución nacional, por lo que tenían rango constitucional los tratados de derechos humanos. Las sentencias son posteriores a ello, pero son anteriores a la ley 26.061 que es la ley que permite bajar la mirada de la convención de los derechos del niño a la realidad concreta. Ello no es argumento justificativo, puesto que el interés superior del niño y las leyes que fueron interpretadas por la corte internacional si estaban vigentes y tenían rango superior a las leyes, por lo que los tribunales de provincia deberían haberlas tenido en cuenta. No se cuidó a la niña y a sus intereses.

Si bien la legislación vigente estipula algunas reglas en el proceso de declaración de adoptabilidad y en el juicio de adopción, deja algunos vacíos que son utilizados (como se viene planteando en la investigación y como se grafica con este caso) para legitimar e imponer (a partir de astucias de algunos abogados) situaciones de hecho, que se resolverían de otro modo si se basara estrictamente en lo reglado.

Muchas veces el paso del tiempo es utilizado por los abogados para construir y consolidar vínculos afectivos que luego son “utilizados” para imponer el mantenimiento de situaciones de hecho, generadas originariamente al margen de los órganos administrativos o judiciales pertinentes.

También es significativo como los tiempos judiciales (excesivos muchas veces) consolidan situaciones de hecho, en algunos casos esto es generado por falta de

personal, argumento muchas veces real, pero imperdonable. Independientemente de ello, es crucial como se viene planteando la celeridad de los procesos, en casos de derecho de familia hay que avanzar realmente en la oralidad de los procesos y acotar los tiempos en los casos de gravedad para garantizar la protección de los derechos en el ámbito de la realidad, buscando que las medidas a tomar sean oportunas y no extemporáneas.

La ley 26.061 de Argentina marca un avance en ese sentido, pues permite a organismos administrativos tomar medidas urgentes y luego se discute en el ámbito del poder judicial en un periodo breve de tiempo su juridicidad o no, pero las medidas protectoras ya fueron tomadas. Sin embargo para que no ocurra lo que sucedió en el caso Fornerón es estrictamente necesario la celeridad del proceso judicial.

En este sentido y teniendo en cuenta los dos puntos planteados por el tribunal internacional, se puede observar que la legislación argentina proyectada intenta acotar estas prácticas, aunque como se verá al analizar el derecho comparado, todavía siguen sin establecerse pautas que cierren definitivamente las posibilidades de las entregas directas.

4.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina

Corte de Justicia de la Nación, a partir del recurso deducido por la defensora Oficial de M.G.G. en la causa G.M.G. s/ protección de persona N° 73.145/05.

En este caso el tribunal superior entiende que a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual. Consideran que al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector que es el interés superior del niño, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias.

Corte de Justicia de la Nación “Guarino, Humberto José y Otra” 19/02/2008.¹⁶

En este caso la sala 3 de la cámara de apelaciones civil y comercial de la provincia de Chaco confirma el fallo de primera instancia que rechazó la guarda pre adoptiva y dispuso la entrega de la niña al juzgado para designar una nueva familia acogedora para su cuidado.

Argumentos vertidos por los jueces:

Los jueces de cámara hicieron hincapié en el obrar de los recurrentes, quienes recibieron a la niña a pocos días de haberse inscripto en el registro único de adoptantes y no expusieron esta situación ante las evaluaciones judiciales. Se observa un cuestionamiento moral y ético planteado por la asesora de menores debido al quebramiento de las reglas jurídicas en una guarda con fines de adopción, observando además que el Sr. Guarino es de profesión abogado, por lo que conoce de derecho. Ante ello los pretensos guardadores invocan el artículo 19 de la constitución nacional sosteniendo que en el ordenamiento jurídico no existe norma alguna que prohíba a los padres la entrega de su hijo con fines de adopción.

El tribunal entiende que los aspirantes a la guarda con fines de adopción faltaron al debido proceso, que conscientemente obviaron el circuito legal a fin de alcanzar la condición de padres adoptivos, y agregan que no respetaron los derechos esenciales de la niña sobre todo en relación al proceso legal que permita trabajar con la familia biológica con el fin de reubicarla en su medio de origen y el derecho a la identidad.

Ya en la corte suprema de justicia de la nación luego de interpuesto por el matrimonio el recurso de queja; en cuanto al requisito de inscripción en el registro único de adoptantes, la procuradora fiscal de la corte argumenta que dicha inscripción no

¹⁶ Hechos

Un matrimonio inició el trámite de inscripción en el Registro de Adoptantes, pocos días antes de que les fuera entregada en forma directa una niña por parte de su madre biológica a los fines de su adopción. Posteriormente, se hizo lugar a la inscripción, iniciándose luego de algunos meses el proceso de guarda pre adoptiva. La juez de grado rechazó la solicitud y declaró a la niña en estado de patronato. Confirmado el fallo, se dedujo recurso de inconstitucionalidad, que fue desestimado, contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.

puede convertirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual pues considera que lo que se busca es construir un sistema de protección civil y control social en beneficio de la sociedad y de la niñez. Continúa: “resulta inadmisibles que tal exigencia se construya en un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio”.

Teniendo en cuenta fundamentalmente este argumento y el tiempo transcurrido (la niña convivió casi 2 años con este matrimonio), la corte suprema resuelve que en los juicios de adopción corresponde hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección y entienden que los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad. Con ese fundamento concluyen que es necesario mantener las condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles” (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

Algunos hechos y argumentos que no pueden desatenderse en este caso concreto:

- La familia biológica que ha participado del proceso se acota a la progenitora, quien ha expresado primero de manera informal su deseo de entregar la niña a este matrimonio, manifestando no poder criarla, lo que luego confirmó en sede judicial.
- Los guardadores cumplieron extemporáneamente el requisito de la inscripción en el registro único de adoptantes puesto que su inscripción fue aceptada con posterioridad a tener consigo a la niña.
- Los guardadores demoraron 1 año entre la tenencia de hecho y la solicitud judicial de la guarda con fines de adopción.
- El tiempo transcurrido de la niña con los guardadores de hecho y las evaluaciones correspondientes permiten inferir el establecimiento de un vínculo afectivo entre los niños y los guardadores.

Se advierten en este fallo algunos conceptos contradictorios; por un lado la procuradora transcribe fragmentos del informe de las comisiones de justicia, de legislación general y de la familia, mujer y minoridad, de la cámara de diputados de la nación, donde se exponen los objetivos de la creación del registro único de aspirantes a guarda con fines de adopción, entre los que se encuentra: "...evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales, a fin de adoptar un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales...". Y por otra parte la misma funcionaria entiende que dicha inscripción no puede convertirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual.

Es decir, esta funcionaria valora el registro de aspirantes a guardas con fines de adopción y a la vez entiende que no necesariamente debe ser tenido en cuenta.

Tampoco se puede dejar de lado que el Sr. Guarino es de profesión abogado, por lo que si bien el desconocimiento de las leyes no es argumento para que sean incumplidas salvo las excepciones estipuladas, se puede advertir, teniendo en cuenta la realidad y no solo la norma en casos de derecho de familia, que este señor ha tenido en miras su deseo y no el interés superior de la niña. De haber primado éste, ante la entrega se hubieran presentado inmediatamente ante la autoridad competente, con capacidad de decidir qué es lo mejor para la nena y no tomarse ese atributo en función de su interés de adoptar, exponiendo la situación luego de transcurrido un año de ello. El temor ante la posibilidad del arrepentimiento de la madre, no es argumentos sustentable, como tampoco lo es en estos casos el argumento vertido por esa parte que citan el art. 19 de la constitución nacional, puesto que si bien, no está prohibido, sí está reglamentado el procedimiento de adopción y esta modalidad no es tenida en cuenta a los fines de adopción, sobre todo pos reforma de la constitución (art. 75 inc. 22).

En este caso como en otros tantos es llamativo como se alude al interés superior del niño desde miradas diferentes. Se menciona en la sentencia de la corte de Chaco en sus argumentos y en la sentencia de la corte suprema de justicia de la nación, con bases argumentativas distintas y por lo tanto con consecuencias opuestas.

Se advierte en este caso que el tribunal de la corte suprema de la nación continuó con su criterio de no modificar situaciones que pueden ser traumáticas para los niños, sobre todo cuando no hay una familia biológica demandante afectivamente. Se advierte

que ello implica faltar al objetivo buscado por los legisladores, al aprobar distintas normativas como la ley del registro único de adoptantes. Lo justifican al expresar que la misión de los tribunales de familia resultaría desvirtuada si se limitan a decidir problemas de acuerdo a modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar.

Se concluye que el tiempo transcurrido (dos años) ha generado un vínculo afectivo entre los guardadores de hecho y el niño, por lo que la corte suprema de justicia ha basado su sentencia en las situaciones de hecho.

A partir del análisis del fallo, se considera que si bien las normas deben ser interpretadas a la luz del caso concreto, no pueden ser obviadas con el argumento de “las particularidades del caso”. Cada caso va sentando jurisprudencia, de modo que de seguir con ese criterio los tribunales corren el riesgo de transformarse en legitimadores de situaciones de hecho y porque no decirlo, de legalizar situaciones que poco tienen de jurídicas ocupando un rol que no le compete puesto que la creación de normas es atributo del poder legislativo y no del poder judicial.

La legislación bien debe ser interpretada a la luz del caso concreto, pero no puede ser obviada buscando el justificativo de las particularidades del caso. Los tribunales de familia, como todos, deben dictar sentencia acorde a derecho, no a especulaciones psicológicas ni manipulaciones de las partes, en base a “las particularidades del caso”, puesto que siempre los casos son únicos.

4.3. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de las Cámaras de apelación de algunas provincias

Cámara Civil Comercial Contencioso Administrativo, San Francisco, B. M. E. c/ R. G. G. Guarda con fines de adopción. 15/03/2012¹⁷

¹⁷ Hechos

M. E. B. y R. G. G. solicitan la guarda judicial con fines de adopción del menor R. L. V., nacido el 26/08/08 en la ciudad de M. (Córdoba.), hijo de D. A. V. de estado civil separada, domiciliada en esa misma ciudad. D. A. V., les hizo entrega del niño el día 27/08/08.

El Juez de primera instancia resolvió:

Hacer lugar al pedido formulado por la progenitora (Sra. D. V.) y en consecuencia disponer la restitución del niño R. L. V., a ésta. Asimismo impone a la madre del niño la continuidad del tratamiento psicológico oportunamente iniciado, y la responsabilidad de asegurar la continuidad del tratamiento psicológico de su hijo, debiendo acreditar dicho extremo mensualmente

El “*thema decidendum*”, radica en determinar si la señora D. A. V. prestó su consentimiento para la adopción de su hijo R. L. V. a favor de los accionantes o no lo hizo.

Argumento fácticos:

No existen pruebas que la progenitora haya dado su consentimiento informado tal lo establece la legislación, puesto que en las dos audiencias realizadas a esos efectos en tribunales expreso su negativa a la guarda con fines de adopción de su hijo.

Argumentos legales:

Respecto del consentimiento, en el trámite de guarda con fines de adopción, el Fiscal de Cámara manifiesta -argumentos que son tomados por el tribunal-, que la progenitora nunca dio un consentimiento plenamente informado -como legalmente se requiere- al matrimonio compuesto por R. G. G. y M. E. B, ya que de ningún modo puede considerarse con efectos jurídicos la ratificación de los términos de la demanda en la que D. A. V. firma como un “*otro si digo*”, ya que precisamente es un instrumento que deriva de la contraparte en el juicio. El consentimiento informado debe prestarse en audiencia ante el Juez de la causa, conforme a los procedimientos que regula la ley, que brinde todas las garantías de libertad y autodeterminación.

M.E.B. y R.G.G. se encuentran inscriptos desde el 21/09/06 en el Registro Único de Adopción de la Quinta Circunscripción Judicial.

A los fines del art. 317 inc a) se cita a dos audiencias a la progenitora donde no brinda el consentimiento informado, se agrega el informe del equipo multidisciplinario quien manifiesta que la progenitora no brinda el consentimiento informado a favor de la guarda con fines de adopción.

En el fallo se cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁸, donde este tribunal recordó que en el fuero de Menores, el procedimiento seguido para disponer el otorgamiento de la guarda para ulterior adopción se lleva adelante en dos momentos claramente distinguibles. En la primera –y con la participación de los progenitores y la familia biológica del menor – se declara su situación de desamparo familiar. Y en la segunda se decide el otorgamiento de la guarda judicial pre adoptiva a quienes luego, en virtud de ella, podrán (o no) iniciar el juicio de adopción ante el fuero de Familia.

Agrega que “cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al art. 317, inciso a) del Código Civil, no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y otorgar neta precedencia al primero, debiendo examinar –de acuerdo con las circunstancias particulares del caso- cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño”.

La cámara entiende que el análisis de tales circunstancias no puede reducirse a la comparación entre la situación económica-social de la familia pre adoptante, con la situación más modesta de la madre biológica. En ese sentido se afirma que: "el apartamiento de un niño de su familia biológica sólo puede fundarse en circunstancias excepcionales en las que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, más no en la carencia de recursos materiales de aquella".

En sentido concordante se sostuvo que, desde la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, además del consentimiento de la madre biológica de entregar en guarda adoptiva a su hijo, existen otros parámetros que constituye el centro de análisis de la cuestión analizada.

Más allá del acto jurídico de entrega voluntaria de la madre, las razones que llevan a tal separación no están dadas por la entrega inicial, sino en que esos padres no puedan o quieran hacerse cargo del niño. Es interesante este planteo puesto que argumenta que si los padres biológicos no pueden criar a sus hijos, el Estado tiene que asumir un rol fundamental con la implementación de medidas, programas y planes para

¹⁸ CSJN, "Antinao, Celia c. D. C., M. A. -D., G. N." Del 17-04-07, La Ley, t. 2007-D-537/538, n° 111.675

que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. Por lo que la solución no es darle al niño otra familia que está en mejores condiciones económicas, sociales y culturales. Para ello citan a Solari, Néstor E. (2007), quien entiende que no puede ser ese el sentido de la ley.

En definitiva, el tribunal considera, en concordancia con el pronunciamiento del representante del Ministerio Pupilar y del Fiscal de Cámara, que del análisis de las constancias de autos no surge que la señora D. A. V. haya expresado válidamente su consentimiento para la adopción de su hijo R. L. V. Por lo que resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por los señores M. E. B. y R. G. G.

Algunos hechos y argumentos que no pueden desatenderse en este caso concreto: la progenitora de la niña, expresó en sede judicial su deseo de tener a su hija y que la entrega al matrimonio fue a los fines de que la cuiden, atento a su imposibilidad de hacerlo y con la condición del mantenimiento del contacto.

Sobre el análisis de este caso, y teniendo en cuenta el tema de estudio es importante destacar que la cámara entendió como determinante la falta de consentimiento de la progenitora para la guarda con fines de adopción de manera legal, concluyendo que las manifestaciones del “consentimiento” fuera de este ámbito y sin el cumplimiento de lo establecido por la legislación no tiene validez.

Estas situaciones son muy frecuentes en las entregas directas, donde la manifestación estaría dada “de hecho”, cuando la madre entrega a su hijo a un futuro pretense adoptante, sin el cumplimiento de lo reglado normativamente. Este “consentimiento” suele ser ratificado luego en sede judicial. Se inicia el expediente de guarda ya con la guarda de hecho.

Este punto es esencial para discutir las adopciones dirigidas, ya que al no cumplimentarse el requisito legal -el consentimiento informado en sede judicial ante autoridad competente y en tiempo oportuno-, la entrega tiene un vicio originario que debe remarcarse a la hora de pensar los casos concretos.

Este tribunal reafirma y cita jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, explícita que solo excepcionalmente se debe separar a un niño de la familia biológica y que bajo ningún punto de vista el argumento para ello puede ser la diferencia de posibilidades económicas de uno u otro grupo familiar. Aclara que los progenitores

cuando expresan sus motivos para la entrega de su hijo, éstos no deben querer hacerse cargo del niño, puesto que si no pueden, el Estado debe incluirlos en programas sociales que garanticen su vinculación.

Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la Matanza, sala 1 “NN o A., G.M. s/ abrigo” 30/06/2011. ¹⁹

La Cámara revoca por mayoría la resolución del juez a quo, pues considera que no ha analizado la idoneidad de los primeros guardadores de la niña. Argumentan que el juez de primera instancia ha basado su sentencia en la existencia de irregularidades en la entrega de la guarda de hecho y que no ha tenido en cuenta que quienes ejercieron el cuidado de la niña lo hicieron a pedido de su madre biológica desde su nacimiento y que iniciaron rápidamente los trámites para conseguir su guarda pre adoptiva, además de encontrarse inscriptos en el Registro Único de Adoptantes.

Considera que el cumplimiento de lo legislado rigurosamente sin tener en cuenta “el interés superior del niño” implica un excesivo rigorismo formal que desatiende este interés, por lo que revoca el fallo de primera instancia.

Hechos a tener en cuenta:

¹⁹Hechos

La madre biológica de una menor decidió dejarla al cuidado de un matrimonio, debido a las carencias afectivas y materiales que padecía, a quienes conoció cuando cursaba el 8vo mes de embarazo.

Al mes de vida y de tenerla consigo los pretensos guardadores, iniciaron los trámites judiciales para obtener su guarda judicial con fines de adopción.

Ante lo irregular del acuerdo de hecho entre la progenitora y los guardadores (estos últimos le consiguieron un local para que pueda alojarse con su hijo, mobiliario, comida y trabajo) la asesora de incapaces solicitó como medida cautelar que la niña fuera entregada a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Adoptantes, el juez de grado hizo lugar a la medida, lo que se llevó a cabo alrededor de los 7 meses de vida de la bebé, ante lo cual los pretensos adoptantes apelaron.

La cámara revoca el fallo recurrido en junio del 2011 (a los 4 meses de estar con el segundo matrimonio guardador, esto es desde sus 7 meses hasta los 11 meses de edad de la bebé)

- La progenitora se contactó en el 8vo mes de embarazo con el matrimonio a quien luego “delegó” el cuidado de su hija. Cuando nació la bebé el matrimonio se encargó de alquilarle un local para que la Sra. y su otro hijo pequeño habiten, lo equiparon y le compraron alimentos.

- Este matrimonio se ocupó de cuidar al bebé desde su nacimiento y planteó al mes de ello el pedido de guarda judicial de la niña.

- Luego de 7 meses de vida de la bebé, el juez de primera instancia ordenó se entregue a la niña a otro matrimonio que cumpla con los pautado normativamente, como medida de abrigo hasta que se resuelva en definitiva la guarda con fines de adopción, argumentando irregularidades en la entrega directa de la niña.

- El matrimonio que detentaba la “guarda de hecho” de la niña cuestionó la resolución, y la Cámara revocó la sentencia del tribunal de grado, ordenando la restitución de la niña al matrimonio apelante luego de 4 meses.

Argumentos del juez de primera instancia:

El juez a quo hace lugar al pedido de la Asesora de Incapaces y resuelve otorgar la guarda a favor de un matrimonio inscripto en el registro de aspirantes a la guarda con fines de adopción que ya había sido seleccionado por una psicóloga de la asesoría.

Basa su decisión en que el matrimonio guardador ha evadido los mecanismos instituidos por las autoridades provinciales para los casos de adopción, por lo que convalidar dicha actuación crearía una situación de injusticia respecto de quienes sí cumplen con lo pautado. Además considera que de esta forma tampoco se garantiza la tranquilidad para la niña puesto que la irregularidad de la situación puede generar perjuicio para ésta y resalta que a la corta edad de la niña (de apenas unos meses) no puede tenerse por consolidado la relación afectiva y/o familiar con sus actuales guardadores.

Entiende que corresponde decidir inmediatamente la guarda en un ámbito familiar, como medida cautelar que asegure el interés superior del niño, sin perjuicio de lo que en definitiva corresponda respecto a la voluntad expresada por su progenitora y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo.

Otro argumento que podría haber utilizado S.S. es que por el poco tiempo transcurrido desde que se conocen los adultos (progenitora y aspirantes a la guarda con fines de adopción) esto es menos de un mes, es poco probable que se haya establecido una relación afectiva o familiaridad tal para convalidar la entrega desde la supuesta certeza de la progenitora en que ese matrimonio está en mejores condiciones que otro para “cuidar a su hijo” y descartar de plano que se trate de una motivación económica-material, puesto que la pareja le garantiza, luego del nacimiento y la consiguiente entrega del niño, la satisfacción de las necesidades básicas, de techo, abrigo y alimentos a la madre biológica. Estos hechos permiten inferir que la madre biológica y los guardadores de hecho buscan satisfacer el deseo o necesidad adulta y no preservar el “interés superior del niño” desde su lugar como persona de derechos, por lo tanto no de objeto transferible.

Al respecto, sintéticamente el juez concluye en que debe valorarse del caso todos los elementos, pero ponderando el interés superior del menor que atiende a su reconocimiento como persona, aceptando sus necesidades y defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo.

La cámara:

La resolución de la cámara de restituir la niña a los guardadores de hecho se obtiene por mayoría ya que uno de los jueces propone confirmar la resolución del juez de primera instancia.

Ejes centrales del argumento mayoritario:

1- Considera que la guarda de hecho es fáctica y que carece de andamiaje jurisdiccional, pero que no es ilegal puesto que la ley no la prohíbe. Compatibiliza el interés superior del niño con el ejercicio de la patria potestad y el derecho personalísimo de la madre.

En este punto es importante cuestionar sobre cuál es la argumentación por la que se pueden conciliar el interés superior del niño con el derecho personalísimo de la madre en el ejercicio de la patria potestad, a partir del cual -desde este argumento- se puede disponer de su hijo. Asimismo se advierte que este “disponer” es contradictorio con uno de los derechos fundamentales del niño, que es permanecer en su familia de origen, preservando los vínculos primarios y sobre todo la identidad del niño.

La mayoría de los integrantes de la cámara, explican que se trata de un derecho personalísimo realizado en ejercicio de la patria potestad. Entienden que el art. 318 del C.C. solo prohíbe en forma expresa la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo. Además explican que la autonomía de la voluntad se proyecta a todos los ámbitos de la vida, sin discriminar entre cuestiones patrimoniales y extra patrimoniales y que constituye la libertad para tomar decisiones y elegir lícitamente, mediante conductas que además sean compatibles con el orden público, la moral y las buenas costumbres.

A diferencia de lo que se está argumentando en este trabajo, estos jueces entienden que no está prohibida explícitamente la entrega directa, por lo que exponen que la guarda de hecho es un antecedente a tener en cuenta si ha sido otorgada sin vicios, ni especulaciones.

Citan a Graciela Medina “...lo que está absolutamente prohibido es la comercialización de los hijos...”, “...no puede negarse a los padres el derecho de elegir el guardador de sus hijos, cuando además existen otras normas que lo permiten como lo es el art. 383 (C.C.) que admite que un padre designe tutor para con sus hijos menores”, “...la intervención del estado en las relaciones de familia siempre es subsidiaria de la voluntad familiar...”.

En este sentido es necesario aclarar que la tutela no crea un nuevo vínculo filiar, no hay desplazamiento del estado de familia; es decir no se modifican los derechos hereditarios ni las funciones de protección (asistencia, educación y de administración) las que deben realizarse bajo la vigilancia y control de juez y del asesor de menores. Distinto es el caso de la adopción que sí crea un nuevo vínculo filiar, por lo que entre otras cosas se modifican los derechos sucesorios.

Además cabría preguntarse en qué momento la legislación permite que desde la autonomía de la voluntad se pueda disponer de otras personas, situación que nos retraería a tiempos remotos donde se permitía la compra y venta de personas. Ahora cabe preguntarse si la autonomía de la voluntad sólo es un derecho de algunos, puestos que nadie valoró en aquel momento las necesidades de los esclavos y en este momento algunos tampoco valoran los derechos de los niños, que no son propiedad de los padres.

Los padres, muy por el contrario, deben sobre todo preservar su integridad y promover su desarrollo, lo que está muy alejado de su cosificación, disposición y por qué no decirlo intercambio. Al respecto las leyes internacionales son claras al determinar su oposición al tráfico de niños, cualquiera sea su motivación, hasta el genuino deseo de ser “padres”.

Los camaristas explican que la intervención del estado es subsidiaria de la voluntad familiar, argumento válido, aunque es llamativo que la voluntad familiar en este caso sea acotada solo al interés de la progenitora, no de la familia extensa, ni que decir del niño. La legislación entiende que sólo excepcionalmente se debe separar al niño de su familia de origen, ya que es uno de los principios reconocidos internacionalmente.

El Dr. Posca argumentó la restitución de la niña a los apelantes. Entiende que la guarda de hecho otorgada por la madre biológica solo puede tener reparos cuando es resultado de connivencia puesto que en ese supuesto su objeto será ilícito. Caso contrario contribuye notablemente a respetar vínculos biológicos y a no estigmatizar tanto a la madre que conociendo a los actuales guardadores de su hijo, puede tener seguridades que no tiene cuando se tratan de personas extrañas y con las cuales podrá cifrar las esperanzas que la desvinculación del hijo no será definitiva.

Se pueden advertir contradicciones en los principios considerados por estos jueces, quienes también plantean que: “...la ley no permite el negocio cuyo objeto sea una persona y en ello los jueces debemos a ultranza ser firmes guardianes de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres...”.

A partir del análisis del caso, surgen dudas el modo como fueron interpretadas las “atenciones de los guardadores” atento que se trata de transferencia de recursos materiales por parte del matrimonio guardador y a favor de la progenitora, ya que si bien no es dinero en efectivo implican un beneficio a partir de la transferencia de recursos. Esta situación genera incertidumbre del rol asignado al niño, lo que es argumento suficiente para protegerlo y preservarlo de ser considerado objeto.

Estos jueces del tribunal de alzada utilizan también como justificativo que a la madre no se le ha informado de la medida cautelar por lo que no ha podido plantear sus

argumentos, en este sentido es de advertir que la medidas cautelares son de suma urgencia (peligro en la demora) por lo que tienen procedimientos especiales.

En este caso la directora del sistema de promoción de derechos de los niños de la municipalidad de La Matanza expuso: "...acordó la dación ilegal de su bebé, obteniendo a cambio ayuda material..." (Pago de alquiler, insumos de supermercado, ropa y empleo) y el informe de Servicio Social local expresa "...este organismo considera que toda apropiación de un niño como objeto y no como sujeto de derechos vulnera al niño y a la legislación vigente. Es por esta razón que solicitamos contemple la posibilidad de que la niña ingrese a una familia del listado de familias adoptantes, bajo la figura de guarda institucional."

Los jueces fragmentan el informe de otra perito (trabajadora social) al citar que esta profesional ha evaluado favorablemente las condiciones socio ambientales del matrimonio guardador, sin embargo no le dan validez al argumento de esta misma profesional cuando aconseja "se arbitren los medios para ubicar a la niña en un ámbito familiar institucional (familias de abrigo, familias acogedoras o institución) hasta tanto se instruya la restitución a la madre biológica o se dé a la niña en adopción..."

Como fundamento de su resolución citan amplia jurisprudencia:

- Fragmentos de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia (SCBA, Ac. 73814 S27-9-2000, Juez Pettigniani (MI), "G., J s/ guarda). "...el niño no es un objeto que a modo de un premio se otorga a quien lo va reclamando por el mero hecho de ocupar un lugar preferente en una extensa fila o simplemente por orden de aparición. No se trata aquí de mecanismos automatizados de fungibilidad, sino de la entrega de seres humanos únicos e irrepetibles que no pueden estar sujetos al vaivén de avances y retrocesos porque cada uno de estos deja secuelas imborrables en su psiquis".

- El voto de la Dra. Argibay en el caso "D., M. G. el registro único de aspirantes a guarda con fines de adopción y el interés superior del niño con notas aprobatoria de Chavanneau, 16/09/2008" que relativiza el requisito de inscripción en los registros de aspirantes a guarda con fines de adopción, afirmando el criterio que su interpretación no debe ser estrictamente ritual y orientado a la comprensión del interés superior del niño.

- El fallo "P. A., G. A v. Y., D.H. Imp. Paternidad. Reclamación de Filiación", JUBA B24495, voto del Dr. Pettigniani) donde entienden que "...en los procesos donde

se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez atribuyéndose el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materializa...”.

También citan doctrina, Baliero de Burundarena, Ángeles Carranza Casares y otros, transcriben “...creemos que los guardadores de hecho pueden presentarse a dicho juez acreditando la guarda que ejercen y el magistrado podrá convalidarla tanto en lo relativo al tiempo ya cumplido como, por lo menos, permitir que el término que se fije – de seis a un año- se compute a partir de ese momento. Parece elemental que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de guarda de hecho, difícilmente podrá ser revertido, salvo que el juez advirtiere que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no resulta el interés superior del menor, lo cual, ciertamente ha de ser excepcional.”

Los jueces valoran positivamente que los apelantes hayan solicitado la intervención de la justicia al poco tiempo (un mes) de comenzada la guarda de hecho.

A partir del análisis de los argumentos y de la doctrina mencionada se advierte que si se siguen “las recomendaciones de los doctrinarios”, es más seguro, dejar pasar el tiempo, y consolidar la relación. Al respecto vale preguntarse si esta consideración no es un incentivo a los pretensos adoptantes a faltar a la ley y a “obtener un niño” a quien criar como hijo y posteriormente judicializar la situación. Pareciera que estos doctrinarios buscan promover actos ajenos a derecho, negando la relevancia del cumplimiento de lo normado.

Asimismo, el Dr. Posca entiende: “atento a las particularidades del caso planteado, el margen de maniobra resulta reducido para el sentenciante, en virtud de una dicotomía entre una presunta irregularidad por la situación de hecho generada por los apelantes y otra por el vínculo afectivo que pudo haberse generado en el plazo de tiempo que los guardadores estuvieron en contacto con la niña.”

Se advierte que en este caso el factor tiempo puede ser entendido a favor de los distintos argumentos, de modo que se puede tirar abajo la justificación en base a los siete meses que estuvo la niña con los guardadores originarios, puesto que actualmente y hace 4 meses la niña se encuentra bajo el cuidado del matrimonio sugerido por la

psicóloga de la Asesoría de Incapaces, lo que implica que si se restituye al primer matrimonio es un nuevo cambio para la niña, también traumático como los anteriores.

En esa misma resolución el Dr. Alonso que voto en disidencia expone que la entrega de un menor por parte de la madre biológica a un matrimonio al que seleccionó para cuidarlo, vulnera los derechos del niño e infringe la legislación, al tratarlo como un objeto y no como un sujeto de derechos, a la vez que burla el sistema previsto para el otorgamiento de las guardas con fines adoptivos con la utilización de mecanismos por lo menos anormales, que intentan sustentarse únicamente en las vías de hecho, lo que no puede tolerarse.

Argumenta que estas guardas fácticas, son delegaciones ilegítimas, puesto que se constituyen sin autoridad judicial y por ende sin evaluación del interés superior del niño. Entiende que se vulneran los derechos de la niña de que el juez estudiara los legajos de los postulantes para elegir a los más idóneos para contenerla y que convalidar la actuación de los guardadores de hecho crearía una situación de injusticia respecto de quienes si cumplen con los pasos legales.

Al respecto de que las normas no deben entenderse rígidamente de modo de impedir la protección del interés superior del niño, argumento utilizado por el Dr. Posca y con apoyo de jurisprudencia, el Dr. Alonso con mucho acierto refiere: “en el caso en estudio se re potencia de sobremanera el apego a la normativa regulatoria de situaciones como las presentes, en las que no solo se está frente al orden público inmanente a las cuestiones de familia, sino que discurriendo el tópico respecto a una menor de edad resulta aún más indispensable cumplimentar las normas que rigen la suerte de vida de tales sujetos de derechos tan vulnerables,...las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesadas el orden público y las buenas costumbres”.

Concluye este juez que no cabe otra alternativa que confirmar la resolución cuestionada con la provisoriedad que portan en su seno las medidas cautelares, ya que considera se ajusta a derecho.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, Sala I “I., S. c. B., M. y otro” 16/03/2007.²⁰

Argumentos de la sentencia de primera instancia que desestima la restitución de la niña a su progenitora:

El juez afirma que la progenitora entregó voluntariamente a su hija con la finalidad de que fuera adoptada, que las razones de la madre eran la imposibilidad económica para hacer frente a la manutención y la necesidad de atención médica.

Reconoce el trámite irregular y la guarda de hecho hasta la designación del Juez de instrucción de la guarda. Asimismo tiene en cuenta el tiempo transcurrido (el matrimonio guardador tiene consigo a la niña desde los 3 meses de edad y ya cuenta con 6 años, por lo que reconoce como padres a los guardadores) e invoca el interés superior contenido en la Convención de los Derechos del Niño. Finalmente refiere que las condiciones socio ambientales en que se desarrolla la niña en el hogar de los guardadores son favorables.

Argumentos de la Cámara que ordena la restitución de la niña a su progenitora:

Este tribunal sitúa el caso en tres planos de legalidad:

- 1) Entiende que el ejercicio de la patria potestad no es voluntario y por ende no es susceptible de renuncia por mera decisión del progenitor de eludir su responsabilidad legal. Solo las causales legales referidas a la privación de la patria potestad o la suspensión de su ejercicio derivados de un incumplimiento debidamente evaluado por el Juez pueden interrumpir la

²⁰ Hechos

El juzgado de primera instancia desestima la restitución de una menor solicitada por su progenitora, quien había entregado su hija a una mujer a los tres meses de vida, para que le diera tratamiento médico. Nunca se la restituyó y la entregó en adopción a un matrimonio, con quienes la niña convivió durante más de seis años, pese a los pedidos de restitución efectuado por al actora desde el año 2001. La madre interpuso recurso de apelación. La Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada.

relación jurídica entre el progenitor y su hijo. Fuera de la ley el juez no puede disponerlo.

- 2) El instituto de la adopción está regulado a través de la ley 24.779 insertada en el Código Civil como artículos 311 y siguientes. La adopción solo puede ser otorgada por sentencia judicial, y tiene como etapa previa ineludible la guarda preadoptiva que sólo puede otorgarse con los requisitos establecidos en el art. 317 del C.C. entre los que se encuentra la prestación del consentimiento por parte del progenitor o progenitora como exigencia esencial que deberá ser observada por el juez bajo pena de nulidad, salvo los casos de abandono.

Concluye que el único modo de entrega en guarda es el que se cumple a través de autoridad judicial, en trámite específico del proceso adoptivo, excluyéndose la mera entrega informal y la que se haga por vía notarial o administrativa. Este procedimiento estricto busca proporcionar a los sujetos involucrados la seguridad jurídica de la inexistencia de cualquier vicio del consentimiento y la seguridad personal que dará firmeza y estabilidad a la nueva entidad y el emplazamiento familiar del niño.

- 3) En este plano menciona a la Convención de los Derechos del niño, refiriendo que toda retención de un niño por parte de personas que no son sus progenitores y sin sustento legal ni concesión judicial resulta ilícita.

En función de lo expuesto, ordena la inmediata restitución de la niña a su madre, quien la entregó a una mujer para que le prestara la atención médica que ella no podía brindarle. La niña nunca fue reintegrada pese a los pedidos judiciales que se realizaron y fue dada en adopción a un matrimonio con quien convivió más de 6 años. Considera que resulta erróneo invocar el interés superior del niño para convalidar hechos consumados y consolidar judicialmente como relación filial algo viciado originariamente y devenido en apropiación, toda vez que ni la entrega de la niña, ni su posterior tenencia se hicieron de modo legal, deviniendo la situación en una virtual apropiación convalidada en nombre del “interés superior del niño”.

A estos razonamiento de la Cámara se le podría agregar que si las razones de la madre para entregar a la niña eran la imposibilidad económica para asistirle, lo que se debería haber ordenado, como plantea la Convención de los Derechos del Niño, es la asistencia por parte del Estado que garantice la satisfacción de las necesidades de la niña y de su madre. El instituto de adopción, como está planteado en basta jurisprudencia, no debe ser basado en el único argumento de las dificultades económicas y en las mejores posibilidades para la niña en otra familia de mayores recursos materiales, de lo contrario la adopción se trasformaría en un argumento para la apropiación de los niños “pobres” por familias “ricas”.

Además, como plantea el tribunal de alzada la persona tiene un valor distinto de las cosas materiales, no puede entenderse que con la mera tradición tenga por efecto su adquisición. Las personas no se transmiten en propiedad, son parte constitutiva de una familia a partir de un vínculo filial que no puede borrarse por el mero renunciamiento o por la creencia de adquirir de hecho una potestad que la ley no convalida. En este sentido se advierte que la sentencia de este tribunal tiene un posicionamiento anticontractualista de la adopción, coincidentemente con la legislación vigente, donde el transcurso del tiempo para algunos, como para el juez de primera instancia, “causa estado”, como si se tratara de posesión por transcurso del tiempo.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I “L., M., D., y otros” 23/12/2004.²¹

²¹ Hechos

El expediente se inicia por la situación de desamparo y malos tratos de dos niños. En plena intervención del juzgado, la progenitora de estos niños da a luz a I. A poco más de un mes de nacido lo entrega voluntariamente a la Sra. L con fines de adopción. Esta señora no estaba inscripta en el registro único de adoptantes.

El tribunal de primera instancia rechazó el pedido que se le otorgara en guarda a un niño que le había sido entregado voluntariamente por la madre, al entender que correspondía entregarlo a un hogar de tránsito hasta evaluar su situación, puesto que se estaba evaluando la situación de dos hermanos del niño, por situaciones de malos tratos por parte de la progenitora.

La Cámara revocó la resolución disponiendo la entrega en guarda del niño a la Sra. guardadora.

Argumentos del tribunal de primera instancia:

El juez con el propósito de ubicarlo en un marco adecuado de contención hasta tanto se avance en la investigación, dispuso que el niño fuera puesto a disposición de un programa de hogares de tránsito por su corta edad, y que a tal fin fuera entregado a un matrimonio.

Esa resolución fue apelada por la Asesora, quien entendió que ese niño no estaba en riesgo, ya que se encontraba cuidado por quien ejercía la guarda de hecho. Asimismo, la Sra. L solicitó la guarda provisoria del niño.

El juez desestimó el pedido entendiendo que la entrega “privada” de un niño con fines de adopción se contraponen a lo normado, y agrega que la Sra. L. no se encontraba inscrita en el registro central de aspirantes con fines de adopción.

Este juez concluyó que la entrega directa por parte de la madre -quien sabía de la existencia del expediente donde se discutía el futuro de sus dos hijos por situaciones de maltrato- ubica al tribunal en el rol de organismo “convalidante”, por lo que considera que la entrega irregular a quien no había formalizado la inscripción en el registro, afectaba el interés superior del niño, privándolo del derecho de criarse con su hermanos y de conocer a su progenitor.

Argumentos de los jueces de Cámara:

Citan un fallo del tribunal superior de justicia de la provincia (Ac. 78013 del 02/04/03). En un caso similar sostuvo que si bien el registro de aspirantes de adopción es de singular valor a los efectos de resolver sobre la idoneidad de los futuros adoptantes, es solo un instrumento que no debe erigirse contra el interés superior del niño, por lo que entiende que el art. 2 de la ley 24779 no es un principio absoluto y que si bien el niño no fue dado en guarda formalmente por el tribunal de menores, la madre ratificó ante el tribunal su voluntad de entregarlo a la Sra. L., por lo que dicho acto realizado en presencia del juez no puede estar viciado.

Asimismo, entiende que el registro de aspirantes a la adopción, no es un mecanismo exclusivo y excluyente, ya que si ello fuera así no estaría permitido que quienes tienen la guarda de hecho la peticionen judicialmente con fines de adopción

ante el juez civil y citan lo art. 315, 316 y 317 del C.C. sin que tal proceder implique que el magistrado deba despojarlos de la guarda de hecho transitoriamente.

Por lo expuesto, dispone la entrega en guarda del niño (que se encontraba en un hogar de tránsito) a la Sra. L.

Hechos cronológicos a tener en cuenta en este caso:

- El niño I. tiene dos hermanos que se encuentran en riesgo por negligencia y maltrato materno, por lo que se inicia el expediente.
- La madre al mes y medio aproximadamente del nacimiento de I. lo entrega para su adopción a la Sra. L.
- El juez al tomar conocimiento del niño, lo ubica en un hogar transitorio como medida protectora.
- La madre ratifica su voluntad de entregar a su hijo a la Sra. L en sede judicial.

Ante estos hechos el juez de primera instancia, con quien se coincide en su argumentación, consideró que el interés superior del niño era preservar la posibilidad de criarse junto a su hermanos, por lo que provisoriamente hasta que se resolviera dicha situación y como medida protectora resolvió su ubicación en un hogar transitorio.

Buscó evitar que se dilate la situación provocando el fortalecimiento del vínculo de hecho creado con la guardadora, vínculo que entiende se gestó de manera informal, no acorde a derecho. Ponderó la modalidad de la “entrega”, que se realizó a espaldas de la justicia, que ya estaba interviniendo en la situación de vulnerabilidad de los hermanos más grandes y que la Sra. L no contaba con los requisitos establecidos en la ley para ser guardadora, ya que no se encontraba inscrita en el registro de aspirantes a la adopción, por lo que su idoneidad no había sido evaluada.

El juez a quo no tuvo en cuenta el factor tiempo en que el niño se encontraba con la guardadora de hecho. Buscó como plantea la Convención preservar no sólo el interés de ese niño, sino también de sus hermanos, todos tienen derecho a criarse en la medida de lo posible juntos, y en caso de corresponder la adopción, como plantea la normativa,

que se priorice los guardadores dispuestos y en condiciones de adoptar a hermanos, manteniendo esos vínculos primarios.

Por otra parte el tribunal de alzada, si bien consideró la importancia del registro de aspirantes, explicó que es un instrumento que no puede contradecir el interés superior del niño, por lo que cabe la pregunta de cuál es el interés superior de I. puesto que si bien estuvo un período de tiempo bajo los cuidados efectivos de la Sra. L, al momento de su intervención ya se encontraba bajo los cuidados también efectivos de un matrimonio.

La medida implica un nuevo cambio en la vida del niño, puesto que sectores de la doctrina y algunas jurisprudencias, que también se analizan en esta investigación, entienden que lo más saludable es no innovar cuando las modificaciones pueden ser traumáticas para los niños. En este caso su resolución implicó una nueva modificación del status quo. También citan arts. 315, 316 y 317 del código civil²² donde no se

²² Art. 315. Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar:

- a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos;
- b) Los ascendientes a sus descendientes;
- c) Un hermano a sus hermanos o medio hermano.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

Art. 316. 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.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

Art. 317. Son 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,

explicita la prohibición de que quienes ejercen la guarda de hecho soliciten la guarda judicial con fines de adopción. Sin embargo, estos jueces, obvian el art. 318 de Código Civil que prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

Es importante destacar que la escritura pública da fe de la capacidad jurídica de su contenido y fecha en la que se llevó a cabo, por lo tanto si se tiene en cuenta este artículo y la Declaración de los Derechos del niño en cuanto a la prohibición del tráfico de niños por entenderlos sujetos de derecho, con más razón se puede observar que las guardas de hecho no se encuentran amparadas en la legislación actual, sobre todo luego de la reforma de la constitución con la consecuente incorporación de los tratados de derechos humanos con rango constitucional.

Asimismo, se considera que no se ha tenido en cuenta los procedimientos establecidos para la adopción, en cuanto a la inscripción en el registro de aspirantes, que lejos de ser un mero instrumento que le facilite al juez la elección de los pretendientes adoptantes, resguarda principalmente los derechos del niño, y los derechos de quienes cumplen con la reglamentación establecida en la legislación.

4.4. Jurisprudencia de Juzgados de Familia

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.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

Art. 318. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

(Artículo sustituido por art. 1º; de la Ley N° 24.779 B.O. 1/4/1997.)

Juzgado de Familia n° 6, San Isidro “D.T.A. S/guarda con fines de adopción. 28/08/2013”.²³

En este caso el tribunal resuelve que la petición de entrega de guarda con fines de adopción de un niño “entregado” en forma irregular debe ser rechazada in límine, ya que una decisión contraria implicaría convalidar desde el inicio del proceso esa irregularidad en la entrega, que se afianzaría con el devenir de las actuaciones, lo cual afectaría gravemente el interés superior del niño.

Como se puede advertir, los fallos son contradictorios, aunque se puede observar la prevalencia de los que “convalidan” las guardas de hecho que luego se traducen en guardas pre adoptivas con el consecuente juicio de adopción.

El argumento que esgrimen mayoritariamente es del interés superior del niño basado en el “excesivo rigorismo” que implicaría el estricto cumplimiento de lo estipulado en el procedimiento para el trámite de adopción y que implicaría otorgar la adopción a quienes corresponde, entre otras cosas, por el lugar en el Registro de adoptantes. Justifican esa posición entendiendo que estos niños están ya “adaptados” a un sistema familiar y su modificación implicaría correr “riesgos” en cuanto a su estabilidad emocional que pareciera que las autoridades no están dispuestos a correr.

Este razonamiento del excesivo rigorismo se flexibiliza cuando se trata de un periodo relativamente breve de guarda de hecho, en estos casos los jueces se encuentran aparentemente dispuestos a correr el “riesgo” y se inclinan por el formalismo de modo llamativo.

²³ Hechos

Dos concubinos se presentaron solicitando la guarda con fines de adopción de una niña. Relataron que fueron contactados por la madre de ésta mediante un sitio de Internet y que, luego de pagar sus gastos médicos, ella decidió entregarles a su hija para que la criaran como propia.

El juez rechazó in límine la acción.

También están quienes entienden que los niños son sujetos de derecho y que el trámite de adopción debe cumplir con lo regulado normativamente considerando que no puede convalidarse situaciones viciadas originariamente.

Finalmente, se considera -excepto en el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, citado en esta investigación- que el tiempo de la guarda pareciera ser el factor determinante para la convalidación o no de la guarda de hecho con fines de adopción.

Este argumento del tiempo transcurrido en la guarda de hecho, donde no se quiere exponer al niño a una nueva desestabilización emocional, hace que los pretensos adoptantes, guardadores de hecho, demoren el inicio del expediente judicial de pedido de adopción, situación que -ante el riesgo de dañar al niño- pone a los jueces en un dilema, por un lado o faltan al procedimiento estipulado o se arriesgan a perjudicar al niño, optando mayoritariamente por lo primero y justificando sus sentencias desde el lugar de defensa del interés superior de éste.

Capítulo 5.

Las adopciones dirigidas en el derecho comparado.

En este capítulo se describirá la legislación internacional vinculada a la defensa de los derechos de los niños y adolescente, mencionando especialmente algunas normas que tratan la adopción o algunos temas directamente relacionados con ella.

Luego de este encuadre se describirá brevemente la normativa de Bolivia en materia de adopción, país donde ha existido una reciente modificación. La actualización de su derecho y lo contemporáneo con la discusión en torno a la reforma del código civil argentino y su modificación es lo que ha llevado a su elección como normativa para comparar con la legislación argentina.

5.1. Legislación internacional

Breve síntesis de la legislación internacional en materia de infancia / adopción

La legislación internacional, como toda norma, debe ser situada históricamente. En este capítulo se mencionarán brevemente algunos acontecimientos puesto que no es la intención ahondar en dichos momentos histórico políticos, sino solamente hacer una reseña de la normativa internacional.

En 1919 se funda la liga de las Naciones que luego se transforma en las Organización de Las Naciones Unidas, en septiembre de 1924 esta organización aprueba el primer tratado internacional sobre los derechos de los niños, que se conoce como el tratado de Ginebra.

Como consecuencia de la segunda guerra mundial se crea en 1947 el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF), que se transforma en 1953 en organismo internacional permanente.

El 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos explicita que “la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales”.

En 1959 la Asamblea permanente de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los derechos del niño, descriptos en 10 principios.

En materia de adopción se puede mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica considera que el niño tiene derecho a

vivir con su familia, quien debe satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

Por otra parte, el Máximo Tribunal Americano de Derechos Humanos se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto, ya que se debe preservar el interés superior del niño que puede estar en contradicción con ese principio.

Ha señalado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental en la vida de una familia. Por lo que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, con excepción de las situaciones donde existan motivos para separarlo de su familia en función del interés superior.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consta de 54 artículos donde establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. En 1990 entra en vigencia, luego de ser aprobado por 20 países. Hasta la actualidad ha sido firmada por 190 de 192 estados, aunque algunos presentan reservas. Sólo Estados Unidos y Somalia la han firmado pero no la han ratificado.

Esta Convención sostiene que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, pero la realidad demuestra que la familia no siempre cumple con su rol satisfactoriamente y puede transformarse en el lugar donde se vulneran diferentes derechos de los niños.

Como modo de preservar estos derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que es responsabilidad compartida entre el estado, la familia y la comunidad la implementación de dispositivos para la protección de los niños.

Del mismo modo, el protocolo de San Salvador determina que los niños tienen derecho a medidas de protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado y que tienen derecho a crecer bajo la responsabilidad de sus progenitores; salvo excepciones, reconocidas judicialmente.

Es importante advertir como internacionalmente se plantea la responsabilidad del estado en el efectivo cumplimiento de los derechos del niño.

El tratado más importante en esta temática es la Convención sobre los Derechos del Niño. En el primer párrafo del artículo 3° consagra como principio el interés superior del niño.²⁴ Esto es, la máxima satisfacción de sus derechos de acuerdo a las circunstancias concretas, es decir se cruzan necesidad y posibilidad; necesidades del niño y posibilidades del obligado.

En el mismo artículo y en el siguiente estipula que los Estados se comprometen y son responsables de asegurar al niño la protección y cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas responsables del infante ante la ley, para lo que debe tomar medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, ordena que estos Estados adopten medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan y cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional.

Sobre las medidas de cuidado (tutela efectiva) relacionadas con esta investigación, considera que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomarse teniendo en cuenta el interés superior del niño y ajustarse a las disposiciones vigentes.

Como se viene planteado, el reconocimiento de la familia como elemento fundamental de la sociedad, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

Los tratados internacionales mencionados consideran que el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, a través de sus políticas públicas y de la prestación de los servicios adecuados. El Estado tiene que garantizar las condiciones que permitan alcanzar una vida digna.

La separación del niño debe basarse en situaciones donde judicialmente se haya tomado conocimiento que el niño corre riesgo, en estos casos el estado debe custodiar

²⁴ Art. 3

1. En todas las medidas que conciernen 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 el interés superior del niño.

su inclusión en una institución o familia alternativa. Si la separación del niño de sus padres resulta inevitable, éste tiene derecho a permanecer en un medio familiar (art. 20 C.D.N.).

La Convención establece que en el caso de que los niños no puedan estar bajo el cuidado y responsabilidad de sus progenitores, el cuidado debe ser ejercido por miembros de la familia extensa, en caso de ser posible y siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. En cuanto a la adopción ordena que si la privación de la familia biológica es permanente, los niños tendrán derecho a ser adoptados con intervención de la autoridad competente (art. 20 y 21 Convención de los Derechos del Niño)

5.2. Derecho comparado. Bolivia/Argentina

Comparación de la legislación de Bolivia y de Argentina en torno a la adopción

Derechos del niño -adopción

En Bolivia existen diferentes leyes en relación a la temática en cuestión: el Código de Familia (1988) que fundamenta la prioridad de la familia para el Estado, y en relación a los derechos del niño, la Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente (1999) de ahora en más LCNNA. Estipula los principios para la protección integral de los niños y adolescentes, entre los que regula los complejos procesos de adopción, y el reglamento a la ley N° 2026 Código del Niño, Niña y Adolescente, decreto supremo N° 27443 (2004).

Recientemente se ha aprobado la ley 548 (agosto 2014) que deja sin vigencia o parcialmente a las anteriores. Se observarán todas ellas, especificándose de cual se está hablando para que el lector pueda advertir su vigencia o no y las diferencias existentes.

Se ha elegido la legislación de dicho país puesto que las discusiones y modificaciones han sido casi contemporáneas con las producidas en Argentina.

En Argentina las leyes fundamentales son la ley de protección integral –ley 26.061 (2005)- y la ley nacional 24.779 (1997) que entre otras cosas estableció estrictamente el carácter judicial de la guarda, suprimiendo la guarda otorgada por

escritura pública u órgano administrativo y el desdoblamiento del proceso judicial (tramitación de la guarda y de la adopción).

Es importante no perder de vista, que en este país también se han dado discusiones recientemente en torno a la temática y se ha realizado una modificación del Código Civil que aún no ha entrado en vigencia, para lo que se remite al capítulo 3.

Otra ley fundamental en Argentina es la ley nacional 25.854 (2003) que crea el registro único de aspirantes a guarda con fines de adopción y su autoridad de aplicación -Ministerio de Justicia de la Nación-, asimismo establece que las provincias, previa firma y convenios dispondrán de una terminal de enlace informático con este registro.

También el decreto reglamentario N° 1328/09 establece el modo en el que se confeccionarán las nóminas de aspirantes y simplifica los requisitos reglamentarios, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la mención a datos personales sensibles o que afecten la intimidad de las personas.

Las garantías mínimas de los procedimientos donde se encuentran involucrados niños se encuentran establecidas en la ley 26.061 en el art. 27.²⁵

En Argentina los procedimientos detallados para la adopción son regulados por leyes provinciales. Para este capítulo se tendrán en cuenta la legislación de la provincia de Buenos Aires, por ser la provincia con mayor importancia política de ese país.

²⁵ Art. 27 — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Derecho a tener una familia

La legislación de Bolivia da prioridad a la familia y al niño dentro de ésta, responsabilizando al Estado de su protección, (art. 4 y 5 del Código de Familia). También establece que las normas del derecho de Familia son de orden público por lo que no dependen de la voluntad de los particulares.

La ley 548 (2014) establece algunos principios en torno a los derechos del niño (art 12, inc. a y b.). Plantea que el Interés Superior del niño debe ser entendido como toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y la del adulto responsable de su cuidado. También la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes y los de otras personas y su condición específica como persona en desarrollo.

Asimismo, estipula la prioridad absoluta de atención y protección de los niños en la formulación y ejecución de las políticas públicas. En la asignación de recursos, en el acceso a servicios públicos, en la prestación de auxilio, protección y atención en situaciones de vulnerabilidad, y en cualquier circunstancia, obligándose todos los responsables al cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

Esto es coincidente con la legislación y doctrina argentina que considera que los derechos vinculados a los niños deben ser atendidos con prioridad, además establece que son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles²⁶.

²⁶ Ley 26061

Art. 2° — APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

En ese mismo sentido la nueva legislación de Bolivia (ley 548, art 12, inc. i) reconoce el rol de la familia como fundamental e irrenunciable, considerándola el medio natural para garantizar la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y su papel primario y preponderante en la educación y formación de los mismos. El Estado en todos sus niveles debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades.

En el art. 35 de la misma ley se estipula que los niños tienen derecho a vivir, desarrollarse y educarse en un ambiente de afecto y seguridad en su familia de origen o excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, en una familia sustituta que le asegure la convivencia familiar y comunitaria. Aclara, un punto importante para esta investigación, que el niño/a no será separado de su familia, salvo circunstancias excepcionales definidas por este Código y determinadas por el Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia, previo proceso y con la finalidad de protegerlo.

En cuanto al derecho del niño a crecer en una familia la ley 548, en consonancia con LCNNA, establecen la prioridad de mantenimiento del niño en su familia de origen y la excepcionalidad de su separación, aclarando que ello puede ocurrir sólo en circunstancias especiales definidas en el código y determinadas por el Juez.

En cuanto a las razones que llevan a la separación del niño de su familia de origen, estipula que la falta o carencia de recursos materiales y económicos, no puede interpretarse como violencia, ni constituye por sí sola motivo para iniciar las acciones de extinción o suspensión de la autoridad de la madre, padre o de ambos. Asimismo establece que el Estado y la sociedad civil deben formular políticas públicas fomentando la resolución de conflictos dentro de la familia, previniendo el abandono del niño/a

No se va a redundar en lo ya expuesto en los capítulos anteriores, simplemente se va a afirmar que se advierte una coincidencia marcada con la legislación argentina en el sentido de priorizar la crianza de los niños en la familia de origen. Y que en situaciones excepcionales, como el abandono o maltrato, se podrá separar al niño de su familia biológica y aplicarse medidas de abrigo u otras medidas de protección. En ambas legislaciones se prioriza el interés superior del niño.

Las leyes bolivianas aclaran que su objeto es la protección integral del niño y que el Estado y la sociedad deben garantizarle su desarrollo en condiciones de libertad, respeto, dignidad y justicia. Asimismo, establecen que la interpretación de esas leyes debe realizarse en función del interés superior del niño, de acuerdo a la Constitución del Estado y los tratados internacionales vigentes.

De modo similar está estipulado en la ley 26.061 de Argentina.

Familias sustitutas-guarda directas

La normativa boliviana (LCNNA) define a la familia sustituta; “la que no siendo la de origen acoge en su seno a un niño, niña o adolescente, asumiendo la responsabilidad que corresponde a la familia de origen”. En la nueva ley (548) estipula que familia sustituta es la que por decisión judicial, con carácter temporal o permanente, acoge en su seno a una niña, niño o adolescente, obligándose a cumplir los mismos deberes de madre o padre. Se advierte que en esta última se aclara la necesidad de la decisión judicial para ser considerada familia sustituta y poder cumplir con ese rol.

El mecanismo de integración al hogar sustituto está establecido; se efectiviza mediante la guarda, tutela o adopción, para lo que se tiene en cuenta la opinión del niño, siempre que sea posible por su edad y grado de madurez. En todos los casos el adolescente se debe oír previamente, ya que su opinión es fundamental para la decisión del Juez. También debe tener en cuenta el grado de parentesco, la relación de afinidad y de afectividad, su origen, la comunidad y condiciones culturales donde se desarrolla el niño. Con el fin de evitar y atenuar las consecuencias emocionales y psicológicas se procura la no separación de los hermanos.

En cuanto a los “centro de acogida” el Estado boliviano establece que en todos sus niveles, formulará políticas públicas y ejecutará programas departamentales y municipales que garanticen la restitución del derecho a una familia sustituta para los niños/as.

Explica la legislación que esta medida excepcional y provisional (acogimiento circunstancial), debe efectuarse en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor

de una niña/o, cuando no exista otro medio para la protección inmediata de sus derechos y garantías vulnerados o amenazados.

Aclara que las personas y entidades que lo reciban están obligadas a comunicar el acogimiento a la Defensoría de la Niñez y Adolescencia o autoridades comunitarias, dentro las veinticuatro horas siguientes del momento del acogimiento. Éstos deben poner en conocimiento de la autoridad judicial en materia de niñez y adolescencia o autoridad judicial de turno, dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho. Finalmente, la autoridad judicial tiene un plazo máximo de treinta días para determinar la medida de integración de la niña, niño o adolescente en una familia sustituta o derivación a un centro de acogimiento. Esta medida debe ser evaluada permanentemente y prohíbe cualquier forma de lucro derivada de la integración en familias sustitutas o en centros de acogimiento.

En la ley anterior, LCNNA art. 44, la obligación de comunicar a la autoridad competente estaba establecida dentro del plazo de setenta y dos horas de toda persona que acoge a un niño, niña o adolescente. Se observa que los plazos para comunicar esas situaciones se han acotado.

Además de prohibir el lucro en la entrega de los niños en el art. 47, la ley 548 estipula que los responsables de la guarda, bajo ninguna circunstancia pueden transferir a terceros, al niño, niña o adolescente cuya guarda le fue conferida. En el mismo sentido ordena que la institución que mantenga programas de acogimiento, puede con carácter excepcional y de emergencia, acoger a niños, niñas o adolescentes pero debe comunicar esta situación al Juez de la Niñez y Adolescencia en un plazo máximo de setenta y dos horas improrrogablemente.

Como se puede advertir la ley boliviana coarta la posibilidad de las “entregas de hecho” o “guardas puestas”, situaciones que en Argentina si se presentan.

En cuanto a las medidas de protección, se advierte similitud con la legislación argentina²⁷, que también considera la excepcionalidad de dichas medidas y la necesaria intervención en plazos breves del órgano competente.

²⁷ Ley 26.061.

Donde existe una diferencia sustancial con la legislación argentina es en cuanto a la obligación de comunicar situaciones de acogimiento. En Bolivia es de 24 horas la obligación de comunicar la situación de guarda de hecho, lo que trasformaría

ARTICULO 39. — MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son 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.

ARTICULO 40. — PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33.

Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

ARTICULO 41. — APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, 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;
- 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.

inmediatamente en ilegal el mantenimiento de esas situaciones sin intervención de la autoridad competente.

En Argentina no está establecido explícitamente, aunque la legislación proyectada marca un avance en ese sentido como se ha expuesto en el capítulo 3. La falta de regulación deja algunas brechas por las que se introducen y avalan diferentes prácticas imponiéndose de hecho, como lo son “las guardas puestas” e inclusive las adopciones dirigidas.

En la legislación de la provincia de Buenos Aires –como en el nuevo código civil- se prohíbe explícitamente estas modalidades de “entrega”.

En el art. 16: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al Juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los 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.”

En Bolivia, la ley 548 ordena que en el caso de las renunciaciones a la autoridad paterna por consentimiento para la adopción, el consentimiento se deba tramitar ante el Juez Público en materia de Niñez y Adolescencia y darse en estado de lucidez, sin que medie presión, promesa de pago ni compensación y con el completo conocimiento sobre las consecuencias jurídicas, sociales y psicológicas de la decisión. Debe ser realizado por escrito y ratificado verbalmente en audiencia luego del nacimiento del niño y es irrevocable causando estado a partir de la resolución judicial ejecutoriada que define la situación del niño/a.

En la sentencia que disponga la suspensión o extinción de la autoridad de la madre y/o padre, el juez debe designar a la persona que tiene que asumir la guarda o

tutoría legal, cargo que debe recaer prioritariamente en un miembro de la familia ampliada, escuchando previamente a la niña, niño o adolescente.

En ese país no existe duda de la necesaria intervención judicial en el otorgamiento de la guarda. Ordena la comunicación de las situaciones proclives a la determinación de una guarda y aclara que para que ésta proceda, el Juez debe ordenar previamente la investigación requerida para establecer la situación del niño, niña o adolescente.

En el caso de Argentina, cuando se dan situaciones como las “renuncias” de los progenitores, los jueces, en muchos casos, no ordenan investigaciones extensivas al grupo familiar cosa que si está establecido en Bolivia. Si bien esto es con la intención de no culpabilizar a quienes no pueden/quieren criar a sus hijos y que “renuncian” a ello, la realidad es que esta protección de los adultos puede vulnerar el derecho del niño de criarse con su familia ampliada.

La adopción

En las leyes anteriores de Bolivia se establecía una diferenciación entre adopción y arrogación; la primera tenía similitudes con la adopción simple y la segunda con la adopción plena. Actualmente no existe esa distinción y está regulado el instituto de la adopción como modo de integrar a los niños en familias sustitutas de modo permanente, con características similares a la adopción plena.

La ley 548 (2014) en el art. 80 define a la adopción como una institución jurídica, mediante la cual la niña, niño o adolescente, en situación de adoptabilidad, adquiere la calidad de hija o hijo del adoptante, en forma estable, permanente y definitiva. Esta institución se establece en función del interés superior del adoptado. La adopción (art. 82) concede a la niña, niño o adolescente, igual condición que la del hijo nacido de la madre y padre adoptante, con los mismos derechos y deberes, con responsabilidad y reciprocidad familiar, sin distinción de roles.

También ordena que en estos procesos judiciales, los servidores públicos y personal de instituciones privadas, deben actuar con celeridad, integridad ética, sin

discriminación alguna y utilizar mecanismos objetivos y cumpliendo los protocolos establecidos.

En cuanto a los adoptantes, esta norma estipula que es obligación de las instancias de política social, identificar y seleccionar a los solicitantes de adopción, para lo que se debe seguir el procedimiento establecido.

La adopción solo es concedida mediante sentencia judicial, atendiendo al interés superior de la niña, niño o adolescente, comprobada la idoneidad de los solicitantes de la adopción y la opinión, cuando corresponda, de la niña, niño o adolescente. La legislación promueve este instituto al establecer entre otras cosas, que la inscripción de la adopción en el Servicio de Registro Cívico, concede a la madre y/o al padre la inamovilidad laboral por un año y licencia laboral por maternidad o paternidad adoptiva por el periodo de dos (2) meses de manera alterna, para la adaptación integral del adoptado al núcleo familiar.

Es importante destacar que en tanto el Juez no determine la viabilidad de la adopción, no autoriza la convivencia pre-adoptiva. Como se observa, acá también se prohíbe las convivencias de hecho con fines de adopción.

En este sentido, define que la convivencia pre-adoptiva es el acercamiento temporal entre los solicitantes adoptantes y la niña, niño o adolescente a ser adoptado con la finalidad de establecer la compatibilidad afectiva y aptitudes psico-sociales de crianza del solicitante.

Esta etapa de convivencia, es bastante más inferior que la establecida por la normativa argentina, puesto en Bolivia debe ser cumplida en un tiempo no mayor a dos (2) meses.

En el art. 88 de la ley 548 es determinante la prohibición de la adopción de seres humanos por nacer y la de solicitantes predeterminados. Lo que vendría a brindar más claridad al debate en torno a la legalidad o no de las adopciones dirigidas en Bolivia. Este punto al igual que la prohibición a las entregas directas para guarda y la obligación de comunicar para particulares y funcionarios en dichas situaciones como ya se ha visto, arroja más firmeza a la posición de ese país en torno a la prohibición de las adopciones dirigidas.

La adopción en ambos países se establece en función del interés superior del adoptado y coinciden en que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que se trate de esposos, o parejas que se hallen de acuerdo. También estipulan la necesaria intervención de un equipo de profesionales en relación a las capacidades de los pretensos adoptantes quienes deben estar anotados en un registro a tal fin, según las nuevas normas Argentinas.

En ambos países, el juez debe escuchar al Ministerio Público, y de acuerdo a las circunstancias del caso puede solicitar o tener en cuenta las evaluaciones de técnicos y escuchar al adoptado.

En las legislaciones de ambos países se preserva el derecho a la identidad del niño, en este sentido se establece que quienes han sido adoptados tienen derecho a conocer los antecedentes de su adopción y referencias de su familia de origen. Además, explicitan que es deber de los padres adoptivos brindarles esta información.

En Bolivia se ordena a los adoptantes a hacer conocer al adoptado su condición de tal, información que debe ser asesorada y acompañada por personal especializado. Los adoptados al obtener su mayoría de edad o desde su emancipación, tienen derecho a conocer los antecedentes de su adopción y referencias de su familia de origen, lo que pueden solicitar ante el Ministerio de Justicia o Instancia Técnica Departamental de Política Social.

De manera similar está ordenado en la ley 26.061 de Argentina que establece el derecho del niño a la identidad²⁸.

²⁸ **Artículo 11.** — DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

En torno a esta investigación es relevante advertir que en el art. 11 de la ley 26.061 se ordena no solo ese derecho sino también la prioridad de que el niño sea criado por su familia de origen y solo excepcionalmente por familias alternativas, y que cuando eso ocurre, el niño, niña o adolescente debe conocer su origen e identidad, ordenándole a los adultos responsables de su cuidado brindares esa información.

Características del proceso de adopción.

En Bolivia se asigna la competencia privativa de codificación sustantiva y adjetiva en materia de niña, niño y adolescente, al nivel central del Estado Nacional.

En la ley 548 establece que los niños y adolescentes, como sujetos de derechos, gozan de las garantías constitucionales y las establecidas en ese Código. Asimismo entiende que es obligación primordial del Estado en todos sus niveles, garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En su Art. 9 estipula que las normas de ese código se deben interpretar velando por el interés superior del niño y de acuerdo con la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales en materia de derechos humanos cuando éstos sean más favorables para los niños.

Esa legislación también establece que los procesos judiciales o administrativos donde se encuentran involucrados niños o adolescentes, son de carácter gratuito para ellos.

Y ordena la necesaria intervención del Ministerio Público en todos los procesos judiciales que involucren a niños, niñas o adolescentes, en caso contrario la falta de intervención será causa de nulidad.

En Argentina la intervención del Ministerio Público en las causas que se encuentran en juego derechos de los niños también es determinante.

En Bolivia, los principios de todo proceso en que se refiera a la niñez y adolescencia, según la ley 548 son:

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

a. **Especialidad.** La justicia en materia de Niña, Niño y Adolescente, se desarrolla con la intervención de personal interdisciplinario especializado.

b. **Desformalización.** Se debe flexibilizar el procedimiento, evitando toda ritualidad o formalidad en el acceso a la justicia.

c. **Presunción de Verdad.** Para asegurar el descubrimiento de la verdad, todas las autoridades del sistema judicial deberán considerar el testimonio de una niña, niño o adolescente como cierto, en tanto no se desvirtúe objetivamente el mismo.

d. **Reserva.** En todo proceso se guardará la reserva necesaria para garantizar la dignidad e integridad de la niña, niño o adolescente.

e. **Concentración.** Determina el desarrollo de la actividad procesal en el menor número de actos para evitar su dispersión.

f. **Proporcionalidad.** La aplicación de cualquier medida judicial a una niña, niño o adolescente debe estar relacionada con su edad y etapa de desarrollo, valorando toda circunstancia que pueda vulnerar sus derechos.

g. **Transparencia.** Los actos procesales se caracterizan por otorgar a las partes información útil y fiable, facilitando la publicidad de los mismos con el objeto de que la jurisdicción cumpla con la finalidad de proteger derechos e intereses que merezcan tutela jurídica.

h. **Pronunciamiento.** La autoridad jurisdiccional tiene la obligación de pronunciarse sobre las peticiones presentadas por las partes, en cada etapa de los procesos.

En Argentina, la ley de protección integral (ley 26.062, art. 29) establece algunos principios protectorios en cuanto a los procesos judiciales donde se encuentren involucrados los niños.

La ley de fondo de argentina establece en el art. 321 C.C las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, esto ha sido planteado en el capítulo 3 de la presente investigación, a donde se remite en razón a la brevedad.

Algunas reglas vinculadas a los procedimientos se encuentran detalladas en los códigos de forma, que están establecidos en el Código Procesal Civil de la Nación y en códigos de procedimientos establecidos por leyes provinciales.

En la provincia de Buenos Aires la ley 14.528 (2013) establece los procedimientos. En las disposiciones generales (art. 4), ordena que sin perjuicio de los plazos procesales establecidos en esa ley, el Juez de Familia puede disponer la aplicación de los plazos del procedimiento sumarísimo y la habilitación de días y horas inhábiles, de conformidad con el art. 496 del C.P.C.C.

En Bolivia, el Juez de la Niñez y Adolescencia debe proporcionar tutor especial al niño, niña o adolescente siempre que los intereses de éstos se contrapongan a los de sus padres o responsables, o cuando carezca de representante legal, así sea eventualmente. Con igual sentido está establecido en la legislación argentina.

Requisitos para la adopción y procedimiento.

La ley 548 establece como requisitos para el niño adoptado los siguientes:

- a. Tener nacionalidad boliviana y residir en el país;
- b. Tener menos de dieciocho (18) años a la fecha de la demanda de adopción salvo si ya estuviera bajo la guarda de las o los adoptantes;
- c. Resolución Judicial sobre la extinción de la autoridad de la madre o padre o sobre la Filiación Judicial;
- d. Tener la preparación e información correspondiente sobre los efectos de la adopción por parte de la Instancia Técnica Departamental de Política Social, según su etapa de desarrollo.

En cuanto a los adoptantes, es obligación de las Instancias Departamentales de Política Social, identificar y seleccionar a las y los solicitantes de adopción. Este proceso se realizará conforme a procedimiento establecido por esa ley.

Algunos requisitos que deben cumplimentar los adoptantes son:

- Los solicitantes de adopción deben tener un mínimo de veinticinco (25) años de edad y ser por lo menos dieciocho (18) años mayor que la niña, niño o adolescente adoptado.

- En caso de parejas casadas o en unión libre, por lo menos uno debe tener menos de cincuenta y cinco (55) años de edad; salvo si existiera convivencia pre adoptiva por espacio de un año, sin perjuicio de que a través de informes biopsicosociales se recomiende la adopción, en un menor plazo.
- Las parejas casadas deben presentar certificado de matrimonio y en caso de uniones libres, la relación deberá ser probada de acuerdo a normativa vigente.
- Quienes deseen adoptar deben gozar de buena salud física y mental, acreditada mediante certificado médico y evaluación psicológica; tiene que presentar Informe social y certificado domiciliario expedido por autoridad competente.
- También deben presentar certificado de no tener antecedentes penales por delitos dolosos, expedidos por la instancia que corresponda y certificado de preparación para madres o padres adoptivos; certificado de idoneidad; e informe post adoptivo favorable para nuevos trámites de adopción.
- Queda prohibida la exigencia de otros requisitos.

En Argentina los requisitos que deben cumplimentar los adoptantes y los adoptados fueron establecidos anteriormente, por lo que con la intención de no redundar se remite al capítulo 3.

En este país, el proceso de adopción es posterior al proceso declaración de adoptabilidad.

En la nueva ley, una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, a pedido de parte o de la autoridad administrativa, debe iniciar el proceso de adopción, el que también podrá ser iniciado de oficio.

La acción debe tramitarse ante el Juez de Familia que otorgó la guarda con fines de adopción o, a elección de los pretendientes adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión. En este sentido, es importante destacar que no en todas las provincias argentinas se ha modificado el fuero de menores y de familia, por lo que en algunas jurisdicciones la competencia en adopción sigue estando bajo la órbita del juzgado de menores, como por ejemplo en la provincia de San Juan.

El Código Civil argentino establece en el art. 316 que el adoptante debe 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.

En Bolivia, la ley 548 establece que para las adopciones nacionales la demanda puede ser presentada por los solicitantes o por la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, y que se debe adjuntar el certificado de idoneidad, acreditación de la adoptabilidad y otros documentos pertinentes y observar los requisitos del procedimiento común aplicable. El trámite para obtener la adopción no puede exceder de cuatro (4) meses, computables desde la admisión de la demanda hasta la sentencia, bajo responsabilidad de las instancias o autoridades involucradas en el proceso de adopción en caso de dilación injustificada.

Cuando la demanda es admitida el Juez dispone la notificación a la instancia técnica departamental de política social, y al o los solicitantes de adopción. En el mismo proveído, la autoridad judicial pre-asigna e instruye a esta instancia la realización de visitas a donde se encuentra el niño (centro de acogimiento o al domicilio del guardador) por el lapso de siete (7) días.

En el plazo de 5 días siguientes la instancia técnica departamental debe elevar el informe. Si el informe es favorable para la adopción, se señala audiencia para el periodo pre-adoptivo, que deberá llevarse a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes. En caso de ser desfavorable dará por concluido el proceso respecto del solicitante, decisión que podrá ser apelable.

Durante esta audiencia el Juez conferirá la guarda provisional durante el periodo pre-adoptivo considerando la edad de la niña, niño o adolescente y las circunstancias de la adopción, este periodo no será mayor a dos (2) meses.

En la audiencia, la autoridad judicial ordena al equipo interdisciplinario del juzgado que proceda al seguimiento de esta etapa y emita informe dentro de los cinco (5) días siguientes de concluido el periodo pre-adoptivo.

El Juez para concluir señala día y hora de audiencia de ratificación y dicta sentencia en un plazo no mayor a diez (10) días de concluido el periodo pre-adoptivo.

En la audiencia de ratificación se da lectura a los antecedentes de la solicitud de adopción y a los informes y gestiones realizadas; se oye a la niña, niño o adolescente, considerando su edad, características de su etapa de desarrollo y otros factores especiales y se informará a los adoptantes sobre los efectos jurídicos de la adopción. Finalmente la autoridad judicial dicta la correspondiente sentencia, otorgando o negando la adopción.

En el caso que se otorgue la adopción se dispone la inscripción del adoptado/a en el servicio de registro cívico, como hija o hijo de los adoptantes, en los términos previstos por la norma, trámite que no puede exceder el plazo de cuarenta y ocho (48) horas.

También se establece el seguimiento post adoptivo por la instancia técnica departamental de política social, quienes deben presentar al Juzgado informes biopsicosociales semestrales y por el espacio de dos (2) años.

Luego de detallar algunos puntos significativos de los derechos de los niños y de la adopción en ambos países, se puede concluir que en Bolivia está prohibida la adopción o guarda dirigida. En ese país se advierte con mayor claridad en la normativa vigente, pero en la legislación anterior también se había una negativa rotunda a permitir imposiciones de hecho.

La nueva ley ordena con detalle la obligación de comunicar las guardas de niños por los particulares, por los centros de acogimiento y por los funcionarios, inclusive se plantea la imposición de sanciones a quienes no cumplan con la normativa.

Busca coartar la posibilidad de dichas prácticas, estableciendo también la prohibición de 2 tipos de adopciones la de las personas por nacer y la de los solicitantes predeterminados, que no es otra cosa que las denominadas guardas o adopciones “puestas”.

La legislación de ese país estipula plazos judiciales breves y el seguimiento de los casos con informes periódicos de modo que no se vayan imponiendo situaciones de hecho.

Se puede advertir que en la legislación proyectada argentina se avanza en normas tendientes a prohibir las adopciones dirigidas, sin embargo es probable que estas prácticas puedan seguir imponiéndose, ya que no está establecida entre otras cosas la obligatoriedad de denunciar situaciones de guardas de hecho, y la consecuente sanción a los órganos incumplientes.

En Bolivia al estar ordenado que las normativas referidas a los niños, niñas y adolescentes tienen centralidad en el Estado Nacional, no existen normativas contradictorias en las jurisdicciones, cosa que en Argentina si puede ocurrir, sobre todo en los códigos de forma.

Conclusiones.

La historia de la adopción necesariamente ha sido atravesada por la concepción hegemónica de la infancia y sus derechos.

La adopción ha sufrido un cambio fundamental a lo largo del tiempo, desde el punto de vista de su finalidad; el objetivo de darle un hijo a quien no lo tiene ha sido sustituido por la necesidad de darle una familia a quien carece de ella.

En Argentina a partir de la reforma de la constitución en 1994 se incorporan los derechos y garantías establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención de los Derechos del Niño, y en el 2005 con la aprobación de la ley 26.061 se empieza a consolidar la mirada de los niños como sujetos de derecho.

El concepto que se tenía de los niños ha ido cambiando con el transcurso del tiempo. En el origen del “derecho de menores”, la infancia fue relegada a la clasificación de objetos de protección, seres de los cuales se podía disponer arbitrariamente sin tener en consideración sus derechos. Esta concepción está siendo superada por la valoración de los niños como sujetos de derechos, capaces de manifestar sus opiniones y de expresar sus deseos participando activamente en las cuestiones que les son propias. Esta visión se cristaliza en la legislación actual, a nivel nacional con la ley 26.061 denominada “ley de protección integral” que reemplaza la normativa anterior de “situación irregular o sistema tutelar”.

El nuevo discurso, de los niños como sujetos de derechos, promueve la idea de que todos los niños son susceptibles de cuidados, pero fundamentalmente sujetos de derechos.

La temática de esta investigación es compleja existiendo variedad de posiciones y argumentos, lo que se puede visualizar al analizar la normativa, la doctrina y la jurisprudencia donde se advierten fallos contradictorios.

En relación a las adopciones y en el marco de este estudio, se advierten, además de las doctrinas de protección integral y la de la situación irregular, dos posiciones centrales en torno a la adopción: la que la considera una institución del derecho de familia, con sus características de derecho público o la que la considera pasible de ser definida desde la óptica del derecho privado, más específicamente desde el derecho disponible y por lo tanto contractual.

Clarifica la temática, como entiende Atilio Álvarez (2012), la determinación que se ha hecho en el derecho proyectado del carácter de institución y no de contrato de la adopción.

No es posible el establecimiento de un contrato entre adoptantes y adoptado, pero tampoco se puede concebir un contrato gratuito u oneroso (escrito o no) entre adultos, tendiente a establecer el estado de familia y la identidad del niño, puesto que como plantea Álvarez se estaría retrocediendo hacia la arcaica concepción del hijo como “cosa del padre”, lo que sería una negación flagrante de todos los derechos fundamentales de la persona. El vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia, crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene el derecho de familia.

La concepción contractualista convierte al niño, sujeto prevalente por excelencia de la institución adoptiva, en un objeto de las deseos y voluntades de adultos.

En este sentido no está de más recordar los caracteres del estado de familia:

- Imperativo: se puede definir como toda norma jurídica del que los sujetos no pueden prescindir, es decir esta regulación tiene validez independientemente de la voluntad de las personas.
- Imprescriptible: los estados de familia no se adquieren ni se pierden por el mero transcurso del tiempo.
- Indisponible: el estado de familia es irrenunciable e intransferible.
- Inalienable: no se puede enajenar, ceder ni transferir.
- Recíproco: El estado de familia es interdependiente y recíproco.
- Oponible erga omnes: produce efecto frente a todos.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, dos son sus caracteres principales: es indisponible (no se puede modificar, disponer o renunciar a la titularidad y al ejercicio) e indelegable (la función se debe ejercer en forma personal, salvo causas justificadas y transitorias)

El artículo 845 del Código Civil ordena “No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima.”

Y el artículo 21 del mismo Código, determina que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

La adopción 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.

En el código proyectado (art. 611) las adopciones dirigidas o las guardas de hecho con fines de adopción están expresamente prohibidas. La normativa habilita al juez a separar al niño de su guardador en caso de transgresión de la prohibición, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo.

También aclara que ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Como se puede advertir se elimina explícitamente la posibilidad de la guarda de hecho con el fin de la adopción. Se intenta cercar las posibilidades que lleven a imposiciones de hecho como actualmente ocurren. Es decir con esta normativa se busca, evitar las condiciones que puedan ser propicias para el tráfico o apropiación de niños. De otro modo está regulado en la legislación boliviana, que utiliza otros recursos, pero el objetivo es el mismo; preservar los derechos del niño eliminando condiciones que facilitan el tráfico de éstos, desde el respeto de la normativa de cada país en sintonía con la legislación internacional.

Al respecto de los diferentes recursos utilizados por las legislaciones, la ley 4.523 (2010) de la provincia de Misiones con similitud con algunos aspectos de la normativa boliviana, establece en el art. 3 que quien entregue un menor a persona ajena a su familia biológica y quien lo reciba, sea que se trate de un particular o del responsable de un establecimiento asistencial público o privado, está obligado a poner

dicha situación en conocimiento del Juez con competencia en el fuero de familia, dentro de las cuarenta y ocho horas. La omisión injustificada de esta obligación por parte de quienes hayan recibido al menor, obsta su inscripción en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción o produce su eliminación definitiva de la lista, si ya estuvieren inscriptos.

En el art. siguiente estipula que recibida la comunicación, el Juez en forma urgente decreta las medidas de protección que considere necesarias en resguardo del menor.

En Argentina, el nuevo código ordena que la guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia de adoptabilidad del niño. Y el art. 613 ordena que el juez que declaró la situación de adoptabilidad seleccione a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes.

Como se viene planteando, se inscribe en una posición anti-contractualista en materia de adopción, cuestionando los acuerdos de voluntades entre los pretensos adoptantes y la madre, con intermediarios profesionales, a partir de lo cual se genera el tráfico y apropiación de niños, siendo además causa de la demora en el avance de los listados de postulantes a adopción.

Para proteger los derechos de los niños es necesario determinar con firmeza que todo niño tiene derecho a una familia, y de ser posible que ella sea la de origen. Cuando se advierten que la familia de origen y la ampliada no están en condiciones de satisfacer las necesidades del niño, éste posee un derecho que podría denominarse “subsidiario” a tener una familia alternativa que le brinde el lugar y los derechos inherentes a su edad y calidad de hijo.

Este niño tiene derecho a gozar de una adopción legal como única herramienta sostenible en el tiempo para satisfacer su necesidad y derecho a tener una familia. El titular del derecho es el niño, quien posee el derecho a ser adoptado.

Este derecho “subsidiario” para que sea eficaz debe ser satisfecho en un tiempo prudencial, acá le cabe la responsabilidad al estado a través de los organismos competentes.

El Estado es el responsable y garante del cumplimiento de ese derecho, como está planteado desde la legislación nacional como de la internacional.

El estado y sus órganos administrativos y judiciales son responsables si se exceden en la búsqueda de la familia biológica y permiten el paso del tiempo antes de dictar el estado de adoptabilidad, ya que su demora contrarían el interés superior de niño al prácticamente impedirle o dificultar su adopción. Es conocido por todos que los niños pequeños tienen mayores posibilidades de ser cobijados en una familia adoptiva. Las adopciones tardías son más complejas y si además se deja pasar el tiempo intentando que sea prohijado en su familia ampliada, disminuyen aún más las posibilidades de estos niños de tener una familia donde sean incluidos desde el lugar afectivo y jurídico de hijos.

La búsqueda y el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada debe hacerse en los plazos establecidos por la ley, no dilatar esa indagación es fundamental desde la perspectiva del interés superior del niño.

En este sentido la Corte Americana de Derechos Humanos ha sostenido que los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de los niños especialmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

Los jueces, como autoridad del Estado, son responsables cuando los niños son privados indebidamente de estar con su familia de origen, pero también si se los priva de su derecho a vivir en una familia adoptiva por exagerar la búsqueda de la familia de origen y dejar pasar el tiempo de la niñez sin que sean cobijados por una familia alternativa.

La ley 26.994 (nuevo Código Civil) se presenta como una respuesta a la necesidad de acelerar los procesos. El único modo de obtener mayor celeridad en la adopción es la persecución del tráfico de niños y de las imposiciones de hecho.

Tan importante como lo anterior es entender que no existe el derecho a adoptar, puesto que esta acción tiene como razón de ser la satisfacción de otro derecho, el del niño a tener una familia. Cuando se prioriza la necesidad de los adultos de adoptar o de

la madre de “elegir” quienes a su entender cuidarán de su hijo, se está vulnerando el derecho del niño, ya que se prioriza el derecho de otros. Por lo tanto, no se puede justificar estas prácticas desde el interés superior del niño, ya que su interés, en estos casos, está relegado a la satisfacción de los intereses de los adultos.

Quien se postula como aspirante a la adopción, accede a la calidad de aspirante. Alguien que al cumplimentar una serie de requisitos y trámites presenta una expectativa legítima por cumplir con los requerimientos (como todos los que se encuentran en su condición), pero esto no deja de ser una posibilidad, de modo de que de no concretarse la adopción, no se ha vulnerado un derecho.

El aspirante estará en iguales condiciones que sus pares, igualdad que se rompe si quien tiene un conocido puede “cortar camino” en el laberinto burocrático de la adopción. De esta manera se suele romper el derecho a la igualdad de trato establecido constitucionalmente.

En el mismo sentido se entiende que el interés superior del niño no tiene vinculación alguna cuando los padres adoptivos son elegidos producto de sus relaciones personales y no por sus cualidades personales. En estos casos no se evalúa la situación de la familia biológica, ni las necesidades de ese niño, que se transforma en objeto “mercancía”. Tampoco se tiene en cuenta lo que significa fundar una “familia” con ese precedente. Estas prácticas que se justifican desde el interés superior del niño, esgrimen que estos niños si no son adoptados padecen necesidades, que hay tantos niños que necesitan una familia, que es muy difícil conseguir un niño, etc. Estos argumentos se rebaten fácilmente, puesto que la adopción no es un “remedio” para la pobreza, y lo que busca este instituto del derecho de familia, no es “encontrar un niño” para una pareja o una persona sola que quiera “protegerlo”, sino por el contrario satisfacer el derecho del niño de tener una familia.

Finalmente se puede determinar que la adopción no debe ser vista desde la lógica del mercado donde la persona se vende y se compra, según la demanda. Aunque muchos aspirantes a la adopción, eligen -producto de su deseo y necesidad de trascendencia- cortar camino y de este modo transforman a “su hijo” en objeto de su necesidad, no en un sujeto de derechos.

Esta ubicación de los niños como objetos y su trato como mercancías permite también que sean “devueltos” si no satisfacen las expectativas de los adoptantes, lo que nuevamente vulnera los derechos del niño.

Es necesario entender que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres en relación a sus hijos, para su protección y formación integral, mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. José González (2005) entiende que estos deberes derechos, que son reconocidos por la ley, son de orden público y que su finalidad es garantizar la protección y formación integral de la niñez.

Esta investigación cuestiona si el ejercicio de la patria potestad habilita o no a los progenitores, a su arbitrio, a transferir los derechos sobre sus hijos como si fueran un bien disponible.

Con las adopciones dirigidas se retrocede, se vuelve la mirada del niño como un objeto, cosa de la que los progenitores, generalmente la madre, pueden disponer, “eligiendo” quienes serán sus padres adoptivos. Estas prácticas pueden transformar la adopción en un comercio, como si las partes pudieran disponer del niño/a privándolo de su dignidad.

En este sentido es importante mencionar que el artículo 3 de la ley 26.061 expone el interés superior del niño y estipula que se debe respetar su condición de sujeto de derecho. Además, el art. 9 de la misma ley determina que los niños tienen derecho a la dignidad y a la integridad personal y que tienen derecho a no ser sometidos a secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma cruel o degradante, y la cosificación del niño no es otra cosa que la degradación de su condición de persona.

Sin embargo hay autores de la talla de Graciela Medina que justifican las adopciones dirigidas desde el derecho de la madre a proteger a sus hijos con su “elección” de quienes están en condiciones de prohijar a sus hijos biológicos. Esta autora también argumenta que en las guardas de hecho, cuando se ha generado un vínculo afectivo entre los “guardadores” y el niño, se justifica el mantenimiento del status quo desde el interés superior del niño, puesto que el cambio de dicha situación podría generar una nueva situación traumática en el niño.

Como se advierte en la presente investigación, la legalidad o ilegalidad de las adopciones dirigidas, es un tema que aún se encuentra en debate. Existen legislaciones contradictorias a nivel mundial o que utilizan distintos recursos buscando garantizar los derechos de los niños, como el caso de Bolivia y de Argentina, sobre todo con las modificaciones recientes en ambos países.

En Argentina se advierten confrontaciones doctrinarias en esta temática y jurisprudencia contradictoria. Este tema seguirá estando en discusión inclusive con la aplicación del nuevo código civil y comercial. Esta investigación habrá cumplido con su misión si ha generado nuevos interrogantes o nuevos cuestionamientos.

Listado de Bibliografía

Doctrina

- ALVAREZ, ATILIO (2012). *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El derecho.
- BALIERO DE BURUNDARENA, ANGELES Y OTROS (2001). *La elección por la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño*. Buenos Aires. La Ley.
- BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR (2011) *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- BORDA, GUILLERMO (1993). *Tratado de derecho civil –Familia- Tomo II*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- CARIDE, ESTEBAN (2002) *El abuso de la guarda de hecho y el fraude a la ley*. Buenos Aires. La Ley.
- DUTTO Ricardo J., (1997). *Comentarios a la ley de adopción 24.779*. Santa Fe. Fax.
- FLORES, María Elena (2009). *Infancias Judicializadas. Estudio histórico sobre la colocación de menores en la ciudad de Córdoba: 1948-1971*. Córdoba. Segundas Jornadas Nacionales de Historia Social.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1992). *Infancia y adolescencia en la Argentina actual: pautas político-jurídicas para la reforma legislativa*. Brasilia. Multigrafiado.
- GONZALEZ DEL SOLAR, JOSÉ H. (2005). *Derecho de la minoridad*. Córdoba. Mediterránea.
- MEDINA, GRACIELA (1998) *La guarda de hecho y la adopción*. Buenos Aires. Jurisprudencia Argentina.
- PITRAU, OSVALDO FELIPE (1990). *La guarda de menores*. Derecho de Familia. Revista de doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- SABINO, CARLOS (1994) *Como hacer una tesis*. Buenos Aires. Lumen.

- SAMPIERI, R, COLLADO, C. LUCIO P. (1991) *Metodología de la investigación*. México. Mecgrawhill
- YUNI, JOSE A., URBANO C. (2006). *Técnicas para investigar y formular un proyecto. Recursos metodológicos para la preparación de investigación*. Córdoba. Brujas.

Legislación

Internacional

- Convención sobre los derechos del niño
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos

Argentina

- Constitución de la Nación Argentina
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Código Civil de la Nación. Ley 340
- Ley N° 26.061
- Ley N° 13.252/48
- Ley N° 19.134/71
- Ley N° 19.216/71
- Ley N° 24.779/97
- Ley N° 25.854/03

Bolivia

- Código de Familia
- Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente
- Ley N° 2026 Código del Niño, Niña y Adolescente

- Decreto supremo N° 27443

- Ley 548

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos “Fórneron e hija vs. Argentina”. 2012

C.S.J.N. “G., M. G. s/ Protección de Persona”. 2005

- C.S.J.N. “B. M. C. s/ Protección de Persona”. 2006

- Corte de Justicia de la Nación “Guarino, Humberto José y Otra” 2008

- Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la Matanza, sala 1 “NN o A., G.M. s/ abrigo”. 2011

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, laboral y Minería de Neuquén Sala I “G.C.Z. 2009

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, Sala I “I., S. c. B., M. y otro”.2007

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I “L., M., D., y otros”. 2004.

- Juzgado de Familia N° 6, San Isidro “D.T.A. S/guarda con fines de adopción”. 2013.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA
UNIVERSIDAD 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	Soria María Marta
DNI	25.823.392
Título y subtítulo	"Las adopciones dirigidas"
Correo electrónico	mariamartasoria1@gmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición:	

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 la Tesis	SI
Publicación parcial	

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 Juan, 28 de abril del 2016 _____

María Marta Soria

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

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

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado