

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

ABOGACÍA



TRABAJO FINAL DE GRADO

**“El otorgamiento de la guarda
preadoptiva en el proceso de adopción”**

BAIGUERA MÜLLER, CAMILA

VABG10200

AÑO 2014

Resumen

La adopción es un instituto regulado por la ley 24779, que tiene en miras el beneficio de la niñez carente de un medio familiar apto para su desarrollo físico y espiritual. La guarda preadoptiva es el paso previo de una futura y eventual adopción. La realidad social Argentina demuestra que además de la guarda judicial, existe la guarda de hecho. En el artículo 317 del Código Civil están establecidos los requisitos necesarios para el otorgamiento de la guarda preadoptiva. La jurisprudencia teniendo en miras el principio del interés superior del niño, ha sido unánime al rechazar el pedido de restitución de menores dados en guarda preadoptiva, a su familia biológica que los reclaman, cuando éstas no realizan un cambio en sus acciones y/o actitudes. El Estado Nacional tiene el deber y obligación de proporcionar los medios tendientes a satisfacer las necesidades básicas del grupo familiar, impidiendo que las causas económicas sean motivos de separación del niño de sus progenitores.

Abstract

Adoption is an institution regulated by law 24779, which has in view the benefit of children lacking a suitable family environment for their physical and spiritual. The pre-adoptive foster is the first step of a future and possible adoption. Social reality Argentina shows that besides the legal guardianship, custody of fact exists. Article 317 of the Civil Code are set out the requirements for the granting of pre-adoptive foster. The jurisprudence taking view to the best interests of the child, has been unanimous in rejecting the application for return of children placed in pre-adoptive foster, biological family to claim them when they do not make a change in their actions and / or attitudes . The National Government has the duty and obligation to provide the means designed to meet the basic needs of the family, preventing economic causes are reasons for removal of children from their parents.

Índice

Introducción	5
Objetivos Generales y Específicos	8
1. Consideraciones generales	10
1.2. Concepto de Adopción	10
1.2.1. Caracteres de Adopción Plena	12
1.2.2. Caracteres de Adopción Simple	12
1.3. Naturaleza jurídica	13
1.3.1. La adopción como acto jurídico	13
1.3.2. La adopción como medio de protección familiar y social	14
1.3.3. La adopción como institución de protección al menor	14
1.4. Evolución de la adopción	15
1.5. Recepción en nuestro ordenamiento jurídico	17
1.6. Sujetos	20
1.6.1. El adoptado	20
1.6.1.1. Menores huérfanos de padre y madre	21
1.6.1.2. Menores sin filiación establecida	22
1.6.1.3. Desamparo de menores internados y comprobación judicial de abandono	22
1.6.1.4. Privación de la patria potestad	23
1.6.1.5. Manifestación de voluntad paterna	23
1.6.1.6. Adopción de mayores de edad	23
1.6.2. El Adoptante	24
1.6.2.1. Edad del adoptante	25
1.6.2.2. Residencia mínima en el país	26
2. Regulación Jurídica	27
2.1. Legislación en el ámbito nacional	27
2.1.1. Antecedentes legislativos	27
2.1.2. Régimen actual: Ley 24779	30
2.2. Marco provincial	31
2.2.1. Antecedentes legislativos	31
2.2.2. Régimen actual	32
2.3. Marco Internacional	36
2.3.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	36
2.3.1.1. Interés Superior del Niño	38
3. Guarda	39
3.1. Concepto de guarda	39
3.1.1. Naturaleza Jurídica	41
3.2. Guarda con fines de adopción	42
3.3. Guarda de hecho	44
3.3.1. Interpretación del artículo 318 del Código Civil	45
3.3.2. El derecho de los padres biológicos de elegir al guardador de su hijo	46
3.3.3. Fundamentos para entregar un menor en guarda de hecho	47
3.3.4. Arbitrariedad de las sentencias que no valoran el interés del Menor	48
3.4. Relación entre guarda de hecho y guarda preadoptiva	49
3.4.1. Similitudes y diferencias	50
4. Guarda Preadoptiva	50

4.1. Competencia Judicial	50
4.2. Trámite para el otorgamiento de la guarda	52
4.3.Requisitos para la procedencia de la guarda preadoptiva	53
4.3.1. Citación de los progenitores	55
4.3.2. Conocimiento personal del adoptado	58
4.3.3. Conocimiento personal de los adoptantes	59
4.3.4. Conocimiento de la familia biológica	59
4.3.5. Nulidad	60
4.4. Proceso de otorgamiento de la guarda preadoptiva	61
4.5. Fijación del plazo de la guarda	62
5. Facultades de los jueces, padres biológicos y futuros adoptantes	62
5.1. Atribuciones de los jueces	62
5.1.1. Conveniencia del menor	64
5.1.2. Intervención del menor	64
5.1.3. Reserva de las actuaciones	65
5.1.4. Obligación de hacer conocer al adoptado su realidad biológica	65
5.2. Situación de los adoptantes	66
5.2.1. Documentación requerida	67
5.3. Facultades de los padres biológicos	68
5.3.1. Citación de los padres biológicos	69
5.3.2. Situación en que no se requiere la conformidad de los progenitores	69
5.3.3. Incomparecencia y su negativa a prestar su consentimiento	70
5.4. Supuestos de restitución del menor dado en guarda a su familia biológica	70
5.4.1. La prioridad de la familia de origen. Prerrogativa no absoluta	71
5.4.2. La revocación de la guarda preadoptiva por arrepentimiento de la familia biológica	72
5.4.3. Solución de controversias entre la familia biológica y los guardadores del menor	78
6. Análisis Legislativo	80
6.1. Análisis de la ley de adopción en función de las garantías constitucionales que amparan a los menores. Análisis de posible reforma	80
6.1.1. Políticas públicas	82
Conclusiones	85
Bibliografía	87

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad investigar acerca del otorgamiento de la guarda de un menor, previo al proceso de adopción, como así también los supuestos en que los jueces en el uso de sus atribuciones pueden negar la restitución solicitada por los padres biológicos del menor que fue entregado en guarda con fines preadoptivos.

La guarda preadoptiva constituye el paso previo de una futura y posible adopción de un menor. La misma origina efectos similares a los deberes y derechos derivados de la patria potestad. Es un recaudo esencial previo a la adopción misma, necesario para permitir y evaluar la adaptación del niño a la familia que se postula como adoptante. El artículo 321 inc. i) impone que “...El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor”. Por este motivo, es importante destacar el rol que tienen los jueces en los procesos de adopción, ya que se pone frente a ellos a un menor de edad y deben tomar una decisión que cambiará la vida del mismo. Sin dudas, es una de las decisiones más importantes de la función jurisdiccional desde el punto de vista de los sentimientos que se ponen en juego y que involucra todo proceso de adopción.

El juez se halla frente a una situación compleja debiendo optar por la solución menos perjudicial para el niño y sus derechos. Por este motivo, es importante identificar el procedimiento utilizado para otorgar un menor de edad en guarda preadoptiva a los futuros adoptantes como así también precisar en qué casos pueden los padres biológicos del menor solicitar la restitución del mismo para que regrese a su familia de origen. La adopción debe estar destinada al hecho en que los padres o la familia biológica no quieran asumir la responsabilidad de la crianza y la educación de sus hijos.

Por otro lado, nos encontramos que no se puede apartar a un menor de su madre, sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos, principio que se encuentra avalado por el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño “Los estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos....Que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...” Por su parte la ley 26.061 determina: “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”.

Por la trascendencia social de esta institución, hace que las atribuciones que poseen los jueces y los derechos de las familias biológicas sea un interesante campo de investigación. En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia, se ha expedido acerca de las pautas para negar el pedido de restitución del menor dado en guarda.

A lo largo de los capítulos, se expondrá el tema de manera que el lector pueda interiorizarse sobre el mismo y ofrecer un mejor entendimiento introduciéndonos en los conocimientos que nos proporciona la doctrina y la jurisprudencia

En los primeros capítulos del trabajo (1 y 2), a modo de adentrarnos al tema, se expondrán las consideraciones generales concernientes al concepto del instituto de adopción, su naturaleza jurídica y la recepción en nuestro ordenamiento jurídico como así también su evolución a lo largo del tiempo. Se expondrá la forma en que se encuentra regulada en el orden nacional y en el ámbito de la provincia de Córdoba y el condicionamiento de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Una vez interiorizados en la cuestión, se expondrá en los capítulos 3 y 4 la cuestión de la guarda del menor, sus diferentes acepciones, para poder centrarnos en la interiorización de la guarda preadoptiva como elemento clave en nuestra investigación.

Analizaremos los requisitos para su procedencia, el proceso correspondiente del otorgamiento del menor en guarda y las posturas jurisprudenciales sobre el tema.

En el capítulo 5 se abordará el análisis de las facultades correspondientes a los jueces intervinientes en el proceso de adopción, como así también la observación de la situación y derechos que les corresponden a los padres biológicos involucrados en el mismo. A través de la jurisprudencia se tratará de averiguar los supuestos en que se puede restituir a su familia biológica un menor que fue entregado en guarda preadoptiva.

Por último, en el capítulo 6 se realizará un análisis de la ley de adopción vigente en nuestro país, a los fines de investigar si se respetan las garantías constitucionales establecidas por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Objetivos

Objetivo General

Explicar bajo que supuestos se otorga la guarda judicial previa a la adopción y realizar un análisis de los casos en que los jueces pueden negar la restitución solicitada por los padres biológicos del menor dado en guarda.

Analizar si es necesaria la reforma de la ley de adopción en función de la finalidad y de las garantías constitucionales que amparan a los menores.

Objetivos Específicos

- Analizar la evolución de los antecedentes nacionales del instituto de adopción.
- Analizar cómo recepta la doctrina y la jurisprudencia el instituto de adopción en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico.
- Identificar cuál es el procedimiento utilizado para otorgar el menor de edad en guarda preadoptiva.
- Establecer la finalidad de la guarda preadoptiva en el proceso impuesto en nuestro sistema legal.
- Precisar en qué casos los padres biológicos pueden solicitar la restitución del menor que fue dado en guarda.
- Analizar la influencia de los Tratados Internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño en nuestro derecho.
- Analizar el concepto general de guarda.
- Distinguir y comparar los conceptos de guarda de hecho y la guarda preadoptiva.

- Identificar cuál es el procedimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva y la guarda de hecho.
- Identificar las posturas jurisprudenciales acerca de las restituciones de menores durante el período de guarda.

1. Consideraciones generales

El tema que se abordará en el presente Trabajo Final de Grado, es el proceso de otorgamiento de la guarda preadoptiva de un menor de edad, la cual constituye un requisito necesario y un paso previo para la futura adopción. Por tal motivo, se considera necesario introducir al lector en el concepto de adopción.

1.2. Concepto de Adopción

“La adopción es un instituto legislado en nuestro derecho que tiene en miras el beneficio de la niñez carente de un medio familiar apto para su desarrollo físico y espiritual” (Zannoni, 1998, p. 511). Tiene por finalidad brindar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere (Bossert y Zannoni, 2005).

Para Guillermo Borda (1993) la adopción, cumple una doble función, por una parte brinda protección al menor y por otra, da hijos a quien no los tiene de su sangre. Atiende a ambos conceptos, colma dos vacíos, salva dos obstáculos sociales: el de una niñez desviada o en trance de desviarse y el de una paternidad frustrada o imposible.

Graciela Ignacio (2011) considera que se trata de una institución de orden público, en virtud de la cual se establece un vínculo jurídico de filiación creado por la ley sin presupuesto biológico, con distintos efectos según que el tipo de adopción sea plena o simple. La adopción está pensada para la protección de la infancia desvalida, sin embargo en nuestro régimen se admite la adopción de menores y mayores de edad.

En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social. Es una

institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.

La Diputada Nacional Claudia Rucci¹, en su proyecto de ley de adopción, la define como “un instituto destinado a hacer efectivo el derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen...”.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra regulada por la ley 24779 en concordancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Existe un doble régimen donde se reconocen dos tipos de adopción, la *plena*, que implica un emplazamiento del adoptado en un verdadero estado de familia que sustituye al consanguíneo originario, donde el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico (artículo 323, Código Civil).

La adopción *simple*, se limita a crear un status filii (estado de hijo) que se circunscribe a las relaciones entre adoptante y adoptado sin trascender, en la familia de aquel. “...confiere al adoptado la posición del hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en éste Código. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante será considerados hermanos entre sí” (artículo 329, Código Civil).

¹ RUCCI, Claudia, Proyecto de ley “*Régimen de adopción - Derogación de la Ley 24.779*”, Expediente N° 8619-D-2010, 14/12/2010. Recuperado el 16/04/2013 de <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=122510>.

1.2.1. Caracteres de Adopción Plena

La adopción plena está destinada a establecer vínculos más profundos que la adopción simple, siendo su nota más característica y distintiva la irrevocabilidad y el aniquilamiento de los lazos de sangre del adoptado, creando en su remplazo un nuevo vínculo que une al adoptado con el adoptante y a los parientes de éste, similar al que le corresponde a un hijo biológico. De esta manera se sustituye la filiación de origen por la nueva adoptiva.

Al ser irrevocable, impide todo reconocimiento del adoptado por sus progenitores biológicos una vez que la misma fue concedida (artículo 327, Código Civil).

1.2.2. Caracteres de Adopción Simple

Se distingue por ser supletoria de la adopción plena, por no extinguir los vínculos del adoptado con su familia de sangre y por ser revocable.

El principio general que sienta la norma es limitar el vínculo de parentesco que crea entre adoptado y adoptante, con su asimilación a la relación paterno-filial biológica. Respecto de la familia de sangre del adoptante no se crea vínculo alguno, salvo los efectos determinados (Méndez Costa y D'antonio, 2001).

“El juez o tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple” (artículo 330, Código Civil).

1.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la adopción ha ido variando con el transcurso del tiempo junto con las diferentes legislaciones. Se pueden mencionar tres teorías importantes, a su respecto encontramos: adopción como acto jurídico, adopción como medio de prevención y protección familiar y social, y por último, adopción como institución de protección al menor.

Es necesario destacar que en nuestra legislación, la única concepción que tiene aceptación es la institucional, que la considera como una institución del Derecho de Familia.

1.3.1. La adopción como acto jurídico

Esta concepción, también denominada “teoría contractual”, tiene raíces en la doctrina y jurisprudencia francesa. En una concepción elemental, el acto del jefe de familia está dirigido a agregar a su familia a una persona extraña, tratándola como miembro más de la misma, puede decirse que es común a todas las legislaciones y todos los tiempos. Se puede definir como un acto jurídico solemne, en virtud del cual la voluntad de los particulares, con el permiso de la ley y la autorización judicial, crea entre dos personas, naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de filiación legítima (Bonet, 1960).

Borda (1993) sostiene que no hay en ella especulación ni cálculo de beneficios, el adoptante y adoptado no se encuentran en una relación de igualdad, todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario, entre ambos existe un consortium, es decir, que sus intereses son coincidentes y no opuestos, existe entre ellos una comunión, no una concurrencia, lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones

están basadas en la jerarquía y la disciplina, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley.

Es notoria la confusión derivada de identificar la adopción en su naturaleza jurídica con la fuente generadora de la misma, sea un acto jurídico unilateral, emanado del adoptante en su voluntad de producir efectos jurídicos propios, sea de la bilateralidad, que implica la concurrencia de voluntades del adoptante y adoptado, con las particularidades que conciernen a esta última.

1.3.2. La adopción como medio de prevención de protección familiar y social

“La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral”².

Se advierte en primer lugar la protección familiar y social, es indudable que al fundamentársela en el interés superior del menor y determinarse la finalidad de otorgarle el marco sociocultural familiar que garantice su pleno desarrollo se está reconociendo plenamente que se trata de una típica institución protectoria de la minoridad.

1.3.3. La adopción como institución de protección al menor

Las instituciones jurídicas aparecen como constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, orientadas por principios propios y destinadas a establecer derechos y deberes en una determinada esfera de la vida social, con fines perfectamente preestablecidos y conscientizados (Gustavino, 1962).

² Artículo 165, Código de Familia de El Salvador sancionado por Decreto N° 677, año 1994.

La patria potestad aparece como la máxima institución protectoria de la minoridad, resultando las restantes instituciones orientadas por igual finalidad subsidiarias de aquella.

La adopción, ubicada en lugar privilegiado para ser llamada a satisfacer los reclamos de la formación integral del menor, responde en un todo a la idea de institución jurídica que hemos destacado.

Borda (1962), es quien destacó la naturaleza institucional de la adopción en nuestra doctrina, señalando que en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible y que es una institución de derecho privado fundado en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia de un juez. Sostienen que la adopción es, pues, una institución de derechos privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima.

Siguiendo esta línea, se define a la adopción como institución del derecho de familia fundada en un acto de voluntad del adoptante y que por medio de una sentencia judicial crea una relación de filiación asimilada en sus efectos a la filiación matrimonial (Ferrer, 1991).

1.4. Evolución de la adopción

La adopción conocida en siglos anteriores, gracias a su evolución histórica, es muy diferente a la que hoy conocemos y que versa en la conveniencia del menor.

Fue conocida y practicada por culturas de la antigüedad y regulada específicamente en algunas de ellas, sus finalidades ensamblaban específicamente en el factor religioso, constituyendo un medio de asegurar el culto a los antepasados que,

reservado a los hijos legítimos varones, determina la adopción de un extraño en el caso de no mediar tal descendencia (Méndez Costa y D'antonio, 2001).

La institución tuvo regulación legal en Babilonia a través del Código de Hammurabi. Estuvo organizada en el derecho griego asentándose en fundamentos ligados a la transmisión hereditaria.

Para los hebreos este instituto tenía fines religiosos, tendientes a asegurar la continuidad de la persona que moría sin dejar descendencia masculina a través de la Ley del Levirato, conforme a la cual, cuando un hombre moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones sexuales con la viuda, hasta engendrar un hijo que sería considerado, a todos los efectos, hijo de aquel que había muerto (Bossert y Zannoni, 2005).

En Roma, tuvo una notable importancia ya que la adopción alcanzó relieves significativos, siendo una institución de constitución familiar haciendo nacer un parentesco agnaticio lo que extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su familia de sangre. Dentro del concepto genérico de adopción, había dos especies: la adrogación, que fue la más antigua, y la más importante, y tenía lugar cuando el adoptado era un *sui iuris*, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado por su *pater familias* iba a ser absorbido por otro (Bossert y Zannoni, 2005). En la época de Justiniano se muestra como una imitación de los vínculos naturales y se distingue entre *adoptio plena* y *minus plena*, según se dejara de pertenecer a la familia de origen o se seguían manteniendo los vínculos con la misma.

Durante la Edad Media queda sumida en el desuso y olvidada por los pueblos. Sólo en España perduró, donde regía la figura del *prohijamiento* contemplada en Las Partidas y en el Fuero Real, manteniendo el molde romano.

En Francia, el Código de Napoleón tenía caracteres de un vínculo contractual ya que era considerado indispensable el consentimiento del adoptado. Era un contrato por el cual se unían familias de viejo abolengo y perdida fortuna con familias plebeyas con reciente riquezas, más que un medio de protección de la infancia.

Como consecuencia de la Primer Guerra Mundial, comienza la historia de la moderna adopción, donde en los países europeos queda un saldo de miles de niños huérfanos, abandonados en lo familiar y en lo económico buscado en éste instituto un paliativo para proteger a la infancia desvalida.

1.5. Recepción en nuestro ordenamiento jurídico

Las razones por las cuales la adopción ingresa tardíamente a nuestro derecho positivo interno fueron expresadas por Vélez Sársfield en la nota junto al primer libro del proyecto del Código Civil, dirigida el 21 de junio de 1865 al Doctor Eduardo Costa, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, donde aporta su testimonio del disfavor a la adopción inspirada en el derecho francés.

El codificador expresaba: “He dejado también el título: De la Adopción, cuando de esta materia se ocuparon los juristas franceses, al formar el Código Napoleón, reconocieron, como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto. Pero el Código romano era perfectamente lógico en sus leyes. Éstas, por la adopción, hacían nacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedía una verdadera mutación completa en la familia. El adoptado o adrogado salía de su familia y adquiría en la del adoptante todos los

derechos de la agnación, es decir, sucedía no sólo al padre adoptante, sino a los parientes de éste” (Méndez Costa y D’antonio, 2001).

Continúa diciendo: “Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos los grados, un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear casi una paternidad que desde su principio hizo prever las más graves consecuencias. El adoptado, donde es admitida la adopción, no sale de su familia: queda sujeto siempre a la potestad de sus padres; no tiene parientes en la familia del adoptante y aún es excluido de la sucesión de éste si llega a tener hijos legítimos. La adopción, así, esta reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo, institución que carece hasta de las tradiciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión que nada real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?” (Méndez Costa y D’antonio, 2001). Concluye el codificador: “Tampoco está en nuestras costumbres ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, si no en casos muy singulares” (Méndez Costa y D’antonio, 2001).

Estos argumentos no resisten ya el análisis. La adopción es algo muy distinto de la simple beneficencia, es un vínculo creado por el amor y la convivencia, a veces más fuerte que el que nace de la sangre. La necesidad de reimplantar la institución estaba fuera de toda discusión y dio lugar a numerosas iniciativas y proyectos (Borda, 1993).

Frente a la carencia de regulación legal del instituto, surgió un gran número de iniciativas tendientes a introducir con diversos alcances y modalidades la materia en nuestro derecho interno.

El senador Ramón Castillo con la colaboración del doctor Jorge Eduardo Coll, presenta en el año 1933, la primera iniciativa de un proyecto donde se incluía a la adopción de menores huérfanos y abandonados menores de 18 años. Al poco tiempo, en 1938, Coll redacta su propio proyecto con contenidos similares al primero.

Luego en 1940, el diputado José A. Cabral, presenta el proyecto de Código del Niño, en el cual se contemplaba la adopción de menores de 15 años. El proceso de iniciativas que duró quince años, culmina con la sanción de la ley 13252 promulgada el 23 de septiembre de 1948, la cual incorpora la adopción de menores a nuestro derecho. La reguló limitándola a la adopción simple, ya que el adoptado no adquiriría vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación (artículo 12) y consagraba la revocabilidad del nuevo estado (artículo 18).

En 1971, entra en vigencia la ley 19134, que introdujo reformas al régimen adoptivo. Entre los puntos destacables se encuentra, la incorporación del doble régimen de la adopción, manteniendo la modalidad simple y estableciendo la adopción plena como “tipo adoptivo”. Quedando de manera evidente la adopción simple con calidad subsidiaria para aquellos supuestos en que el juez considere insuficientes los presupuestos para que proceda la adopción plena, o cuando ésta no pueda ser acordada por los efectos que les son propios.

La reforma otorgó amnistía general a quienes hubiesen inscripto como propios hijos ajenos. Esta práctica de conductas delictivas, fue motivada por la escasa o parcial de solución que otorgaba la legislación anterior para quienes querían acoger a un menor para brindarle la protección propia de una relación paterno-filial.

El régimen legal de adopción actual vigente, fue sancionado en 1997 en la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación. Éste mantiene una estructura similar a la que reemplaza, ya que muchos de sus contenidos normativos se reiteran. La reforma

se encuentra directamente influida por las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, asegurando los derechos y garantías del niño como sujeto de derecho. Entre los contenidos que se destacan podemos citar, el reconocimiento y resguardo del derecho a la identidad del adoptado, las garantías que se derivan de la intervención judicial para el otorgamiento de las guardas preadoptivas, la necesidad de residencia en el país para los pretendientes adoptantes extranjeros y la creación de un Registro Único de Aspirantes a la Adopción.

Se destaca también la incorporación de la adopción al Código Civil ubicada en el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero.

1.6. Los sujetos

Entre los sujetos intervinientes a lo largo del procedimiento de adopción encontramos a los padres biológicos, al Ministerio Público, al Juez, los adoptantes y el menor. Para los efectos de este análisis sólo se examinarán la figura del adoptado y del adoptante, a los fines de establecer quién puede ser adoptado y quiénes pueden adoptar.

1.6.1. El adoptado

Comienza diciendo el artículo 311 del Código Civil (en adelante C.C.), “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: 1) se trate del hijo del cónyuge del adoptante. 2) Exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial”.

Como principio general, se desprende que nuestra legislación exige que el adoptado sea menor de edad para conceder la adopción, es decir no haber cumplido los dieciocho años de edad. Esa minoridad debe existir al tiempo en el que el juez otorgue la guarda judicial, ya que la sentencia de adopción se retrotrae al momento de otorgamiento de aquella, tal lo dispone el artículo 322 del C.C. “la sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de la guarda”.

De tal modo, aunque la sentencia sea constitutiva del estado de familia que deriva de la adopción, ella es, a la vez, declarativa de los presupuestos que hacen a su procedencia (Bossert y Zannoni, 2005).

Considerando que la adopción es una institución protectora de la minoridad, la norma consagra la adopción de menores de edad, no emancipados, garantizando el derecho del niño de formar parte de una organización familiar para su cuidado y formación, y rescatando el valor de la función social de la paternidad (Ignacio, 2011).

1.6.1.1. Menores huérfanos de padre y madre

Se trata de la situación que mayormente justifica la vigencia de la institución protectora adoptiva. Por huérfanos de padre y madre debe entenderse a los menores cuyos progenitores han fallecido, quedando sujetos a tutela o guarda por parte de familiares, extraños o instituciones públicas o privadas (Bossert y Zannoni, 2005).

La adopción comparte con la tutela su finalidad protectora subsidiaria, más cabe reconocer que los lazos filiatorios que aquella crea, con los consiguientes efectos que de los mismos se derivan, como también el carácter unipersonal de la tutela, privilegian a la adopción como la más idónea para alcanzar dicha finalidad (Méndez Costa y D´antonio, 2001).

1.6.1.2. Menores sin filiación establecida

No es la falta de acreditación o prueba del emplazamiento filiatorio lo que da lugar al supuesto adoptivo pleno, sino la ausencia del emplazamiento mismo. La norma hace referencia a la carencia de título de estado, en tanto el mismo constituye la prueba legal del estado de familia filial, más ello igualmente sería insuficiente, en tanto puede existir estado sin la prueba legal del mismo (Méndez Costa y D'antonio, 2001).

Son aquellas circunstancias de exposición o abandono sin reconocimiento del niño, que culminan en establecimientos públicos de protección los cuales desempeñan la tutela definitiva de tales menores.

1.6.1.3. Desamparo de menores internados y comprobación judicial de abandono

Contempla la hipótesis de aquellos menores internados en establecimientos asistenciales que han sido desatendidos por sus padres, durante un año en forma total.

A este supuesto se le agrega el de los menores desamparados moral o materialmente, situación que debe ser comprobada judicialmente.

En el primer caso, debe ser analizado destacando que no se trata del niño accidentalmente internado en dicho establecimiento, sino del menor bajo tratamiento institucional. La desatención paterna debe resultar del informe a presentar por parte del órgano técnico-administrativo, el cual deberá acreditar ante el juez competente, que tal desamparo se produjo durante la permanencia del menor en el instituto o, fehacientemente desde cuándo existía, en caso de ser anterior a la internación.

La segunda hipótesis contempla la comprobación del desamparo material o moral del niño.

Adviértase que ambas circunstancias son excluyentes del consentimiento de los progenitores para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, conforme lo establecido por el artículo 317 del C. C..

1.6.1.4. Privación de la patria potestad

El artículo 325 del C. C., establece que pueden ser adoptados los menores cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad. La situación debe ser distinguida de los casos de suspensión del ejercicio de la patria potestad que prevé el artículo 309 del C. C., aunque tanto en un caso como en el otro, los menores quedan bajo el patronato del Estado Nacional o Provincial (Bossert y Zannoni, 2005).

1.6.1.5. Manifestación de voluntad paterna

Se trata de la manifestación de voluntad paterna dirigida a entregar al niño en adopción. La cual se erige en el supuesto de adopción plena, siempre que la misma se efectúe judicialmente. Resalta la diferencia existente entre la redacción actual de la norma y la de su antecedente la derogada ley 19134, que admitía tal expresión de voluntad por instrumento público.

1.6.1.6. Adopción de mayores de edad

Como excepción al principio contenido en el primer párrafo del artículo 311 del C. C., la norma admite la adopción de un mayor de edad si media su consentimiento contemplando dos situaciones. El primer caso, es la adopción del hijo del cónyuge sin distinción de la edad a los fines de lograr una mejor integración de la familia. Con la previsión de este artículo queda garantizada una institución familiar consolidada. El tipo de adopción que se concede en esta circunstancia adquiere siempre el carácter de

simple, ya que no tendría sentido otorgarla extinguiendo los vínculos con la preexistente familia biológica del progenitor.

El segundo caso comprende el supuesto de que el mayor de edad haya gozado del estado de hijo del adoptante durante un tiempo prolongado y sea comprobable judicialmente. Se supone que alguien ha gozado siendo aún menor, no del estado de hijo, sino tan solo de la posesión de estado de hijo (es decir, de un estado aparente de familia) respecto de quién más tarde, y siendo aquel ya mayor de edad, pretenden adoptarlo.

1.6.2. El adoptante

Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos legalmente cualquiera fuese su estado civil. Es decir, se admite la adopción unipersonal por parte de una persona soltera, viuda o divorciada, siempre que cumpla con los restantes requerimientos.

Cuando se trata de personas casadas, la ley exige que la adopción sea realizada por ambos cónyuges de manera conjunta para el logro de las finalidades de la adopción como institución proteccional de la minoridad.

Aún cuando no haya sido consagrado normativamente, existe una indudable preferencia para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos hacia los matrimonios. Fundándose que en ellos, el niño encontrará un marco socio-cultural de pertenencia primaria que una unión estable y permanente, con las figuras materno-paterna presentes, puede brindarle. Ni el mejor de los pretendidos adoptantes individuales, así evidencien impecables antecedentes morales, culturales y económicos, podrá aventajar a cónyuges idóneos a los fines de otorgar al menor el ámbito familiar que requiere.

Algunos autores expertos sobre adopción de menores, sostienen que los matrimonios formales deben tenerse como grupo prioritario y que solo en ausencia de adoptantes de esta calidad son aceptables las otras parejas o personas solas.

Esta preferencia por los matrimonios a los fines de convertirse en adoptantes ha sido compartida con amplitud por la doctrina y receptada por las legislaciones.

Sostiene Ferrer que la adopción, en principio, sólo debe concederse a un matrimonio, excepcionalmente debe acordarse a una persona sola cuando por circunstancias especiales constituya el único medio posible de solucionar la situación del menor (Ferrer, 1991).

En igual sentido, afirma Mazzinghi (1981) que el supuesto básico debería ser la adopción conferida a un matrimonio, y que la adopción unipersonal sólo sería admisible en circunstancias excepcionales.

1.6.2.1. Edad del adoptante

Uno de los requisitos en relación con el pretense adoptante es el de su edad y tratándose de matrimonios, el tiempo transcurrido desde su celebración sin que hayan tenido descendencia.

Esta previsión sirve para proteger la esencia de la misma institución. La diferencia de edad implica la referencia al vínculo paterno-filial. La patria potestad encuentra en la diferencia de edad entre padre e hijo, impuesta en el orden biológico por la naturaleza misma, las posibilidades de ejercerse con madurez efectiva y humana (Bossert y Zannoni, 2005).

Vinculado con estos aspectos se encuentra el tema de las diferencias de edades que deben existir entre adoptante y adoptado.

Conforme lo establecido por el artículo 315 del C. C., se requiere como edad mínima para adoptar la de treinta años, exceptuándose el caso de los cónyuges con más de tres años de casado, cuando acrediten la imposibilidad de tener hijos.

En lo que respecta a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, el párrafo segundo del artículo 312 del C. C., establece que el adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado, a excepción de la adopción por el cónyuge superviviente del hijo adoptado del premuerto.

La violación del requisito de diferencia de edad entre adoptante y adoptado acarrea la nulidad absoluta de la adopción (artículo 337, C. C.).

1.6.2.2. Residencia mínima en el país

La penosa realidad del tráfico internacional de niños, como actividad marginal de personas y grupos, ha sido una constante preocupación de los organismos encargados de la protección minoril. Los cuales proclaman su lucha contra el desarraigo del niño de su territorio y su cultura de origen, evitando la pérdida de su identidad.

Por estos fundamentos, la ley de adopciones, exige que el adoptante acredite de manera fehaciente e indubitable la residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años, anterior a la petición de la guarda (artículo 315, C. C.).

La prohibición de adoptar a quien no tenga residencia mínima en Argentina tiende a impedir que extranjeros adopten menores nacidos en nuestro país y que sean trasladados mediante tráfico ilegal con fines lucrativos.

2. Regulación Jurídica

En Argentina la regulación legal de la adopción, fue variando con el transcurso del tiempo. Como primer antecedente nacional se encuentra la ley 13252, posteriormente se sancionó la ley 19134, y en la actualidad tiene vigencia la ley 24779. A nivel provincial, y a modo complementario, está vigente la ley 8922. A partir de 1994 se incorporó a la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, condicionando la normativa vigente.

2.1. Legislación en el ámbito nacional

2.1.1 Antecedentes legislativos

- *Ley 13252*

Sancionada en 1948 vino a suplir el silencio que había mantenido el Código Civil sobre la materia de adopciones, regulando en aquel entonces en términos generales lo que hoy se conoce como adopción simple, aquella que crea un vínculo legal de familia entre adoptante y adoptado limitando el parentesco entre ellos.

Entre los aspectos destacables del régimen contenido en dicha ley podemos citar, que la institución estaba limitada a la adopción los menores. “Cualquier menor hasta los dieciocho años puede ser adoptado, por resolución judicial, a instancia del adoptante” (artículo 2).

El artículo tres establecía que el adoptante debía ser dieciocho años mayor que el adoptado, salvo el caso de que el cónyuge sobreviviente adoptase al hijo adoptado por su esposo o esposa. La edad mínima de cuarenta años del adoptante era otra de las exigencias contenidas por la normativa, con la excepción del este requisito para los cónyuges que tuviesen ocho años de casados (artículo 5, inciso c).

Solo se autorizaba la adopción de un menor de cada sexo por persona o por matrimonio, salvo que todas las adopciones se hubieran efectuado en un mismo acto o que el nuevo adoptado fuese hermano de alguno de los menores ya adoptados (artículo 4).

Tenían prohibido adoptar aquellos que tenían hijos legítimos concebidos o nacidos, salvo que estos hijos estuvieren ausentes con presunción de fallecimiento, aquellos que tenían hijos extramatrimoniales reconocidos con la salvedad anterior y también tenían vedado la adopción un hermano a otro (artículo 5).

Exigía el consentimiento de ambos cónyuges si las personas eran casadas (artículo 8) y el adoptante debía probar que había atendido al menor durante un término mínimo de dos años anteriores a la demanda (artículo 6).

La sentencia que decretaba la adopción era considerada como constitutiva de estado y producía efectos desde la fecha de la misma y no desde la interposición de la demanda (artículo 11).

Con el objeto de evitar adopciones concertadas con el fin de heredar, el artículo 16 no confirió vocación hereditaria al adoptante en la sucesión del adoptado. La adopción constituía un impedimento dirimente para contraer matrimonio entre el adoptante y adoptado o con alguno de sus descendientes (artículo 17).

Estaba permitida la revocación de la adopción por mutuo consentimiento entre adoptante y adoptado manifestado judicialmente, cuando este último alcanzara la mayoría de edad. El adoptado por medio de la impugnación justificada dentro del año siguiente a la mayoría de edad y el adoptante, por medio de la revocación cuando el adoptado hubiese incurrido en causales de indignidad o le hubiese negado alimentos.

- *Ley 19134*

Durante los más de veinte años de vigencia de la ley 13252 fueron apareciendo y saliendo a la luz así como sus virtudes, también se evidenciaron sus deficiencias y defectos frente a determinadas situaciones. A nivel internacional, se empieza a concebir a la legitimación adoptiva como beneficiosa respecto de todo menor abandonado o huérfano cuyos padres se han desentendido de su educación y formación, sustituyendo la filiación de sangre para asumir su desplazamiento a través de quienes aceptan ser sus padres con todos los derechos y obligaciones que ello implica. Esta era una situación no satisfecha por dicha ley por lo que se comienza la práctica de inscripción de hijos ajenos como propios.

La ley 19134 viene a brindar una solución a este problema incorporando a nuestro derecho la adopción plena respecto de aquellos menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad.

Establecía que el adoptante tenía que haber tenido al menor bajo su guarda durante el plazo de un año para iniciar el juicio de adopción, resultaba la posibilidad de que los padres de sangre no fueran citados al proceso. La doctrina calificó de inconstitucional a esa norma por violar la garantía fundamental de la defensa en juicio (Bossert y Zannoni, 2005; Méndez Costa y D'Antonio, 2001).

El artículo más criticado fue el que permitía que la guarda fuera otorgada mediante un acto administrativo, por un acto notarial o por un acto judicial debido a que encubría un contrato entre la familia de origen y la familia adoptante.

Lamentablemente hubo muchos abusos, tanto en sede administrativa como en el otorgamiento de la guarda por acto notarial. La entrega por acto administrativo encubrió agresiones muy serias a la identidad de los niños.

2.1.2. Régimen actual: Ley 24779

El Nuevo Régimen de Adopción sancionado en año 1997, con el número 24779, que se encuentra vigente en la actualidad, ha venido a intentar resolver el asunto de la intervención de los padres biológicos del menor en el juicio de adopción, dividiendo el trámite en dos fases. La etapa introductoria está constituida por el proceso de otorgamiento judicial de la guarda preadoptiva y se encuentra regulada por los artículos 316 a 319 del C. C.. Consiste en un pequeño juicio destinado a otorgar la guarda del menor con miras a su ulterior adopción. Este paso previo tiene como objetivo constatar la inexistencia de contingencias que puedan obstaculizar la futura adopción y comprobar que el niño se encuentra en condiciones de ser adoptado, quedando demostrado que la adopción es el medio protectorio más conveniente conforme a la situación en que se encuentra el mismo. Es aquí en este pequeño proceso donde deben ser citados los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos (artículo 317, inciso a, C.C.).

La segunda etapa del proceso se encuentra reglada por los artículos 320 y 321 del C. C. que es el juicio de adopción propiamente dicho. Son excluidos de esta instancia los padres de sangre siendo partes únicamente el adoptante y el Ministerio Público de Menores. 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 adoptante, así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado (artículo 321 inciso d, C.C.). En todos los casos se deberá valorar el interés superior del menor (artículo 321, inciso i, C.C.).

El artículo 318 del C.C. prohíbe la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

La sentencia de adopción tiene efectos retroactivos a la fecha del otorgamiento de la guarda del menor.

La ley crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos que tiene como objetivo principal formalizar una lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos, conformada por los diferentes registros locales. Garantiza a los postulantes una inscripción única en la jurisdicción de su domicilio. Esta inscripción única valida la acreditación de la postulación en todas las jurisdicciones adheridas.

2.2. Marco provincial

2.2.1. Antecedentes legislativos

- *Ley 9053*

En nuestra provincia se encontraba vigente desde el 22 de noviembre del año 2002 la Ley 9053, denominada “Ley de protección judicial del niño y adolescente”, como complemento de la ley nacional 24779 y garantizando los derechos establecidos por la Convención Internacional sobre los derechos del Niño.

En las disposiciones generales establecía que la familia, la comunidad y el Estado Provincial eran los responsables y garantes del desarrollo físico, moral, espiritual y social de los niños y adolescentes menores de edad (artículo 1). Siendo la familia la institución adecuada para la protección integral de los niños, cuando esos derechos fundamentales se encontrasen en conflicto, era el Estado Provincial el encargado de restablecerlos.

Conforme a los derechos del niño, aseguraba que en todas las causas concernientes a éstos, debía prevalecer el interés superior de aquel (artículo 4).

Le otorgaba competencia al Juez de Menores en lo Prevencional y Civil para conocer en las situaciones de los niños víctimas de malos tratos, correcciones inmoderadas, negligencia grave o continuada, en las situaciones en que los padres de los menores manifestasen expresamente su voluntad de desprenderse definitivamente para una ulterior adopción y para aquellos casos en el que el menor hubiese sido dejado en una institución pública o privada haciendo el tiempo presumir el desentendimiento de los padres (artículo 9). El Juez debía actuar a solicitud del Asesor de Menores (representante promiscuo de niños y adolescentes), por denuncia o excepcionalmente de oficio.

Previa investigación de las condiciones familiares y ambientales en las que se encontraba el menor, el juez podía decretar cuando creía conveniente la procedencia de la guarda judicial para procurarles a los menores y adolescentes las condiciones necesarias para su desarrollo (artículo 36). La guarda otorgada no hacía cesar la protección de los menores, quienes estaban sometidos a controles periódicos.

En todos los casos se trataba de preservar la continuidad del menor en su medio familiar siempre que las circunstancias lo permitían.

2.2.2. Régimen actual

- *Ley 9944*

En la actualidad rige en provincia de Córdoba la ley 9944 de “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, la cual fue promulgada en el año 2011, derogando la ley anterior.

El aspecto fundamental de la misma es la promoción y protección integral de los derechos de los menores mediante la promoción, prevención, asistencia, protección,

resguardo y restablecimiento de los derechos y garantías reconocidos en todo el ordenamiento jurídico.

En las disposiciones generales establece que el Estado Provincial y Municipal junto con la familia, son los responsables y garantes del disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías de los niños. Siendo la familia la institución adecuada respecto al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Cuando esos derechos fundamentales se encontrasen en conflicto es el Estado Provincial el encargado de restablecerlos mediante políticas programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones (artículo 9).

Conforme a los derechos del niño, asegura que en todas las causas concernientes a éstos debe prevalecer el interés superior de aquel, entendido éste como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidas en la ley de la provincia (artículo 3).

A diferencia de la ley anterior, cambia el procedimiento a seguir y las autoridades autorizadas a intervenir, recayendo la competencia en la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia la cual es la encargada de garantizar dichas prerrogativas junto con las Unidades de Desarrollo Regionales (UDER) ubicadas en las distintas circunscripciones del territorio de la provincia.

El innovador procedimiento establecido cuenta con tres diferentes niveles de medidas a llevar a cabo, los cuales una vez superados, de manera excepcional dan lugar a la etapa jurisdiccional.

Así en el primer nivel de actuación, se implementan medidas para mejorar la calidad de la educación, salud física y mental, hábitat, cultura, recreación, juego, acceso a los servicios y de la seguridad social del niño (artículo 41).

En el segundo nivel, interviene la UDER ante la amenaza o violación de los derechos y garantías para preservar y restituir al niño el goce los mismos o la reparación de las consecuencias de su vulneración. En esta instancia, no le está permitido a la autoridad que entienda el caso disponer la separación del menor de su ámbito familiar, a excepción de aquellas situaciones en que la permanencia en el medio familiar implique una amenaza (artículo 42).

En el tercer y último nivel, tiene lugar cuando se hayan cumplimentado debidamente las medidas de los niveles anteriores y se torne necesaria la aplicación de medidas excepcionales de carácter restrictivo, que requieren que el niño sea privado de manera temporal o permanente de su medio familiar. Adoptada la pertinente medida, debidamente fundada y acompañada de informes realizados por el equipo técnico que acrediten la vulneración de los derechos, se elevará el informe a la autoridad judicial competente.

En la instancia judicial dispone que es competente el Juez de Niñez, Juventud y Violencia Familiar para conocer y resolver: a) El control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas respecto a las niñas, niños y adolescentes por el órgano administrativo competente y en caso de oposición del niño y/o su familia o representante legal en la adopción de dicha medida; b) El conocimiento y resolución de casos de violencia familiar conforme a la Ley N° 9283; c) Las medidas de coerción indispensables, a requerimiento del órgano administrativo de protección, para hacer efectivas las medidas excepcionales que hubiere dispuesto; d) Las actuaciones sumarias indispensables para el otorgamiento de guardas judiciales, cuando así lo requieran las prestatarias de servicios de la seguridad social, para garantizar a niñas, niños y adolescentes los beneficios sociales y asistenciales conforme lo requiera la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, adjuntando constancia emitida por la prestataria del

servicio certificando tales extremos; e) Las recusaciones e inhabilitaciones de los Fiscales Penales Juveniles, Asesores y Secretarios, cuando se tratare de causas sustanciadas ante él; f) En el otorgamiento de guardas pre-adoptivas, cuyo trámite será sumario, y g) Por denuncias o requerimientos de actuación ante la grave vulneración de los derechos...(artículo 64).

- *Ley 8922*

Luego de cuatro años de vigencia del actual régimen de adopción (ley 24779) que impuso la organización de un Registro Único de Aspirantes a la Adopción en el ámbito nacional y provincial, el 3 de mayo del año 2001 se creó en la provincia de Córdoba el Registro Único de Adopciones cumplimentando de esta manera con lo dispuesto por la ley nacional.

El mismo depende del Tribunal Superior de Justicia y su sede se encuentra en la capital provincial.

Entre las funciones más importantes que le fueron asignadas, encontramos la de formar, gestionar y mantener actualizada la información sobre la nómina de menores de edad que se encuentran en estado de adoptabilidad, bajo guarda y alojados en hogares de protección y la lista de pretensos adoptantes.

Establece que los aspirantes a guarda con fines de adopción, deben inscribirse personalmente en el Registro correspondiente a su domicilio real y cumplimentar los requerimientos. Los cuales una vez verificados podrán acceder a la formación del legajo y quedar inscriptos en el Registro Único de Adopciones de la Provincia e incluidos en la lista de pretensos adoptantes.

Establece que el juez se encuentra obligado a respetar el orden de prioridad de los aspirantes inscriptos en el Registro y solo podrá apartarse cuando el interés superior

del niño así lo exija. La ley enumera las excepciones, cuando se tratare de hermanos, cuando se tratare de niños con capacidades especiales, cuando la guarda fuere solicitada por miembros de la familia extensa del niño u otro vínculo de afinidad, cuando la identidad cultural del niño así lo justifique, cuando los padres en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el Juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia, cuando sea conveniente para el interés superior del niño.

Impone a los juzgados la obligación de informar a la delegación del registro el otorgamiento de adopciones plenas y simples, acompañando copia de la sentencia firme que así lo disponga en el término de cuarenta y ocho horas.

La información respecto de los expedientes de adopción es de carácter privada y sólo están autorizados a acceder a la información los adoptantes y el adoptado al alcanzar la mayoría de edad (dieciocho años).

Se habilita la búsqueda de expedientes, cuando sea solicitado por el interesado, a los fines de hacer efectivos los derechos consagrados en el artículo 328 del Código Civil. Todo particular mayor de edad, en ejercicio del derecho a su identidad, podrá efectuar la correspondiente consulta al banco de datos del Registro. Tratándose de un menor, se canalizará la petición por intermedio del Asesor de Menores e Incapaces.

2.3. Marco Internacional

2.3.1. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es la elaboración más completa de la proclamación de derechos de los niños y la primera en conceder a éstos derechos, la fuerza en derecho internacional. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989 y aprobada y ratificada por nuestro país mediante la ley 23849 del año 1990. La misma fue incorporada a la

Constitución Nacional Argentina en el año 1994 adquiriendo de ese modo jerarquía constitucional. A partir de ello, el país asumió el compromiso de adecuar su legislación interna, sus instituciones y las políticas para la infancia y adolescencia a la luz de esta nueva fuente normativa para asegurar el reconocimiento y cumplimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes que habitan en el país.

La convención se sustenta primordialmente en que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

Se encuentra constituida de cincuenta y cuatro artículos, comprendidos en tres partes. La primera, es un verdadero estatuto de sus derechos, amparando su persona y sus intereses, resguarda al niño y tiende a asegurar su pleno desarrollo. Obligando a los estados partes a proteger y asistir a las familias. La segunda parte se dedica a la necesaria difusión de sus principios y disposiciones y la tercera contiene disposiciones generales de derecho internacional.

La Convención sostiene que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular los niños, quienes deben recibir protección y asistencia. Reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente provisto de felicidad, amor y comprensión. Lo que muchas veces nos muestra la realidad es que no siempre la familia cumple estas funciones, por lo que el Estado debe pronunciar medidas de protección y de bienestar de los niños a través de la adopción y la colocación en hogares de guarda.

Cuando la separación de los niños de sus progenitores resulte inevitable, éstos tienen derecho a la protección y asistencia especial por parte del Estado (artículo 20.1). El mismo velará por que el niño no sea separado de sus padres, con excepción a las

resoluciones judiciales que determinen que tal separación es necesaria en miras del interés superior del menor (artículo 9.1). Le impone a los Estados que la adopción solo puede ser autorizada por autoridades competentes y mediante los procedimientos establecidos (artículo 21.a).

Le ordena a los tribunales que tengan una consideración primordial al Interés Superior del Niño en todas las medidas que tomen, entendido éste como un conjunto de acciones destinadas a garantizar el desarrollo integral y una vida digna que le permita vivir plenamente. Será el juez natural el encargado de evaluar ese interés sin perder de vista el derecho prioritario del niño.

La carencia de recursos no puede ser el único fundamento para la separación del niño de sus padres ejemplificando causales como maltrato o descuido del niño.

2.3.1.1. Interés Superior del Niño

El interés superior del niño es uno de los principios jurídicos más citados en las decisiones judiciales, debido a que toca aspectos muy sensibles de los derechos fundamentales. Comprende la máxima satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, aquellos que la Convención proclama y respecto a los cuales se han comprometido cada uno de los Estados.

La máxima satisfacción de sus derechos fundamentales atiende, a lo que exige en particular y concreto de cada niño para su desarrollo personal, en la actualización de su potencialidad física, psíquica y moral, y para su integración social merced a la incorporación de actitudes y hábitos favorables a la vida de relación en la sociedad en que se desenvuelve. La privación de bienes que encierran las situaciones de carencia, con necesidades básicas insatisfechas, y las de conflicto, con el incumplimiento grave

de los deberes que incumben a padres, deben ser satisfechas por quienes tienen una responsabilidad subsidiaria o supletoria.

Cuando las normas jurídicas califican a un interés como superior, lo están acogiendo como prevaleciente ante otros con los que pueda entrar en colisión.

3. Guarda

La guarda constituye un importante medio de protección de la minoridad, por esta razón es que adquieren relevancia la guarda preadoptiva, como presupuesto insoslayable para demandar la adopción futura, y la guarda de hecho originada sin una intervención judicial.

3.1. Concepto de Guarda

La palabra guarda posee diferentes significados. Para Ferreyra de De la Rúa (2004) se trata de un derecho-deber que poseen los padres respecto de sus hijos menores de edad. Continúa diciendo que los deberes y obligaciones de la guarda comprenden proveer todo lo necesario para el desarrollo integral del menor en el orden espiritual, moral y material.

Pitrau (1990) considera que la guarda integrada a la patria potestad, surge como un derecho-deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia y corrección.

Concordando con el artículo 275 del C. C. que dispone “los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres...” Alesi (2011) sostiene que la guarda es el derecho-deber de tener los hijos consigo y de ella se derivan otros derechos-deberes, así como

consecuencias diversas. Integrada a la patria potestad, se convierte en el presupuesto que posibilita las restantes funciones de educación, asistencia, vigilancia y representación.

Todas estas descripciones dadas ut supra hacen referencia a la guarda como integrante de la patria potestad, pero aquellos supuestos en que el niño se halla abandonado o en un estado de peligro moral y material y el Estado debe intervenir para brindarle su protección y amparo, estamos frente a lo que se denomina *guarda desmembrada*. Frente a la ausencia de patria potestad debe surgir la tutela oficial, otorgando el juez la guarda del menor como medida de protección.

De acuerdo a Pitrau (1990), a la par de la guarda originaria emergente de la patria potestad, existen otros tipos de guarda, como la derivada, que surge de la ley y corresponde a quien ejerce la tutela del niño.

Se distingue entre cuatro clases de guarda (Pitrau, 1990):

- a. *Guarda originaria*: que es la que corresponde a los padres.
- b. *Guarda derivada*: que es la que ejerce el tutor.
- c. *Guarda delegada*: tiene característica de aparecer desmembrada de la patria potestad se encuentra desvinculada de ella ya que la ejerce el designado por el padre tutor o quien ejerce el patronato, y es delegada porque se le otorga al guardador una función que corresponde a los padres o al patronato. Dentro de ésta se clasifica por su forma de otorgamiento: la efectuada por delegación judicial, por delegación administrativa y de delegación directa paterna o notarial. Según su finalidad puede ser Meramente tuitiva o Con fines de adopción.

La guarda con fines de adopción aparece como una guarda delegada que se establece con una finalidad específica en un doble sentido: cumple con una función

tutelar de protección al menor y por otro lado es un requisito sustancial para el otorgamiento de la adopción del menor.

d. *Guarda de hecho*: a guarda de hecho se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia decisión, toma un menor a su cargo.

3.1.1. Naturaleza Jurídica

De acuerdo a lo antes expuesto, podemos referirnos a “guarda” como acto o como fuente de derechos y obligaciones; así podemos mencionar la entrega de la guarda, la dación de guarda, la forma de la guarda. En otra acepción, la “guarda” se refiere al estado o la situación jurídica en que se encuentran las partes; de esta manera se habla de la duración de la guarda, del plazo de guarda. En su último sentido, alude a guarda como proceso, que es el procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda.

Es primordial tener en claro este triple significado jurídico que posee el término “guarda” para poder determinar su naturaleza jurídica. La misma difiere según nos refiramos a la guarda como acto, a la guarda como estado o la guarda como proceso. Los autores restringen la naturaleza jurídica limitándose solo a la guarda de hecho.

La *guarda de hecho como acto*: es el acto voluntario lícito, familiar – procesal que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. En algunos casos este acto es bilateral y en otros es unilateral. Es bilateral, cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en “guarda de hecho”. Es unilateral cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en “guarda de hecho” (Medina y Fernández, 2002).

La *guarda como estado*: la guarda no se agota en el acto jurídico de su otorgamiento sino que también constituye un estado. En este sentido, es considerada como un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda.

3.2. Guarda con fines de adopción

La ley 24779 receptando los defectos contenidos en la legislación anterior, incorporó el principio de intervención judicial en la entrega de la guarda con fines de adopción, con el propósito de garantizar los derechos de los menores, terminar con el tráfico de niños, y otorgar transparencia y seguridad a la adopción, permitiendo una adecuada intervención judicial a los padres biológicos.

Medina (1996) la considera como el medio más eficaz para proteger a la niñez indefensa, desvalida, desamparada o en peligro de estarlo. Es la forma legítima de proporcionar al niño un ambiente familiar para desarrollar su personalidad. Y es por ello, y a los efectos de garantizar el respeto por el interés superior del niño, que la ley confiere sólo al juez la responsabilidad de analizar las circunstancias que enmarcan a cada caso en particular.

La guarda preadoptiva es el paso previo de una futura y eventual relación paterno-filial que origina efectos similares a los deberes y derechos derivados de la patria potestad.

Se trata de una guarda “delegada” que tiene una finalidad específica que es la futura adopción. Se la ha establecido con un doble sentido, por un lado, la satisfacción de la función tutelar de protección del menor y por el otro aparece como un presupuesto esencial para el otorgamiento de la adopción. Este requisito indeclinable surge del artículo 316 del C. C., el cual sostiene que “El adoptante deberá tener al menor bajo su

guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor a un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el 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”.

La guarda previa de menores es una técnica de protección al niño y que procede en subsidio de la patria potestad. D’antonio (1997) sostiene que se trata de un medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación, o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor para darle asistencia integral y proveer la formación de su personalidad.

La importancia del otorgamiento de la guarda preadoptiva para la vida del niño provoca que la ley la rodee de exigencias substanciales, que comprenden las condiciones personales de quién o quiénes la solicitan, la situación del menor y de su familia biológica y, en ciertos casos, la conformidad de sus padres. Por sobre todo, lo que prevalece es el principio de raigambre constitucional del “interés superior del niño” que ello se expresa en la evaluación de la situación y necesidad del niño, y de las condiciones de quien o quienes solicitan la guarda preadoptiva.

De manera unánime las legislaciones modernas requieren que el adoptante haya tenido al menor bajo su guarda durante un período previo, en el cual se hayan cumplido con los deberes lógicos de la paternidad. Este requisito sustancial, es establecido en beneficio del menor para evaluar la adaptación del niño a la familia que se postula como adoptante.

Su importancia radica en que el plazo de guarda permite el discernimiento de la guarda de los futuros adoptantes a una prueba de la compatibilidad, adaptación, desenvolvimiento de la relación entre los adoptantes y el niño.

3.3. Guarda de hecho

La realidad social argentina señala que además de la guarda preadoptiva otorgada judicialmente, existe la guarda de hecho, la cual no se encuentra específicamente contemplada por la ley vigente de adopciones.

La guarda de hecho es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes, contrayendo las obligaciones propias de tutor (Medina, 2009).

La guarda de hecho existe cuando una persona asume el cuidado de un niño con el consentimiento de sus padres. Lo que caracteriza a este tipo de guarda es que la persona que toma el cuidado personal de un menor, lo realiza sin título que lo habilite, lo que no se traduce inexorablemente en una apropiación ilegítima del niño. Hay posesión instantánea, sin formalidades legales porque no ha requerido de una resolución judicial para su existencia, estableciendo en su génesis de vínculos jurídicos directos de protección.

Es posible señalar, que para la doctrina, la mentada situación de hecho carente de formalidad y sin intervención jurisdiccional, no se encuentra prohibida. Si bien el artículo 318 del C. C. prohíbe el otorgamiento de la guarda con fines de adopción por intermedio de escribanos, ello no constituye una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quiénes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (Di Lella, 1997).

3.3.1. Interpretación del artículo 318 del Código Civil

El artículo 318 del C. C. prohíbe la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo. Un sector importante de la doctrina sostiene que la guarda de hecho no ha sido prohibida. Medina (1996) sostiene al respecto, que la ley pretende que el otorgamiento de la guarda sea consecuencia de un proceso judicial, pudiendo los progenitores prestar un consentimiento condicionado a que la guarda recaiga sobre aquellas personas a quienes ellos eligieron como futuros padres adoptivos, en tanto su decisión atendió a las características y a las condiciones personales de éstos. Este consentimiento resulta vinculante para el juez si los demás requisitos legales se encuentran satisfechos por los guardadores de hecho.

Lo que la ley exige es que la guarda con fines adoptivos sea conferida por un juez que examine tanto la idoneidad de los pretendidos adoptantes como la conveniencia al menor de la adopción.

Cuando se solicita la adopción con la preexistencia de una guarda de hecho, el magistrado deberá considerar esta circunstancia a la hora de otorgarla, siendo preferido dicho guardador, ya que la misma ha originado un vínculo afectivo entre el menor y el adoptante.

Empero existen posiciones radicales y las soluciones no son uniformes registrándose casos en que la guarda de hecho es revocada aduciendo inobservancia de los requisitos legales para ser considerados aptos como aspirantes a adoptantes.

Sin embargo, existen numerosos fallos que teniendo en miras el interés superior del menor la admiten, ya que no se puede de un día para otro desprender al niño de sus guardadores ya que esto implica desgarrar los sentimientos de niño y sembrar incertidumbres acerca de cuánto tiempo estarán con las personas que se van

incorporando a su mundo afectivo considerando que ellos ya han sido abandonados una vez por sus padres biológicos.

3.3.2. El derecho de los padres biológicos de elegir al guardador de su hijo

No puede negarse a los padres de un niño la posibilidad de poder elegir al guardador de su hijo porque no se encuentra prohibido por la ley y además porque existen normas que expresamente lo permiten, como los artículos 274 y 382 del C. C.. El primero establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que éstos le hubieren designado, y el segundo admite que un padre designe tutor para sus hijos menores en caso de fallecimiento.

Graciela Medina (1998) afirma que no puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, y una de las formas que puede hacerlo es entregando al menor en guarda de hecho a quienes serán luego los padres adoptivos de su hijo. Cualquier juez, ante una guarda de hecho donde se halla consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta duración que esta tenga, no puede negar la situación: por el bien del menor, por respeto a los derechos de la familia guardadora y de los padres biológicos, que pueden querer y tener razones fundadas para escoger a determinados guardadores.

Por su parte Ferrer (1990) sostiene, que los progenitores pueden manifestar judicialmente su voluntad de dar el hijo en adopción a determinadas personas, pues no se les puede negar el derecho a elegir a las personas que van a hacerse cargo de sus hijos. La ley no lo prohíbe, y además esta solución parece preferible a dejar al niño bajo el patronato del Estado para luego ser adjudicado al primer postulante. Y además es coherente con el artículo 383 del C. C. que autoriza a los padres a designar tutor por testamento a su hijo menor, por lo que no podría negárseles el derecho a designar en

vida un guardador de su hijo. Esto sin perjuicio, desde luego, de la potestad del juez de verificar si se cumplen los requisitos legales y si es conveniente la adopción al interés del menor (Ferrerr, 1990).

3.3.3. Fundamentos para entregar un menor en guarda de hecho

La autonomía de la voluntad como principio integrador del derecho privado rige las relaciones personales derivadas del derecho de familia, salvo cuando estuviese expresamente prohibido, ellos por cuanto la intervención del Estado en las relaciones familiares siempre es subsidiaria de la voluntad familiar, por ende el Estado, a través de sus organismos competentes sólo puede intervenir en la guarda de los menores cuando los padres no hayan realizado previsiones sobre ellos, lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad de la intervención estatal (Medina y Flores Medina, 2005).

El magistrado ante una guarda de hecho otorgada por los padres biológicos del menor, donde se haya creado una relación paterno-filial con el niño no puede negar tal situación. En primer lugar, por respeto al principio de que el Estado sólo debe actuar subsidiariamente en las relaciones de familia y en segundo lugar por el bien del menor y respeto de la decisión de los padres biológicos que han tenidos razones fundadas para elegir a determinados guardadores para su hijo.

Los motivos para entregar a un niño en guarda de hecho son múltiples, variados y hasta entendibles. A título de ejemplo, se puede mencionar que ante la imposibilidad de asumir los derechos y responsabilidades derivadas de la patria potestad, se entrega un hijo en guarda de hecho a un hermano o familiar para que este sea quien lo adopte y no una persona extraña inscrita en un registro de adopción.

Otra situación es la entrega del menor en guarda de hecho a una persona de la misma cultura y raza para que le transmita aquellos valores culturales.

3.3.4. Arbitrariedad de las sentencias que no valoran el interés del menor

A los fines de brindar transparencia y regularidad al procedimiento adoptivo, se prevé la posibilidad, para aquellas personas que tienen niños bajo guarda de hecho, poder inscribirse en el registro de adoptantes al igual que quienes no los tienen. Sólo los magistrados se encuentran facultados para determinar si tal guarda de hecho configura un antecedente válido para otorgar la guarda adoptiva, previa inscripción de los aspirantes en el registro de adoptantes.

Atento a lo expuesto, los jueces no deben ignorar la relación originada entre el niño y sus guardadores producto de una guarda de hecho otorgada por sus progenitores y rechazar el pedido de guarda con fines adoptivos. Dicha decisión resultaría arbitraria ya que no respetaría el principio de que el Estado debe actuar de manera subsidiaria ni el principio del “interés superior del niño”.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar³.

El máximo tribunal, ha sostenido, 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, por lo que los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, por

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “T., A. D.” 15/02/2000. JA 2001-IV, 15 – LA LEY 2000-C, 423 – ED 189, 43. Cita Online: AR/JUR/4494/2000.

lo tanto, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles⁴.

En todos los casos donde se entrega la guarda de hecho de un menor, lo recomendable es la intervención de la justicia, solicitando la guarda preadoptiva que puede ir acompañado del consentimiento escrito del progenitor de que su hijo sea entregado en adopción a una persona determinada. Sólo los jueces pueden determinar si tal guarda es un antecedente válido para otorgar la guarda adoptiva, pero el magistrado no puede dejar de valorar la situación de hecho y las circunstancias al momento de otorgar la guarda preadoptiva. La guarda de hecho es vinculante para el juez de la adopción si los guardadores reúnen los requisitos para ser adoptantes.

3.4. Relación entre guarda de hecho y guarda preadoptiva

En nuestro ordenamiento jurídico la guarda preadoptiva debe ser otorgada por los magistrados quienes tienen el deber de examinar la idoneidad de los guardadores.

Además de la guarda con fines adopción existe la guarda de hecho, la cual no fue contemplada específicamente por la ley de adopciones, pero ante la existencia de una guarda de hecho ejercida durante un tiempo prolongado, el juez deberá otorgar la guarda judicial preadoptiva al guardador de hecho previa verificación de los requisitos de idoneidad.

La intención del legislador al otorgarle al juez la facultad de elegir al guardador del menor ha sido garantizar que el proceso de adopción sea seguro y ventajoso para el niño y sus futuros adoptantes, pero lógicamente el magistrado no puede desentenderse de la realidad fáctica.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “M., M. M. de L. y otro” 04/09/2007. LA LEY 19/10/2007,5 – LA LEY 2007-F, 81 – DJ 2007-III, 534. Cita Online: AR/JUR/5700/2007.

3.4.1. Similitudes y diferencias

Tanto la guarda preadoptiva como la guarda de hecho si bien tienen elementos particulares que las distinguen, son consideradas un instrumento de protección de los menores que se encuentran desprotegidos moral y materialmente cumpliendo los roles propios de la patria potestad. Procurándoles al niño todo lo necesario para su desarrollo integral y que éste pueda alcanzar el máximo de bienestar posible. Es inevitable que en ambas instituciones se cree un vínculo afectivo entre guardadores encargados de la custodia y el niño.

La diferencia entre ellas radica como hemos visto, en el sujeto que dispone la guarda. En la guarda preadoptiva el artículo 316 del C. C. establece que quien otorga la guarda es el tribunal del domicilio del menor o en donde se corroboró judicialmente el abandono del niño, mientras que en la guarda de hecho son los progenitores quien entrega al niño a una persona para que lo tenga bajo su cuidado, sin que medie ninguna atribución legal o judicial.

4. Guarda Preadoptiva

4.1. Competencia judicial

Conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 316 del C. C., corresponde la competencia para otorgar la guarda al juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Los menores tienen el domicilio de sus representantes legales (artículo 90 inciso 6, C. C.). La segunda parte del párrafo apunta al objeto principal de la jurisdicción sobre minoridad, la de la prevención del abandono, es decir, es competente el juez del lugar en el que se hubiese comprobado el abandono del menor. En la situación de no

coincidencia entre el lugar de comprobación y el del domicilio de los representantes legales, es lógico que corresponda intervenir al juez que hubiese prevenido ese estado de abandono del niño.

La disposición antes mencionada debe interpretarse acorde con el resto de las normas que organizan la jurisdicción sobre minoridad. En la provincia de Córdoba, la competencia pertenece a los jueces de niñez, juventud y violencia familiar. El artículo 64 de la ley provincial 9944 “Ley de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” establece: “Los Jueces de Niñez, juventud y Violencia Familiar son competentes para conocer y resolver en: a) El control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas respecto a las niñas, niños y adolescentes por el órgano administrativo competente y en caso de oposición del niño y/o su familia o representante legal en la adopción de dicha medida; b) El conocimiento y resolución de casos de violencia familiar conforme a la Ley N° 9283; c) Las medidas de coerción indispensables, a requerimiento del órgano administrativo de protección, para hacer efectivas las medidas excepcionales que hubiere dispuesto; d) Las actuaciones sumarias indispensables para el otorgamiento de guardas judiciales, cuando así lo requieran las prestatarias de servicio de la seguridad social, para garantizar a niñas, niños y adolescentes los beneficios sociales y asistenciales conforme lo requiera la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, adjuntando constancia emitida por la prestataria del servicio certificando tales extremos; ... f) En el otorgamiento de guardas pre-adoptivas, cuyo trámite será sumario... .

En este sentido, es de facultad de las Unidades de Desarrollo Regional (UDER) la autoridad competente por la ley para declarar el abandono de un menor que justifique su adopción. Esta medida excepcional debe ser informada a la Dirección de Asuntos

Legales de la Autoridad de Aplicación para que ésta proceda a elevar dentro del término de veinticuatro horas a la autoridad judicial competente (artículo 48, ley 9944).

4.2. Trámite para el otorgamiento de la guarda

Para poder acceder a la guarda de un niño a los fines de adopción, el o los solicitantes, deben encontrarse inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción instituido en el artículo 2 de la ley 24779. La intención del legislador fue constituir un registro único y uniforme para todo país adoptando un sistema que ya constituía práctica usual en distintas jurisdicciones.

En la Provincia de Córdoba fue instaurado por la ley 8922. La reglamentación pone a cargo del Tribunal Superior de Justicia la formación, mantenimiento y actualización del registro. El mismo tiene su asiento en la Ciudad de Córdoba, con competencia en todo el ámbito de la Provincia, y cuenta con Delegaciones en cada una de las Circunscripciones Judiciales. Cada Delegación del Registro debe coordinar sus actividades con las instituciones y órganos relacionados a las áreas de Minoridad, con los Juzgados competentes y Equipos Técnicos, a los fines de recabar la información susceptible de registración (artículo 2, ley 8922). Contiene, por un lado, la lista de postulantes a recibir menores en guarda y por otro, la nómina de menores que se encuentran en situación de adoptabilidad.

A tal fin, los Juzgados de Familia, de Menores o Civiles, con competencia en adopción, que declaren el estado de adoptabilidad de menores de edad, deberán comunicar tal circunstancia a la Delegación que corresponda según la Circunscripción Judicial respectiva, remitiendo copia autenticada de la resolución que así lo disponga, y de las constancias del estado físico y psíquico del adoptable, en el plazo de cuarenta y ocho horas (artículo 9, ley 8922).

Conforme al artículo 7 de dicha ley, las inscripciones efectuadas en el libro de aspirantes mantendrán vigencia durante el término de un año contado desde la notificación de su aceptación, a cuyo término deberán presentarse los inscriptos por ante la Delegación del Registro que receptó la solicitud, a los fines de su ratificación al cabo del cual deberán presentarse personalmente los interesados, operándose en caso contrario la exclusión automática de los mismos, sin perjuicio de poder volver a solicitar su inscripción.

Mediante este sistema se pretende que quienes aspiren a una adopción, se presenten ante los tribunales competentes en la materia para su evaluación por intermedio de los correspondientes gabinetes interdisciplinarios. Una vez comprobada su idoneidad, quedarán inscriptos en la lista de espera para recibir en guarda preadoptiva (Medina y Fernandez, 2002).

La inscripción de los aspirantes a este Registro no implica la adquisición de derechos a una futura adopción, sí importa el de ser considerado como postulante potencial para cada caso en particular.

El magistrado interviniente en la causa deberá elegir entre distintos postulantes en base de los informes elaborados por los profesionales respectivos sobre cada aspirante inscripto en el registro.

4.3. Requisitos para la procedencia de la guarda preadoptiva

En el proceso de adopción se configuran un plexo de relaciones, por un lado, el vínculo entre los progenitores y el hijo a cargo de una familia sustituta encomendada de la tenencia del menor, y por otra parte, la relación de los adoptantes con guarda a los fines de adopción y el niño a adoptar. En miras de los intereses de todas las partes involucradas, fue necesario encontrar un procedimiento que garantice la defensa de los

mismos. Por ello, se dispuso a través de la ley 24779 que el otorgamiento de la guarda a los fines de adopción, es de atribución exclusiva del Juez de la materia y del domicilio del menor, pues es en ésta instancia, dónde debe resolverse lo atinente a la relación del niño y sus progenitores, con anterioridad al dictamen de guarda preadoptiva.

Desde el momento en que el Juzgado toma conocimiento del caso, se producen una serie de actuaciones, constataciones, y pruebas antes que el Juez dicte la sentencia de guarda con miras de adopción. Le corresponde dictar medidas tutelares de protección de persona, cuando la situación del menor es considerada urgente y aconsejable, debido a su situación de desamparo y/o estado de necesidad urgente que pueda estar atravesando. El Juez debe resolver la tenencia o guarda simple del niño a cargo de una familia sustituta, hasta tanto se cumpla con los requerimientos del artículo 317 del C. C..

Los requisitos necesarios para el otorgamiento de la guarda impuestos por dicho artículo son los siguientes:

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 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 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 adoptado;

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) del C. C. bajo pena de nulidad.

4.3.1. Citación de los progenitores

La entrega en guarda con fines de adopción tiene como consecuencia la privación de la patria potestad de los padres biológicos. Por lo tanto resulta imperativa la obligación de citarlos al trámite ya que gozan de los derechos de ser escuchados y de producir toda la prueba que estimen pertinente.

La ley no establece un tipo procesal específico por lo que su tramitación se guiará, en lo que sea pertinente y no resulte contradictorio con la ley nacional, con las normas procesales de las respectivas jurisdicciones. De todas formas, el tipo procesal dependerá de la postura que adopten los padres biológicos, pues en caso de manifestar su consentimiento con la entrega en guarda con fines de adopción, la tramitación se asemejará a una información sumaria (Medina y Fernandez, 2002).

La obligación que tiene el juez de citar a los padres biológicos a fin de que estos presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva no implica que sea imprescindible contar con la conformidad de los mismos para poder otorgarla. Lo que la ley les confiere a los progenitores es la posibilidad de intervenir en el trámite judicial para poder ejercitar en plenitud sus derechos procesales y se garantice

de ese modo su derecho a ser oídos y puedan aportar material probatorio. Esto se debe a que la norma tiende a satisfacer el interés del menor que se encuentra en situación de peligro moral y material comprobada judicialmente y no a satisfacer los deseos de los padres biológicos.

En el caso de incomparecencia de los progenitores debidamente citados, sostienen Bossert y Zannoni (2005) que su silencio deberá, en un principio, interpretarse en favor de la concesión de la guarda preadoptiva en trámite, aun en los casos en que se exige el consentimiento de aquellos para otorgarla.

Es necesario marcar una distinción entre la citación a los padres biológicos y el consentimiento de los mismos, en cuánto a su aplicación ineludible en la etapa previa a disponerse la guarda con fines de adopción del niño.

Respecto al consentimiento el mismo artículo del Código referido señala taxativas excepciones, determinando que no se requerirá el consentimiento de los padres biológicos en los siguientes casos: Si se produce un desentendimiento total durante un año de los padres de sangre del niño que estuviese en establecimiento asistencial, comprobado judicialmente. Si el niño se hallara en situación de desamparo moral o material evidente, manifiesto, continuo y comprobado por autoridad judicial. Si los padres biológicos se hallaran privados de la patria potestad por resolución judicial. Si los padres hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al hijo en adopción.

En los casos enumerados aquí, no es necesario el consentimiento de los progenitores, pero si debe cumplirse con la citación judicial de los mismos, con el fin de que tomen conocimiento de la situación en la que se ha resuelto decretar el abandono, el desamparo o la pérdida de la patria potestad según el caso corresponda. Todo ello en resguardo del debido proceso y a poder ejercer los progenitores sus derechos a defensa

en juicio antes que el juez resuelva otorgar la guarda con fines de adopción a postulantes inscriptos en la lista del Registro Único o del Juzgado según la jurisdicción.

Fuera de esta enumeración, en otras situaciones, los padres biológicos del menor necesitan ser citados y por consiguiente prestar consentimiento ante el juez interviniente, como paso previo a la resolución de dar en guarda con fines de adopción al niño.

En el caso de que se trate de progenitores menores de edad no emancipados, éstos deben ser citados judicialmente y prestar consentimiento judicial, con asistencia de sus representantes legales ante el magistrado.

A los efectos de brindar el consentimiento, la oportunidad de la citación judicial en el caso que se trate de un niño recién nacido, el juez puede extenderlo en el tiempo hasta los sesenta días posteriores al nacimiento, cuando el juez lo considere pertinente, atento a las circunstancias del caso (artículo 317, C. C.). El plazo fue establecido teniendo en cuenta el período puerperal de la madre biológica, en la que suele existir una inestabilidad emocional, relacionados con cambios psicológicos inmediatamente posteriores al nacimiento o ajuste a la maternidad.

En la mayoría de los casos, los magistrados utilizan la extensión del plazo, o si lo efectuaron antes de este término, lo ratifican cumplido los sesenta días, con el objeto de obtener un consentimiento libre, luego de un período de reflexión y toma de decisión definitiva dada la trascendencia del acto.

Es necesario que cumplimentar el requisito de la citación y/o consentimiento judicial antes de asignarse guardadores con fines adoptivos debido que la intervención de los progenitores no afecta a los pretensos adoptantes, sino que garantiza la legitimidad de la adopción.

4.3.2. Conocimiento personal del adoptado

El inciso b) del C. C. le exige al juez que tome conocimiento del adoptado, con el propósito de garantizar que el magistrado actuará con el criterio de intermediación respecto del menor cuya guarda discernirá.

Los niños tienen derecho a ser oídos por el órgano judicial, el mismo se encuentra regulado en nuestra legislación nacional y contemplado en las Convenciones Internacionales que han sido ratificadas por nuestro país. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño señala el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte⁵. Asimismo, menciona la obligación del órgano judicial de tener en cuenta las opiniones del menor, teniendo en consideración la edad y madurez del niño.

Con respecto a esto, el Doctor Carlos Belluscio (2007) señala que oír al menor no significa que el juez resuelva en forma automática la cuestión planteada según los deseos del niño. Si bien el juez deberá considerar lo expresado por el niño, deberá también valorar los demás elementos aportados a la causa -pruebas aportadas por las partes, informes del equipo interdisciplinario del juzgado, etcétera.-, lo cual llevará a que el magistrado adopte una decisión de acuerdo a lo que mejor convenga para el niño. He aquí el punto justo: escuchar al niño y valorar su opinión, pero en conjunto con los otros elementos aportados.

En nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra determinan la edad a partir de la cual el niño puede ejercitar ese derecho. Algunos autores sostienen que será a partir de la edad de escolarización (seis años) (Mendez Costas y D'antonio, 2001), y otros a partir de los 14 años (Medina, 1998). Existen otros que estiman que ante la falta de edad a partir de la cual el niño podrá ser oído, deberá ser el propio juez que

⁵ Artículo 12.1, Convención internacional de los Derechos del Niño.

interviene en la causa conjuntamente con el equipo interdisciplinario del juzgado quien deberá decidir si ese niño tiene la madurez suficiente para emitir una opinión propia y razonada (Belluscio, 2007).

4.3.3. Conocimiento personal de los adoptantes

La exigencia de controlar las condiciones personales, edades y aptitudes de los adoptantes es necesaria para la formación del juicio del juez, quien se vale de entrevistas personales e informes del servicio social como asistentes sociales, psicólogos, psicopedagogos.

Generalmente los solicitantes de la guarda se encuentran inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción, de manera que el magistrado ya cuenta con información relativa a las condiciones personales y ambientales, las cuales fueron realizadas por equipos interdisciplinarios del registro.

4.3.4. Conocimiento personal de la familia biológica

El conocimiento de las circunstancias relativas a la familia biológica del niño es necesaria para discernir si es conveniente o no el otorgamiento de la guarda a una familia que satisfaga de mejor manera las necesidades morales y materiales del menor.

La entrega en guarda de un menor con fines de adopción, al habilitar la acción de adopción, acarrea como consecuencia indirecta la pérdida de la patria potestad de los padres y la de todo vínculo jurídico con el hijo. Semejantes efectos requieren un marco procesal que permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio. En este sentido debe señalarse que, aún desde el punto de vista práctico, cabe suponer que quienes se desentiendan durante un año de un hijo, en caso de ser citados, probablemente no concurren a la cita o de hacerlo, prestarán su consentimiento con su

entrega en guarda para ser adoptado. Con ello se ganará indudablemente en seguridad jurídica.

El abandono se configura cuando los padres biológicos se desentienden de los deberes y obligaciones que les pertenecen respecto de sus hijos derivados de la patria potestad, como son la alimentación, la crianza y la educación.

Existe por parte de los progenitores una conducta maliciosa o voluntario de absoluto desamparo, indiferencia y despreocupación con respecto a la vida y realidad de los niños. Por abandono material debe entenderse como la negativa de hacer frente a las necesidades económicas del menor y por abandono moral a la despreocupación por la vida espiritual o afectiva de la criatura.

4.3.5. Nulidad

Los recaudos de los incisos a) citar a los progenitores, b) tomar conocimiento personal del adoptando, y 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, constituyen aspectos esenciales de todo proceso de familia y coherentes con las disposiciones de rango constitucional.

La importancia de las pautas de los incisos a) b) y c) del C.C. se manifiesta con la sanción de nulidad que prevé la norma para el caso de incumplimiento. Es decir, será nula la resolución que se hubiese dictado sin cumplir con dichos recaudos.

La nulidad es sustancial y podría afectar, en el futuro, a la adopción que se dictare como consecuencia de una guarda irregularmente otorgada (Bossert y Zannoni 2005).

4.4. Proceso de otorgamiento de la guarda preadoptiva

En esta etapa, las pruebas producidas están dirigidas a evidenciar que el niño se encuentra en condiciones de ser adoptado y que la guarda es la institución protectoria más adecuada conforme a la situación que se halla ése menor.

En el juicio propio de adopción, el objeto de la prueba está dirigido por un lado, a demostrar que los pretensos adoptantes revisten las cualidades necesarias para asumir dichas funciones y por el otro a comprobar que el adoptado se adecúa a la nueva familia que se procura constituir.

Una vez verificado por parte del tribunal el cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos por el artículo 317 del C. C. se encuentra en condiciones de tomar una resolución.

Este dictamen debe contener una declaración de certeza acerca de la situación preexistente del menor. Si discierne la guarda, la resolución declarará que el menor ha de estar en condiciones de ser adoptado por quienes lo reciben en guarda preadoptiva, lo cual equivale a declarar al menor en situación de preadoptabilidad (Bossert y Zannoni 2005).

En la misma disposición el juez deberá fijar un plazo de guarda previa según considere prudente, de acuerdo al artículo 316 del C. C. que le exige al adoptante tener al menor bajo su guarda durante un plazo no menor de seis meses ni mayor de un año.

En necesario que en ese período de tiempo se realicen controles que corroboren el desenvolvimiento de la guarda, la salud del menor, la integración de adoptantes y adoptado y los vínculos de afectos entre ellos.

La guarda preadoptiva puede ser revocada o modificada en miras del bienestar del menor, es decir, la resolución que la dispone no hace cosa juzgada material.

4.5. Fijación del plazo de guarda

Cuando el juez concede una guarda con fines de adopción necesariamente debe fijar el plazo de su duración respetando el mínimo y el máximo fijado por el artículo 316 del C. C. (seis meses a un año), que dependerá de las circunstancias de caso en particular. El tiempo de la misma dependerá de la adaptación que le lleve a cada niño la nueva situación familiar.

En todos los casos es procedente fijar la guarda a los fines de adopción por el plazo mínimo que instituye la ley cuando se encuentren acreditadas las aptitudes de los guardadores y no se justifique la fijación del plazo máximo.

Vencido el plazo de un año sin que se promueva la adopción, no debe entenderse que la guarda caduca o que el guardador que dejó transcurrir el plazo no puede adoptar al menor, puesto que en ambas circunstancias resulta un perjuicio evidente para el niño. El plazo de la guarda ha sido fijado en exclusivo beneficio del menor con el objetivo de comprobar la adaptación al nuevo núcleo familiar.

5. Facultades de los jueces, padres biológicos y futuros adoptantes

5.1. Atribuciones de los jueces

El juzgador cuenta con la facultad de evaluar el fundamento y la razonabilidad de la oposición de los padres biológicos para que la guarda y eventual adopción no resulte arbitraria. Cuya defensa no puede estar constituida en meras manifestaciones de voluntad, sino que deben traducirse en conductas objetivas que demuestren el efectivo

interés por mantener la tutela del niño y el cumplimiento de los deberes que le impone la patria potestad.

Debe verificar el cumplimiento de los requisitos impuestos a los pretendientes adoptantes por la ley 24779. La misma exige que el adoptante deba ser por menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo del adoptado del premuerto (artículo 312, C. C.). Dicha diferencia de edad debe ser comprobada con la partida de nacimiento del menor y la partida de nacimiento o documento nacional de identidad del aspirante de donde surge su fecha de nacimiento. Del mismo modo queda satisfecha la imposición del artículo 315 del C. C. que requiere que la persona haya cumplido treinta años de edad. Las condiciones morales y personales serán probadas por la presentación del certificado de buena conducta extendido en sede policial y por el resultado de las encuestas socio-ambientales realizadas por expertos en la materia.

Debe resolver si las circunstancias del caso planteado en autos, queda incluida en la hipótesis de separación definitiva del niño del seno familiar, situación que eventualmente dará lugar a la adopción previo una separación temporaria. Respetando el principio general de que el niño debe permanecer con su familia biológica. Debe mediar separación cuando sea necesaria al interés superior del niño, el artículo 9.1. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que sostiene que tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

El magistrado debe velar por el interés superior del niño. Petracchi, Belluscio y Maqueda entienden que configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, en tanto

proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para él⁶. Este interés superior del niño no atiende exclusivamente a los beneficios del orden económico, social o moral que pueda ofrecer una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte. La premisa que debe primar es la que más convenga al niño.

5.1.1. Conveniencia para el menor

El juez deberá valorar la conveniencia de la adopción para el menor, teniendo en cuenta los medios de vida, y cualidades morales y personales de la persona del adoptante. Podrá ordenar todas las medidas de prueba que sean conducentes a tal fin. Con el mismo criterio podrá citar a cualquier persona que estime conveniente en beneficio del adoptado (artículo 321, inciso c, d y e, C. C.).

A partir de la reforma de 1994 rige con jerarquía constitucional el principio de Interés Superior del Niño, en virtud de ello, se deberá adoptar un criterio amplio en materia probatoria que evidencie el mayor conocimiento posible sobre la situación del menor y del núcleo familiar.

5.1.2. Intervención del menor

Si bien el menor no reviste la condición procesal de parte en el juicio de adopción, se deberá valorar en todos los casos el interés superior del menor y que, de acuerdo a su edad y condición, el juez o tribunal deberán oírlo si lo juzgan conveniente.

⁶ Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Buenos Aires, “C., L. E., y otro c. A., O. M. y otro”, 19/02/2002. DJBA 163, 126. Cita Online: AR/JUR/6067/2002.

En tal sentido, escuchar al menor constituye un imperativo para el juez, ya que no puede desconocerse que será el niño el destinatario final de la sentencia. Oírlo contribuirá a ponderar mejor la conveniencia de la adopción solicitada.

5.1.3. Reserva de las actuaciones

Como dispone el inciso f) del artículo 321 del C. C., las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Es decir, que solo podrá ser examinado por las partes, sus letrados apoderados y los peritos intervinientes.

El objetivo del secreto de las actuaciones, se impone como en todo proceso de familia, para la protección de la intimidad. El juez o tribunal no podrán entregar o remitir las actuaciones, 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.

Las actuaciones tampoco serán secretas para el adoptado, quien tiene el derecho de conocer su realidad biológica y a acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad (artículo 328, C. C.).

5.1.4. Obligación de hacer conocer al adoptado su realidad biológica

El juez deberá dejar constancia en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica (artículo 321 inciso h, C. C.).

La norma es coherente con los artículos 7 y 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los cuales garantizan el derecho a la identidad y al conocimiento de la verdad biológica

Es saludable que el niño sepa la verdad acerca de su origen. No obstante, no se ha previsto ningún procedimiento que permita realizar un seguimiento del cumplimiento del compromiso asumido por los adoptantes, como así tampoco ningún tipo de sanción ante su incumplimiento. Por esta razón serán los padres adoptivos los que decidan durante la minoridad, el momento más conveniente para hacerlo teniendo en cuenta la edad del menor, como las circunstancias propias de cada caso. No se trata de un compromiso moral, sino de un derecho de hijo.

5.2. Situación de los adoptantes

La ley 24779 estableció a las autoridades nacionales y provinciales la organización de un Registro Único de Aspirantes de Adopción. Esta norma fue sustituida por la ley 25854 la cual creó el Registro Único de Aspirantes de Guarda con Fines Adoptivos en el seno del Ministerio de Justicia de la Nación.

El objetivo primordial del registro es la confección de una lista de aspirantes con fines de adopción denominada “nómina de aspirantes” (Bossert y Zannoni, 2005).

Algunos de los requisitos para la inscripción de los aspirantes en el registro único son: los datos personales, evaluación jurídica, médica, psicológica y socioambiental de los postulantes y de su núcleo familiar inmediato, encontrarse domiciliados en la República Argentina con residencia efectiva por un período anterior de cinco años, número de menores que estarían dispuestos a adoptar, edades de los niños, si se aceptan menores con discapacidad, si se reciben hermanos y si han tenido antecedente de menores en guarda anteriores.

Una vez concedida la guarda conferida por un magistrado, los guardadores se encuentran habilitados para requerir la adopción del niño a partir de los seis meses del comienzo de la misma (artículo 316, C. C.).

Deben cumplir con todas las condiciones sustanciales y requisitos formales impuestos por la ley 24779.

5.2.1. Documentación requerida

La documentación que se le exige a los aspirantes a guarda, en la mayoría de los Registros, con el objeto de pasar a formar parte de un listado de aspirantes son los siguientes: la presentación de una nota explicando las motivaciones por las cuales se tomó la decisión de adoptar un niño y en la cual deben constar los datos del adoptante, como su nombre y apellido, su documento nacional de identidad, la fecha y el lugar de nacimiento, su estado civil, su ocupación, su domicilio y su teléfono. Además en la misma deberá especificar su deseo respecto de la edad del menor, sexo, si acepta hermanos o mellizos, estado de salud, entre otras.

Deberá adjuntar fotocopias de las primeras tres hojas de su documento de identidad. Si se trata de un matrimonio deben presentar el certificado de Matrimonio o la libreta de casamiento. Si es una persona divorciada, tendrá que presentar la sentencia de divorcio.

Se debe incluir una o dos fotos actualizadas de los interesados. Se le permite elaborar un álbum con fotos suyas y su familia, amigos y mascotas para cuando se realicen las entrevistas con el juez.

Deben solicitar en la policía el certificado de antecedentes penales y el certificado de domicilio en la delegación policial del lugar de residencia.

Es necesaria la presentación de certificado de trabajo e ingresos. Las personas que trabajen en relación de dependencia deberán exhibir los recibos de sueldo y si se trata de trabajadores independientes, una declaración jurada hecha por su contador

público. Aquellos que posean una profesión deben presentar una fotocopia del título habilitante.

Si los aspirantes poseen propiedades inmuebles y muebles deben acreditarlas a través de los títulos respectivos.

Otro requisito es el certificado de buena salud de los postulantes, el cual podrá ser realizado por un médico privado y luego certificarlo en una entidad Estatal o solicitarlo directamente allí. Se requiere la realización de un chequeo general y de las pruebas de VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana), tuberculosis y de otras enfermedades infecto contagiosas. Certificados de Esterilidad si los hubiera.

Debe solicitar Informe Socio-Ambiental realizado por una asistente social y un informe psicológico que debe ser certificado ante el Colegio de Psicólogos.

5.3. Facultades de los padres biológicos

Es de importante trascendencia la citación de los progenitores al proceso de guarda preadoptiva (artículo 317, C. C.) ya que se pretende preservar el derecho del niño a la identidad y, consecuentemente, sus relaciones de familia. Evitar la separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos y acordar la adopción teniendo en cuenta la situación del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales (Bossert y Zannoni, 2005).

La citación de los progenitores tiene en miras la posibilidad de que puedan ofrecer pruebas tendientes a demostrar que no se configuran los presupuestos necesarios para que proceda una futura adopción plena de su hijo, evidenciando que no ha habido abandono del niño, que la entrega del mismo a un establecimiento tutelar ha sido por razones de fuerza mayor que ya han sido superadas, como lo son la falta de trabajo u

enfermedades. Dichos presupuestos deben ser demostrados antes del otorgamiento de la guarda preadoptiva.

Una vez dictada la sentencia de adopción, los progenitores pierden todo derecho con relación al menor y se les niega la posibilidad de un reconocimiento posterior. El efecto que provoca la misma, es que sustituye la filiación de origen dejando de pertenecer el adoptado a su familia biológica extinguiéndose de esta manera el parentesco entre ellos.

5.3.1. Citación de los padres biológicos

La doctrina mayoritaria presupone que los padres biológicos del menor deben ser citados aún en aquellos supuestos en los que la conformidad para la entrega de sus hijos en guarda a los fines de adopción resulta innecesaria. Deben ser citados aún en aquellos casos en el que el abandono o desamparo moral y material del menor resultan manifiestos (Menendez Costa y D'antonio, 2001; Bossert y Zannoni, 2005).

La citación no debe cumplirse como un mero formalismo, sino que el juez debe hacerlos comparecer y asesorarlos acerca de los alcances del proceso en trámite y brindarles la oportunidad real de ser escuchados. No deberán ser citados cuando el menor sea huérfano o no tuviese padres conocidos.

5.3.2. Situaciones en que no se requiere la conformidad de los progenitores

Que exista la obligación de citar a los padres biológicos no siempre significa que deba requerirse su asentimiento para la guarda a los fines de adopción. La excepción a la regla está regida por el segundo párrafo del artículo 317 del C. C..

No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente durante un

año o cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente, manifiesto y continuo, y esa situación hubiese sido comprobada por autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad.

5.3.3. Incomparecencia y su negativa a prestar su consentimiento

En aquellas situaciones en que los progenitores no comparecen al proceso o se niegan a prestar su conformidad no son considerados obstáculos para la entrega del niño en guarda preadoptiva a los guardadores.

El fundamento se basa en que el consentimiento paterno es sólo un elemento que el juez debe tener en cuenta al momento de conceder la guarda, ya que además debe evaluar la realidad personal del niño, sus necesidades e intereses, las cualidades personales y aptitudes de los adoptantes y las condiciones personales de la familia biológica.

Por cuanto, del análisis realizado por el magistrado de los elementos mencionados, concluya que la adopción es el medio que permite a éste menor realizar el Interés Superior del Niño, entonces deberá conceder la guarda a los fines de adopción, aún frente a la negativa de sus padres biológicos, quienes tendrán la posibilidad de plantear todos los recursos judiciales que correspondan.

5.4. Supuestos de restitución del menor dado en guarda preadoptiva a su familia biológica

El principio sexto de la Declaración sobre los Derechos del Niño establece que éste siempre que sea posible debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y ambiental. Por su

parte el artículo 321 inciso i) del C. C. reza que “...El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del niño”.

Siempre deberá velar para que los niños no sean separados de sus padres, de conformidad a lo establecido por el artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Se debe evitar el peso del desamparo, para las madres en especial, frente a la posibilidad de prestar un consentimiento del cual después se van a arrepentir toda su vida (Carranza, 2006).

5.4.1. La prioridad de la familia de origen. Prerrogativa no absoluta

Es un derecho natural el de los padres de criar, alimentar y educar a sus hijos conforme a su condición y fortuna. La legislación privilegia a la familia biológica al sostener el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores y que es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona, se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

En varios precedentes de la Corte Suprema de Justicia se ha declarado que la preeminencia de la filiación de origen no significa que el vínculo biológico deba ser preservado por encima de todo.

Muestra de ello, es el voto de los magistrados Argibay, Fayt y Zaffaroni, que si bien reconocen que la familia de origen es el medio más favorable para el desarrollo de los niños, advierten que dicha preferencia no es absoluta, sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos- con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad⁷.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., C. s/adopción” 02/08/2005. LA LEY 22/03/2006, P – LA LEY 2006-B, 348 – LA LEY 17/08/05, 10 – LA LEY 2005-D, 873. Cita Online: AR/JUR/1551/2005.

La primacía de la filiación de origen no implica considerar a la filiación adoptiva como un emplazamiento de categoría inferior. Como señala el pronunciamiento de la Corte: "...la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño"⁸.

Se debe considerar que el principio de prioridad de permanecer el niño con su familia de origen, cede ante la situación en que se vea afectado el interés superior del niño.

5.4.2. La revocación de la guarda preadoptiva por arrepentimiento de la familia biológica

Antes de la ley 24779, la entrega de un niño en guarda con fines de adopción carecía de los mínimos recaudos que garantizaran la plenitud del consentimiento brindado por sus padres biológicos. Por este motivo, era viable el arrepentimiento de los progenitores debidamente justificado como causa de revocación del consentimiento sin atender al interés superior del niño.

En la actualidad, se ha judicializado el proceso de otorgamiento de guarda preadoptiva, constituyendo la regla la irrevocabilidad del consentimiento, pudiendo frustrarse excepcionalmente la guarda, cuando la retractación sea fundada en justas causas y que se presente como un modo de realizar el interés superior del niño.

Una de las cuestiones que más temores suscita entre los adoptantes es qué ocurre si la madre biológica, luego de haber dado su asentimiento para la guarda preadoptiva se arrepiente de su decisión. La solución a esta cuestión no es unívoca y habrá que estar siempre al interés del menor, y por sobre toda las cosas evitar la

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., C. s/adopción" 02/08/2005. LA LEY 22/03/2006, P – LA LEY 2006-B, 348 – LA LEY 17/08/05, 10 – LA LEY 2005-D, 873. Cita Online: AR/JUR/1551/2005.

extorsión o el aprovechamiento económico de quienes dieron a sus hijos en guarda preadoptiva y luego intentan lucrar frente al cariño que une a los adoptantes con el menor, amenazando a éstos con la retractación de su consentimiento.

En principio, la retractación del consentimiento por sí, no produce efectos sobre la guarda preadoptiva salvo que medien vicios de la voluntad en el acto o el interés del menor se vea seriamente comprometido.

El simple arrepentimiento de los padres biológicos no puede fundamentarse en una restitución del niño al núcleo familiar que originariamente lo ha expulsado. Deben acreditarse circunstancias extraordinarias de tal envergadura que justifiquen apartar al menor del núcleo familiar que lo ha acogido y en el cual trata de reconstruir los vínculos filiales. La adopción frustrada constituye para el niño una nueva lesión grave, de la cual la experiencia permite pensar que no se recobrarán jamás completamente⁹.

La adopción resultaría un instituto al cual dudosamente recurrirían quienes pretenden suplir su imposibilidad biológica de procrear. La inestabilidad sería tal, que los pretendidos adoptantes temerosos de que se produzca un arrepentimiento paterno, procurarían no afianzar sus vínculos con los menores por el temor a que se fracase el proceso, frustrándose de este modo el objetivo de la guarda preadoptiva (Larocca y Roveda, 2001).

Nuestro ordenamiento jurídico no establece de manera expresa un plazo cierto para que la familia de origen del menor se arrepienta o se retracte de la entrega de su hijo en adopción. Ante este silencio legislativo, se sostiene que en el transcurso de la guarda uno o ambos progenitores pueden solicitar el reintegro del niño.

La jurisprudencia no se ha mantenido al margen de los problemas referentes a las restituciones durante el período de guarda. Hay situaciones en las que el estado

⁹ MENEM, Eduardo, “*Discusión parlamentaria*”, La Ley Antecedentes Parlamentarios, 1997-A.

emocional y psicológico del niño respecto a sus guardadores, implica que separarlo de ellos para darle preeminencia al interés de sus padres biológicos, no resulta favorable al interés superior del menor, quien se ha ido integrando a un grupo familiar que resulta ser óptimo para su desarrollo evolutivo y psíquico.

Así se ha rechazado el pedido de restitución del menor dado en guarda con fines de adopción por su madre biológica a pocos días de su nacimiento, ya que la restitución fue pedida luego de transcurridos ocho meses de su entrega y existe una probada inconveniencia de que el niño sea insertado en manos de una madre que habitualmente no tiene trabajo, que siempre ha tenido relaciones poco recomendables, que vive de “prestado” en la casa de su padre formando un núcleo familiar no aceptado por el vecindario y que brinda a su hijo una crianza pésima¹⁰.

La Cámara Primera Civil de San Fernando del Valle de Catamarca revocó una decisión de primera instancia contraria a un pedido de restitución materna, allí se dijo: “...el plazo de guarda como proceso autónomo de la adopción tiene una doble finalidad, por un lado verificar la idoneidad de los pretendientes adoptantes y por el otro, respecto de los padres biológicos, la protección de los derechos personalísimos de forma tal que cualquier variante pero sustancial, en los supuestos que originaron y debidamente acreditado ante el Juez, debe hacer repensar las acciones anteriores más aún cuando se trata de procesos que no causan estado, como la guarda preadoptiva y respecto de los guardadores atesora el ejercicio de la patria potestad sobre un niño al que incluirán en su familia legal, pero la guarda, también puede extinguirse en circunstancias similares a los derechos y deberes inherentes a la Patria Potestad”¹¹.

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Contencioso-administrativo y de Familia de Villa María, “R., A. T.” 03/08/2006 – LLC 2006, 865 – LLC 2007 – Cita online: AR/JUR/2228/2006.

¹¹ Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas 1ra. Nominación de Catamarca, “U., M. del P.” 18/09/1998. LLNOA 2000, 135. Cita Online: AR/JUR/1634/1998.

Por su parte el Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Morteros provincia de Córdoba, desestimó el pedido de restitución formulado por la madre biológica de un menor dado en guarda preadoptiva y conceder la tenencia definitiva a su guardadora acordando un régimen de visitas respecto a la progenitora¹².

La Corte Suprema sostuvo “...la precedencia que la Convención sobre los Derechos del Niño da a la familia biológica, no es absoluta. Que solo establece una presunción conectada con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial en la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. Pero que sin embargo, esto no es una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia de ese espacio original fue de hecho interrumpida desde los primeros momentos de vida derivándose una identidad filiatoria que no necesariamente coincide con la verdad biológica”¹³.

Es unánime la jurisprudencia con respecto a la negación de restitución de menores dados en guarda preadoptiva a su familia biológica que los reclaman, cuando éstas no realizan un cambio en sus acciones y/o actitudes que demuestren objetivamente que desean mejorar y brindar a sus hijos el cuidado que necesitan, la alimentación, el cariño, la educación y contención de manera satisfactoria. Otra de las razones es que el reclamo debe ser presentado en tiempo oportuno, ya que no puede pretenderse la restitución del niño cuando ya existe una sentencia de adopción. En primer lugar porque el artículo 323 del C. C., le confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y por lo tanto es irrevocable. Por el otro es en miras del bienestar del menor que en el lapso transcurrido ha creado un vínculo afectivo con sus guardadores convertidos

¹² Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Morteros, “B., L. B.”, 12/12/2002 – LLC 2003 (mayo), 503 – Cita Online: AR/JUR/2657/2002.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., C. s/adopción” 02/08/2005. LA LEY 22/03/2006, P – LA LEY 2006-B, 348 – LA LEY 17/08/05, 10 – LA LEY 2005-D, 873. Cita Online: AR/JUR/1551/2005

en padres adoptivos por resolución judicial. Lo que generaría un desajuste psíquico y afectivo del niño atentando contra su integral desarrollo, lo que implica que su separación con su nueva familia acarrearía un alto riesgo a su salud psicoafectiva.

Así lo demuestra la jurisprudencia, “resulta arbitraria la sentencia que ordena la restitución de un menor a sus padres biológicos ya que, conforme las constancias reunidas en la causa, con ello podría causársele un daño psicológico o espiritual al niño. Tal decisión implica un apartamiento injustificado de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), introducida como norma positiva constitucional desde la reforma del año 1994, en el artículo 75, inciso 22, atento que el interés superior del menor, sólo quedaría resguardado manteniendo su situación”¹⁴.

No corresponde restituir al menor -entregado en guarda provisoria a los fines de la adopción- a su madre biológica pues el daño psíquico que éste padecerá de volver a su lugar de origen luego de transcurrir el 80% de su existencia con plenitud de integración, no puede de ningún modo equipararse al daño por cuestiones de identidad que podría llegar a padecer¹⁵.

La Corte declaró inadmisibile el recurso extraordinario invocando el antecedente “S., C. s/adopción” con la disidencia del voto del doctor Fayt. El magistrado puso el acento en las cláusulas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Convención Americana de Derechos Humanos que desaconsejan separar a los niños de sus padres biológicos, y en que aquellos eran los titulares del derecho personalísimo de ser criados por éstos en la medida de lo posible, como asimismo del derechos a la identidad, lo que incluye la preservación de las relaciones familiares. Señaló que la madre en estado puerperal debía brindársele el

¹⁴ Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, “G., A. V.” 01/04/1998 .LLGran Cuyo 1998, 459 – LA LEY 1998-F, 64. Cita Online: AR/JUR/162/1998.

¹⁵ Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Minas 1ra. Nominación de Catamarca, “U., M. del P.” 18/09/1998. LLNOA 2000, 135. Cita Online: AR/JUR/1634/1998.

debido asesoramiento, y sobre todo amparo y protección para garantizar que su voluntad no se encontrara viciada. Agregó que los estados debían respetar los derechos reconocidos, asegurando su aplicación independientemente de la posición económica de sus padres, y debían tomar todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño fuera protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición de sus padres. Que los únicos motivos que justificaban separar a los niños de sus padres, contra la voluntad de éstos, eran los de maltrato y descuido, situación que a su entender no se daban en ese caso¹⁶.

Por estas razones, su voto fue dirigido a que se revoque la sentencia impugnada e imponer al municipio de Esquel la obligación de atender de modo efectivo las necesidades materiales de la madre. La disidencia del Doctor Fayt demuestra un cambio de criterio respecto de la actitud que se venía asumiendo en casos anteriores.

En excepcionalísimas circunstancias se ha aceptado el reintegro del menor a la familia de origen después de haber consentido la entrega en guarda con fines de adopción, como en el supuesto de madres menores, y con la libertad afectada en orden a la realización del acto jurídico. En este sentido, se ha decidido que debe hacerse lugar al cambio de guarda peticionado, procediendo a la restitución del menor a la madre biológica cuando se trata, como en el caso, de una adolescente que le tocó vivir su estado de embarazo en un marco de desamparo y soledad no contando con ayuda de su grupo conviviente y tampoco apoyo espiritual ni psicológico, lo que la llevó a abandonar al recién nacido, y teniendo en cuenta que surge de la causa que al momento de solicitar el cambio de guarda la situación familiar y personal aparece revertida, pues por sobre todas las cosas debe tenerse en cuenta el bienestar del menor y los derechos

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Antinao, Celia c. D. C., M. A. – D., G. N.” 17/04/2007 – DJ 2007-2, 548 – LA LEY 26/07/2007, 4 – LA LEY 2007-D, 538 – LA LEY 2007-E – Cita Online: AR/JUR/717/2007.

del mismo consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos¹⁷.

5.4.3. Solución de controversias entre la familia biológica y los guardadores del menor

Las disputas que surgen entre los progenitores y los pretendidos adoptantes por la guarda de los niños, no deben demorar tanto tiempo en los tribunales, porque de esta manera resulta imposible que una madre recupere a su hijo.

El transcurso del tiempo provoca la consolidación del vínculo afectivo que se genera desde el primer momento que el menor se encuentra con una familia guardadora, y por más de que se advierta un genuino deseo de la mamá biológica de criar a su hijo, brindándole todos los cuidados que necesita, difícilmente el juez disponga la restitución del menor a su familia biológica. Cada día que pasa, se torna más dificultosa la posibilidad debido al trauma psíquico que le puede ocasionar la nueva situación al niño.

Para tratar de solucionar estos conflictos, se ha hallado la solución en el triángulo adoptivo-afectivo, de tal forma que se compatibilice la preservación de la identidad biológica y vínculos familiares de sangre con su mejor interés, en cuanto a la continuidad de los lazos filiales con sus padres adoptivos.

Lo que presupone la habilitación de canales de comunicación entre la familia de adopción y la familia biológica del menor adoptado, con el objeto de propender a la comunicación entre ambas, lo que contribuye a dar unidad a la identidad del niño. El juez en estos casos debe otorgar la adopción simple, nunca plena, ya que presupone la desvinculación real y preexistente con la familia biológica.

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, “P.,T.” 30/10/1997, LLBA 1997, 1368. Cita Online: AR/JUR/4410/1997.

Compatible con ello, es el fallo de la Cámara de Apelaciones de Azul, que determino la adopción simple: “corresponde otorgar la adopción simple pedida por quienes ejercieron la guarda durante un período prolongado -nueve años-, no obstante la solicitud de restitución de la madre biológica, si el niño se integró afectiva, social y familiarmente a los guardadores, pues la restitución podría generarle un conflicto personal contrario al interés superior que resguarda el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, máxime si manifestó su intención de no abandonar a los adoptantes, y sin perjuicio de la fijación de un régimen de visita a favor de la madre biológica”¹⁸. En virtud de haberse constatado el estado de abandono que padecía el menor, y la adaptación a la familia sustituta, la adopción simple es la solución más adecuada por no romper los lazos con su madre biológica, quien si bien no era capaz de hacerse cargo de los deberes emergentes de la patria potestad, mantenía cierto vínculo y cierto interés, aunque precario, en su hijo (Kanesfck y Medina, 1999).

La adopción simple se encuentra contemplada en el C. C., como consecuencia de ella, el adoptado conserva un estado de familia determinado en relación a su familia biológica, puesto que no se rompe totalmente el vínculo de parentesco con la misma sino que, por el contrario, se crea un nuevo vínculo familiar con el adoptante, no así con el resto de su familia biológica.

Comenta el doctor Fanzolato (1998) que este tipo de adopción procede respecto de aquellos niños que por circunstancias particulares el juez o tribunal considere que es más conveniente otorgarlos en adopción simple y de esa manera no borrar definitivamente los vínculos jurídicos de parentesco que los unen a su familia consanguínea.

¹⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, “P.,T.” 30/10/1997, LLBA 1997, 1368. Cita Online: AR/JUR/4410/1997.

6. Análisis legislativo

6.1. Análisis de la ley de adopción en función de las garantías constitucionales que amparan a los menores. Análisis de posible reforma

Como hemos visto en el punto número dos, del presente trabajo, todo nuestro sistema de protección de los derechos de los menores encuentra sustento en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual fue ratificada por nuestro país, colocándola de esta forma como norma constitucional en el artículo 75 de nuestra Constitución Nacional.

La diputada Rucci (2010) manifiesta en su proyecto de reforma de la ley 24779¹⁹, que se debe considerar en todos los casos la norma de jerarquía constitucional en la materia de menores, ya que con profunda claridad manifiesta el compromiso internacional de conservación de los derechos para los más pequeños.

Del análisis de nuestro Régimen de Adopciones, surge que el artículo de la Convención 27.3 pasa inadvertido por la ley vigente, el mismo reza: “Los Estados Partes, de acuerdo con las consideraciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso de ser necesario, proporcionaran asistencia material y programación de apoyo, particularmente a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

De acuerdo con este principio, el Estado Nacional tiene el deber y obligación de proporcionar los medios tendientes a satisfacer las necesidades básicas cuando en el grupo familiar, éstas se encuentren insatisfechas. Lo que acarrea un actuar concreto y

¹⁹ RUCCI, Claudia, Proyecto de ley “*Régimen de adopción - Derogación de la Ley 24.779*”, Expediente N° 8619-D-2010, 14/12/2010. Recuperado el 16/04/2013 de <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=122510>

positivo por parte del Estado de garantizar esos derechos que se encuentran vulnerados a través de medidas, planes o programas efectivos que permitan a los progenitores saciar las necesidades mínimas de sus hijos menores.

En tal sentido, el órgano judicial debería ordenar al órgano correspondiente del Estado, la obligación de satisfacer dichas necesidades y de esta manera evitar la separación del menor del seno familiar, que no puede brindárselas por cuestiones meramente económicas.

Néstor Solari (2007), expresa que la Convención sobre los Derechos del Niño vino a incorporar un nuevo obligado en el orden alimentario. En efecto, además de los representantes legales del menor subsidiariamente, el Estado viene a sumarse al orden legal, como un nuevo obligado a la prestación alimentaria. De ahí que los representantes legales del niño podrían demandar al Estado para la satisfacción de una cuota alimentaria a favor del niño.

De esta manera, sería otra la situación de los padres biológicos si contaran con los medios económicos necesarios para cumplir con todas las necesidades elementales de sus hijos, sin ser necesaria la separación del menor de su familia, otorgándolo a padres sustitutos que lo tengan en guarda con fines de adopción. Dejando este supuesto sólo para los casos en que los padres se desentiendan y despreocupen de las obligaciones de crianza y educación que la patria potestad les impone.

Que las causas económicas no sean motivos de separación del niño de sus progenitores, por esta razón, sería interesante el replanteo de la ley vigente sobre esta materia, a fin de garantizar lo dispuesto por artículo 27.3 de la Convención y de esta manera evitar la división de familias garantizando al niño la crianza con su madre y padre biológico. Que se prevea medidas y programas que permitan a los progenitores

satisfacer las necesidades de los niños y que estos puedan crecer dentro de su seno familiar.

6.1.1. Políticas públicas

“La construcción de oportunidades que permitan a las propias familias generar las soluciones que necesitan, sólo es posible con el apoyo de políticas públicas pertinentes, inclusivas y respetuosas de las experiencias y recursos familiares y territoriales”²⁰.

El artículo 75, inciso 23, de nuestra Carta Magna impone al Estado la obligación de establecer y promover medidas de acción positivas para asegurar el pleno goce de los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. A pesar de ello, no se observan políticas sociales de promoción y protección de esos derechos.

Desde un enfoque preventivo, es necesario políticas públicas de atención, contención y acompañamiento de aquellas “madres en conflicto con su maternidad”, con el fin de que ellas sean constructoras de su propia historia, asumiendo así la responsabilidad que les cabe por sus actos (Pisano Motta, 2001). Es decir, que los progenitores sean responsables de la decisión de entrega de un menor como consecuencia de un proceso serio y comprometido, donde hayan tenido la posibilidad de contar con herramientas, medidas o acciones alternativas a aquella decisión. Es importante que las madres que exteriorizan su intención de dar un niño en adopción, sean auxiliadas para concientizarlas sobre sus sentimientos en relación al bebé, a sí mismas, a sus familias, al padre del niño, como así también sus preocupaciones con relación al bebé, a su futuro, sus fantasías y rabias, y ser discutida toda cuestión asociada a su decisión (Pisano Motta, 2001). Se trata que ninguna persona en

²⁰ UNICEF, “Desinternación en Chile. Algunas lecciones aprendida”, Infancia y Adolescencia N° 4, 2005.

representación o en nombre del Estado se apropie de sus conflictos y decida por ellos. Es menester para poder alcanzar este objetivo, la creación de recursos en la órbita administrativa que brinden apoyo integral a las madres para darles la posibilidad de cuidar de los hijos que han engendrados si así lo desean.

Las propuestas preventivas no sólo benefician a las madres y a sus hijos, sino también a los pretensos adoptantes. El estado si acompaña a las madres en conflicto con su maternidad, a través de servicios destinados a prestarles distintos tipos de apoyo, cumple con su obligación esencial de cuidar a quienes cuidan.

De esta manera se logrará que toda determinación de entrega de un niño sea fruto de una decisión elaborada y madura, lo cual implicará, entre otras cosas, prevenir posibles planteos de reintegro o restitución. Cuando los casos de arrepentimiento llegan a la justicia generalmente ya es tarde. Los años transcurren y todos los integrantes que conforman el triángulo adoptivo sufren las consecuencias de no haberse trabajado seriamente con las madres que se encuentran en dificultades por distintas causas.

Es necesario bregar por un derecho más humano dentro de una sociedad inclusiva y más democrática.

Las propuestas preventivas ya han sido consideradas en diversos ordenamientos de América Latina, ejemplo de ello es la Ley de Adopción de Chile²¹, la cual prevé un programa de apoyo y orientación a la familia de origen cuyo objetivo central reside en constatar si ésta puede ser continente con el niño y, de no ser posible, procurar a los padres, o quien tenga a su cargo la patria potestad del niño, presten de manera libre y responsable su consentimiento con la adopción, luego de un proceso tendiente a conocer las consecuencias de una decisión de tal envergadura.

²¹ Ley 19620 sobre Adopción de Menores de Chile, promulgada 26/07/1999.

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador²² es otro de los ejemplos. En su artículo 162 prevé el asesoramiento de la persona que debe prestar su consentimiento, estableciendo la Unidad Técnica de Adopciones del Ministerio de Bienestar Social, cuyo órgano cumple la función de brindar asesoramiento gratuito a la persona que deba otorgar el consentimiento de dar a su hijo en adopción, sobre el significado y efectos de esta medida de protección y es el encargado de proponer alternativas que preserven el vínculo familiar.

Por esta razón es importante que nuestro Estado tome medidas de apoyo para la convivencia con el grupo familiar, otorgue becas de estudio o para guarderías, alfabetización y apoyo escolar, inclusión de programas de asistencia familiar, asistencia especial a la mujer embarazada, cuidado del niño en su propio hogar apoyando a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones, tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o un familiar y asistencia económica para poder desenvolverse el grupo familiar. Es decir, políticas que den igualdad de condiciones y poder acceder a tener una vida digna como cualquier ser humano merece.

²² Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, promulgado 2003.

Conclusión

Como conclusión del Trabajo Final de Graduación, puede afirmarse que la adopción es un instituto de protección de la minoridad, el cual crea un vínculo filial similar a la filiación de sangre, por medio de una sentencia judicial. La misma fue receptada por nuestro derecho en el año 1948, y en la actualidad se encuentra regida por la ley 24779, cuyo articulado debe ser interpretado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El régimen vigente, establece como sistema legal, el otorgamiento judicial de la guarda preadoptiva, constituyendo ésta la única manera legítima de proporcionarle al niño una nueva familia para el desarrollo de su personalidad. Constituyendo un paso previo y de vital importancia para la futura adopción, ya que se analiza la compatibilidad, adaptación y desenvolvimiento de la relación del niño con la familia que se postula como adoptante.

Por su parte, no se puede ignorar las guardas de hecho, las cuales no se encuentran reguladas en nuestro sistema legislativo y merecen ser especialmente tenidas en cuenta al tiempo de otorgar la guarda con fines de adopción. Los jueces tienen la obligación de preferir a quienes hayan ejercido este tipo de guarda por voluntad de los progenitores y satisfagan los requisitos exigidos por la ley para ser adoptantes. Frente a estas situaciones de hecho, se debería flexibilizar el requisito de la inscripción en miras de acceder a la adopción, e incorporar una regulación legal para este tipo de guarda, brindando un marco jurídico a todos los sujetos involucrados cubriendo éste vacío legal.

Se puede afirmar que la jurisprudencia, ha sido coincidente en negar a los padres biológicos el pedido de restitución de sus hijos que fueron entregados en guarda preadoptiva a otra familia, basando su decisión en el interés superior del niño, tratando

de evitar futuros traumas al menor. Una solución a esta controversia, es implementar canales de comunicación fluidos, entre el niño y su familia biológica, preservando su identidad y los vínculos familiares de sangre.

A fin de garantizar los derechos de la Convención, el Estado debe generar nuevas políticas públicas con el objeto de ayudar a los progenitores, proporcionándoles asistencia para que éstos puedan criar a sus hijos, evitando que las causas económicas sean motivo de desprendimiento. Es indispensable que el Estado a través de sus operadores, realicen un programa serio de inclusión, que les permita a los padres cumplir con las necesidades básicas, especialmente nutrición, vestuario y vivienda. Además, se requiere la implementación de un programa de apoyo y asistencia, a fin de brindarle asesoramiento y ponerlos en conocimiento acerca de las consecuencias que trae aparejada la decisión de dar a su hijo en adopción.

Bibliografía

Doctrina:

ALESI, Martín, (2011), “El derecho de defensa de la madre que elige a los adoptantes de su hijo. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, Abelardo Perrot.

BELLUSCIO, Augusto César, (2010), “Manual de Derecho de Familia”, Buenos Aires, Abelardo Perrot.

BELLUSCIO, Carlos, (2007), “El derecho de los niños a ser oídos por el juez. Soluciones para protección de menores”.

BORDA, Guillermo, (1962), “Tratado de Derecho Civil Argentino: derecho de familia”, Buenos Aires, Abelardo Perrot.

BORDA, Guillermo, (1993), “Manual de derecho de familia”, Buenos Aires, Abelardo Perrot.

BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo, (2005), “Manual de derecho de familia”, Buenos Aires, Astrea.

CARRANZA, Jorge Luis, (2006), “Tema de derecho prevencional de menores”, Córdoba, Alveroni Ediciones.

D’ANTONIO, Daniel Hugo, (1997) “Régimen legal de la adopción”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores.

DI LELLA, Pedro, (1997), “Vigencia de la delegación notarial de la guarda”, Revista del Notariado, N° 849.

FERRER, Francisco, (1991), “Enciclopedia de Derechos de familia”, Buenos Aires, Universidad.

FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina, (2004), “Guarda de menores”, Córdoba, La Ley.

FONZOLATO, Eduardo Ignacio, (1998), “La filiación adoptiva”, Córdoba, Advocatus.

GUSTAVINO, Elías, (1962), “Derecho de familia patrimonial. Bien de familia”, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores.

IGNACIO, Graciela Cristina, (2011), “Ley de adopción comentada”, La Ley Online.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo, (1981), “Derechos de familia”, Buenos Aires, Abelardo Perrot.

MEDINA, Graciela – FERNANDEZ, Héctor Daniel, (2002), “Guarda del menor”, Revista de Derecho Procesal: derecho procesal de familia.

MEDINA, Graciela – FERNANDEZ, Héctor Daniel, (2002), “Proceso de adopción”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores.

MEDINA, Graciela – FLORES MEDINA, Pablo, (2005), “Las guardas de hecho. Correlación entre el artículo 318 del Código Civil y el artículo 40 del decreto 383/2005”, La Ley.

MEDINA, Graciela, (1990), “Guarda de hecho y adopción”, Revista de Derecho Procesal.

MEDINA, Graciela, (1996), “La adopción” Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores.

MEDINA, Graciela, (2009), “Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor”, Revista de derecho de familia y de las personas, Buenos Aires.

MENENDEZ COSTA, Ma. Josefa – D’ANTONIO, Daniel Hugo, (2001), “Derecho de familia”, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores.

MENENDEZ COSTA, Ma. Josefa – FERRER, Francisco - D’ANTONIO, Daniel Hugo, (2009), “Derecho de familia”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.

PISANO MOTTA, María Antonieta, (2001) “Mujeres abandonadas: a entrega de um filho em adoção”, San Pablo, Cortez.

PITRAU, Osvaldo, (1990), “La guarda de menores”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abelardo Perrot.

SOLARI, Néstor, (2007), “Las causas de separación del niño de su familia biológica”, Córdoba, La Ley.

ZANNONI, Eduardo, (1998), “Derecho de familia”, Buenos Aires, Astrea.

Jurisprudencia:

T.S.J Pcia. de Buenos aires “C. .E. y otro A. O. M. y otro”. (2.002).

C.S.J.N., “G. H. J. y otra”. (2.008). La ley.

Cám. 1° CCMYT, Catamarca, Sep. 18 1998, LL 1999-135).

Cám. de Apel. de Esquel (Chubut), “V., F.M. s/ adopción simple” (Expte. N° 103/03 CANO SDC N° 34/03) 15/12/2.004.

Cám. Apel. Civ. y Com. de Mercedes (Bs. As.), “B.,I. y C.,M.C. s/ adopción” 01/11/2.007.

C.S.J.N., “E., J.A. s/ adopción plena” 23/12/02.

Cám. Apel. Civ. Com., Contenc. Adm.y de Flia. De Villa María (Cba.), “R., N.A, s/guarda” 22/06/2.006.

C.S.J.N., “S., C. s/adopción” Fallo: 328:2870, 16/08/2.006.

T.S.J. De Río Negro, “Rocha, Karina y Delgado, Omar s/ restitución de menor s/ casación”, (Expte. N° 23585/09-STJ) S120.

C.S.J.N., “S.,C. s/adopción” 02/08/2.005. La Ley 2.006-B, 348.

Juzg. Civ.,Com., de Concil., Flia, Inst., Menores y Faltas de Morteros, “B., L. B. s/guarda”, 12/12/2.002, LLC 2.003 (Mayo)-503.

C.S.J.N., “A., F. s/ protección de persona” A. 418 XLI 13/03/2.007.

Cám. 1° de Flia de Cba., “O.,L.E. s/adopción simple” Febrero 5-999.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

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

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Baiguera Müller, Camila
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32.973.343
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“El otorgamiento de la guarda preadoptiva en el proceso de adopción”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	cbaigueramuller@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

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

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

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

Lugar y fecha: Río Cuarto, 13 de agosto de 2014.

Firma

Aclaración

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

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

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