



Trabajo Final de Grado

LA ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

**Una mirada desde el interés superior del Niño, Niña y
Adolescente.**

CARRERA: Abogacía

NOMBRE DEL ALUMNO: Felipe Javier, MONTOYA

DNI: 38.105.318

AÑO: 2019

LEGAJO: AB606832

RESUMEN

El objetivo principal del trabajo, será el estudio de las posibilidades que tienen las familias de acogimiento y las familias guardadoras de hecho, de ser tenidas en cuenta como pretendientes adoptantes de los menores bajo su cuidado. La función que cumplen estas familias, es el cuidado temporal de un niño, niña y/o adolescente, cuando los mismos no pueden ser cuidados por sus familias biológicas. La finalidad es que los menores vuelvan con su familia, cuando se visualizan impedimentos para el retorno con su familia de origen, se los tienen que declarar en situación de adoptabilidad. Las familias acogedoras o las guardadoras de hecho no tienen la posibilidad de ser sus pretendientes adoptantes según lo establece el CCCN, indicando que para poder adoptar, es necesario estar inscriptos en el Registro Único de Adoptantes. Es un impedimento estar inscripto en el mismo para ser familia de acogimiento. Si tomamos como referencia el interés superior del NNyA, el mismo de protección constitucional, se puede dar la posibilidad de que los menores puedan permanecer con las familias cuidadoras. En la jurisprudencia, encontramos variadas posturas con diferentes resoluciones según la cuestión fáctica concreta planteada en cada caso. Se indagará entonces, el sentido de esta prohibición a partir el interés superior del menor y se llegara a la conclusión que al otorgarles la posibilidad de guarda con fines de adopción a las familias acogedoras y las guardadoras de hecho, redundara indefectiblemente en beneficioso para el desarrollo integral del niño.

Palabras claves: familia de acogimiento, guarda de hecho, menor, adopción, interés superior.

ABSTRACT

The main objective of the work, will be the study of the possibility that foster families and de facto foster families have, if taken into account as pretenses adopters of the minors under their care. The function that these families fulfill is the temporary care of a child and / or adolescent, when they can not be cared for by their biological families. The purpose is that the children return with their family, when they see impediments to return to their family of origin, they have to declare them in a situation of adoptability. The welcoming families or the factual guardians do not have the possibility of being their adoptive pretenses according to the CCCN establishes, indicating that to be able to adopt, it is necessary to be enrolled in the Unique Register of Adoptives. It is an impediment to be enrolled in the same for foster families, but if we focus on the best interest of the NNyA, the same of constitutional protection, it can be given the possibility that the minors can stay with the families who care for them. In jurisprudence, we find varied positions with different resolutions according to the specific factual question posed in each case. It will be investigated, then, the meaning of this prohibition based on the best interests of the child and reach the conclusion of itself by granting them the possibility of guardianship for the purpose of adoption to the foster families and the caretakers in fact is beneficial for the best interests of the child.

Keywords: foster family, guardianship, minor, adoption, best interest.

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I: La familia	9
Introducción	9
1.1 Derecho de familia	9
1.2 Concepto jurídico de Familia.	12
1.3 Antecedentes Históricos.	14
1.4 La crisis de la familia actual.....	16
1.5 Estado de familia.....	18
1.6 La protección constitucional a la familia.....	20
1.7 Conclusión parcial	22
Capítulo II: Principios, Derechos y Garantías.	24
Introducción	24
2.1. Derechos del Niño, Niña y Adolescente.	24
.2. Responsabilidad parental.....	27
2.3 Derechos y Deberes de los progenitores.	29
2.4 Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	31
2.4.1 Medidas de protección integral de derechos.	32
2.4.2 Medidas Excepcionales.	34
2.5 Conclusión Parcial	36
Capítulo III: Guarda de hecho y familia de acogimiento	38
Introducción	38
3.1 Adopción	38
3.1.1 Sujetos en la adopción	41
3.1.2 Clases de adopción.....	43
3.2 Concepto de familia de acogimiento.	46
3.3 Guarda de hecho.....	48
a. Impedimentos legales.....	50
b. Registro Único de Aspirantes a La Adopción.	52
3.4 Conclusión Parcial	53
Capítulo IV: Jurisprudencia.	55
Introducción	55
4.1 Postura a favor de la adopción.	56
a. Primer caso	56
b. Segundo caso	58

c. Tercer caso	60
4.2 Postura en Contra de la adopción.....	62
4.3 Conclusión parcial	64
Capítulo V: Conclusión Final.....	67

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende abordar las falencias que surgen en la aplicación de la normativa civil actual a la hora de definir la situación de los menores que se encuentran en situación de vulnerabilidad en su ámbito intrafamiliar, pudiéndose declarar en situación de adoptabilidad.

El objetivo principal será el abordaje de la problemática en torno a la imposibilidad de adoptar de una familia de acogimiento o guardadores de hecho a un niño, niña y/o adolescente que estuvo bajo su cuidado. Como se sabe, estas instituciones, la familia de acogimiento y la guarda de hecho, tienen impedimento legal para adoptar a un menor que ha convivido durante un periodo de tiempo o se les ha entregado para su custodia. El menor al convivir con la familia de acogimiento o guardadora de hecho, comienza a generar indefectiblemente un lazo afectivo y de dependencia, no pudiendo las mismas acceder a la posibilidad de adopción de acuerdo a las normas vigentes.

Como se verá en el trabajo, se diferenciarán las familias de acogimiento de las guardas de hecho. Las primeras, es una familia que acoge por un periodo de tiempo a un menor y uno de los requisitos para poder acoger a un NNA es firmar un convenio en el cual se renuncia a la posibilidad de acceder a la guarda con fines de adopción. Las guardadoras de hecho, en cambio, se dan a partir de la entrega directa de un menor, sin la intervención de un órgano estatal. Ambas situaciones no pueden registrarse en el Registro Único de Aspirantes de Adopción, requisito indispensable para adoptar posteriormente al menor.

De acuerdo a esto se preguntara, basándonos en el interés superior del NNA, ¿pueden ser tenidos en cuenta como pretendos adoptantes del menor bajo su cuidados a las familias de acogimiento o guardadoras de hecho?

Como hipótesis de trabajo se considera que: El interés superior del niño debe primar por sobre las consideraciones que ha hecho la ley civil, otorgando la guarda con fines de adopción a familias de acogimiento o guardadores de hecho, cuando el interés superior de los NNA así lo requiera.

Como forma de introducirse más en la problemática, ante lo señalado, se puede actuar de dos maneras, en primer lugar en las familias de acogimiento, respetando el convenio que se firmó con la autoridad administrativa encargada del NNA, dando prioridad a las familias que están esperando de hace tiempo debidamente inscritas en el Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (R.U.A.G.A.) como lo establece el artículo 613 y 634 de nuestro CCCN.

Como una segunda postura, se toma como referencia la Convención de los Derechos Del Niño, la cual tiene jerarquía Constitucional por medio del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional. Mediante esta, se pretende defender el interés superior del NNA, declarando inconstitucional a todos aquellos artículos que atenten contra los niños y poder otorgar la Guarda con Fines de Adopción a aquellas familias con la cual se generó un vínculo afectivo.

Lo importante de pensar en esta problemática es tratar de demostrar que existen estos desajustes en el sistema jurídico argentino y que se podrían estar vulnerando derechos. Se considera que en innumerables resoluciones judiciales, se respetan las normas en relación a los niños, sin importar las consecuencias negativas que pueden generar en ellos, perdiendo la esencia para la cual fueron creadas: proteger a los niños y evitar que se generen traumas en su desarrollo emocional.

Ahora bien, en este trabajo se plantearán dos tipos de objetivos: generales y específicos. En relación al primero, se tratará de analizar legislación, doctrina y jurisprudencia que apoye la idea de que las familias acogedoras o guardadores de hecho, tengan la oportunidad que se le otorgue la guarda con fines de adopción, cuando se genere un vínculo afectivo, que impacte en un estado de bienestar para el niño. Por otro lado, en referencia a los objetivos específicos, se dará respuesta a esta problemática sustentándose en la ley 26.061 (ley de protección de los derechos del niño), como así también en los artículos del CCCN y sobre fallos en los que se presentan ambas posturas y doctrinas que abordan la temática planteada.

El trabajo se dividirá en cuatro capítulos con sus respectivos análisis, que se irán desarrollando de lo general a lo particular, arribando a una conclusión final.

En el primer capítulo, se trabajará sobre el concepto de familia, y las disfunciones de estas, que provocan la toma de medidas excepcionales, para la protección del NNA.

En el capítulo segundo se abordarán los principios, derechos y garantías con los que gozan los NNA.

En el tercer capítulo, se analizará el concepto de guarda de hecho y familia de acogimiento, como un recurso posible frente a situaciones de vulnerabilidad, como así también lo referido a la guarda con fines de adopción.

En el capítulo cuarto, se hará un recorrido de la jurisprudencia en torno a la temática, presentando cuatro casos a fin de ejemplificar lo planteado.

Por último, la conclusión final.

En relación al marco metodológico, se trabajara con una dinámica investigativa, la que puede ser definida como “el proceso de llegar a soluciones fiables para los problemas planteados a través de la obtención, análisis e interpretación planificadas y sistemáticas de los datos” (Munarriz, 1990, p.102).

El tipo de investigación *jurídico* el cual su principal objeto es el estudio del derecho utilizando un método Jurídico-Descriptivo. Con lo anteriormente expuesto, se tratará de llegar a una conclusión en la que se sostenga la idea de si corresponde otorgar a una familia de acogimiento o a una guardadora de hecho, la adopción, en defensa del interés superior del niño, cuando se genera un vínculo afectivo entre ellos.

En la Argentina existen una gran cantidad de antecedentes jurisprudenciales con respecto a esta temática, presentando dos posturas diferentes, una otorgando la posibilidad de adoptar y otra impidiéndola.

La estrategia metodológica será la *cualitativa*, la cual es definida por Pérez Serrano "la investigación cualitativa se considera como un proceso activo, sistemático y rigurosos de indagación dirigida en el cual se toman decisiones sobre lo investigable en tanto esta en el campo de estudio" (1994: 465)

Los principales materiales con los que se llevará adelante el trabajo son: el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.061, Constitución Nacional y tres fallos nacionales en los cuales se marcan las dos posturas planteadas.

Capítulo I: La familia

Introducción

El objetivo del presente capítulo será presentar un análisis general de lo que es la familia y su importancia en el sistema jurídico argentino actual. Se comenzará la unidad abordando qué es el derecho de familia y su concepto jurídico, a partir de las definiciones de autores.

Se creyó importante analizar los antecedentes históricos, para conocer cómo la familia primitiva fue evolucionando hasta la actualidad, y esto lleva al próximo punto en donde se estudiará la crisis de la familia actual.

Por último, se mostrará qué es el estado de familia y se concluirá la unidad con la protección Constitucional de la familia, cómo los legisladores protegen esta institución por medio de nuestra Constitución Nacional.

1.1 Derecho de familia

En primer lugar, se describirá el derecho de familia. Este punto es de gran importancia ya que es el eje central de lo que se analizará a lo largo del trabajo.

Borda lo describe como *“El derecho de familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tiene en cuenta otras relaciones de parentesco.”* (Borda, 2018, p. 1)

Borda (2018) ubica el derecho de familia dentro del derecho privado, siendo más específico del civil. Considera que esto trae discusión doctrinaria con diferentes autores, ya que hay parte de ellos que lo ubican en el derecho público o como rama independiente de ambos. También, habla de los caracteres propios que tiene el derecho de familia.

En primer lugar, se puede decir que ninguna otra rama del derecho está tan directamente influida como ésta por ideas morales y religiosas. En segundo lugar, los llamados derechos de familia son, por lo general, complejos de derechos y deberes. Ejemplo típico, lo concerniente a la responsabilidad parental (Borda, 2018).

En tercer lugar, el referido autor comenta que, a diferencia del resto del derecho privado, el rol de la voluntad en el derecho de familia es mucho más restringido, ya que la mayoría de sus normas tienen un carácter imperativo. Por tal motivo, que a la hora de imponer los derechos y deberes de las personas, estos son independientes a sus deseos. A veces, la voluntad de las personas solo se tienen en cuenta para expresar consentimiento y con ello se constituya determinada relación jurídica, pero sus efectos y consecuencias ya están descriptos imperativamente por la ley, sería el caso del matrimonio, la adopción y el reconocimiento de la filiación. Borda retoma el artículo 1644 del CCCN, en donde plantea que los derechos de familia, por regla general, no pueden renunciarse, ni se puede enajenar o transmitir, ni puede transarse sobre ellos, la salvedad a esto son los derechos patrimoniales, derivados de aquellos o de otros que el Código admite pactar. Como síntesis el autor dice que el principio general del derecho de familia es que no puede ser objeto de convenciones que tiendan a alterarlo, modificarlo o transmitirlo. Sin embargo, hay excepciones como es el caso de las transacciones en materia de validez del matrimonio, sólo se admiten en caso de que favorezcan el mantenimiento del vínculo (Borda, 2018).

En cuarto lugar, el estado de familia y, por tanto, los derechos que de él derivan son imprescriptibles. Sin embargo, tal como dice Borda (2018) la ley establece en ciertos casos plazos de caducidad para las acciones de nulidad de matrimonio y de impugnación de la legitimidad de la filiación. A diferencia de la prescripción, que está encaminada a la extinción de los derechos por vía de paralización de las acciones que los amparan, la caducidad tiende a dar seguridad y permanencia al vínculo matrimonial o a la legitimidad del hijo.

En quinto lugar, a diferencia de los derechos patrimoniales que se asientan sobre una base de igualdad entre las partes, los derechos de familia son la contra cara, ya que hay una relación de superioridad y relativa dependencia. Se puede encontrar una excepción a la regla, es el caso de los conyugues, que en el derecho moderno se proyectan sobre una base de igualdad (Borda, 2018).

Por ultimo Borda habla del contenido de este derecho e indica textualmente:

“El derecho de familia abarca las relaciones extrapatrimoniales y patrimoniales nacidas del matrimonio, regula su nulidad, legisla sobre divorcio, sus efectos; abarca también las relaciones de filiación y regula los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental, la tutela y la curatela; finalmente, regula también algunos derechos del parentesco, tales como los alimentos, derechos de visitas, etcétera.” (Borda, 2018, p. 3).

Para ampliar más el concepto se considera que es necesario citar a diferentes autores, al decir de Bossert y Zannoni “*El derecho de familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones jurídicas familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el derecho civil*” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 9).

Tal como indican, en el país el CCCN regula el derecho de familia vigente, al igual que varias leyes complementarias. Por esta razón que si el derecho de familia forma parte del derecho civil, no es posible que pensemos que pertenece al derecho público, dado que las relaciones familiares son entre las personas, derivadas de su vínculo conyugal de su parentesco, y no de estos sujetos con el Estado como sujetos de derecho público. (Bossert y Zannoni, 2016).

Así los autores anuncian:

En el derecho de familia, el orden público denomina –como dijimos- numerosas disposiciones: así las que regulan las relaciones personales entre los conyuges, las relaciones paterno-filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la clasificación de los bienes de los conyuges. Etcétera. (Bossert y Zannoni, 2016, p. 9).

En esta parte lo que se mostró es el concepto de derecho de familia según el pensamiento de los autores Borda, por un lado, y Bossert y Zannoni, por el otro. Es de vital importancia tener en claro estos conceptos ya que ellos le dan la base al trabajo. Como primera medida habrá que tener en claro que el derecho de familia pertenece al derecho privado, ya que regula relaciones entre las personas y no entre las personas y el estado, por lo tanto no forma parte del derecho público. El derecho de familia se encuentra regulado en el CCCN y en leyes complementarias.

Se puede observar cómo Borda muestra cinco caracteres propios del derecho de familia: el primero habla de que el derecho de familia está influido por ideas morales y religiosas, el segundo que los llamados derechos de familia son, por lo general, complejos de derechos y deberes; el tercer carácter que el derecho de familia se diferencia del resto del derecho privado por que la voluntad no es tenida en cuenta ya que sus normas tiene un carácter imperativo; en cuarto lugar el estado de familia y, por tanto, los derechos que de él derivan son imprescriptibles; como quinto y último carácter, en el derecho de familia hay una relación de superioridad y relativa dependencia, con excepción de los conyuges, que en el derecho moderno se plantean sobre una base de igualdad.

1.2 Concepto jurídico de Familia.

En este punto se tratará de llegar a un concepto jurídico de familia realizando un análisis de diferentes autores y analizando la ley civil. Ello, ya que es de suma importancia tener en claro qué es la familia porque es de donde todo comienza.

Tal como sostiene el autor,

En un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo el mismo techo. En un sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad. (Borda, 2018, p. 10).

Borda al hablar de familia la analiza según la actualidad y dice que se forma sobre la estructura de la pareja, puede ser la misma heterosexual u homosexual, conviviente o no conviviente. Borda comparte el punto de vista de Corral Talciani diciendo que, en cuanto al oscurecimiento de los perfiles de la familia como realidad comunitaria amenaza con convertir la legislación familiar en algo sin objeto, pues de donde todo puede ser familia, en realidad no lo es. (Borda, 2018).

Por otro lado, Borda plantea:

Para designarlas se ha elegido la palabra institución, de acepción indudablemente multívoca, pero que expresa bastante bien la idea de que esas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y aun de la propia ley, que no puede desconocerlas sin grave violación del derecho natural (Borda, 2018, p. 10).

También, se puede decir que por institución debe entenderse "*una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas actividades individuales compenetradas de una idea directora se encuentran sometidas, para la realización de ésta, a una autoridad y regla sociales*" (Borda, 2018, p. 10).

En conclusión, "*la familia es, por tanto, una institución típica, y sin duda la más importante de todas. Hemos de ver la profunda influencia que este punto de partida tiene en su regulación jurídica.*" (Borda, 2018, p. 10).

Bossert y Zannoni, en cambio, van a definir a la familia desde dos perspectivas, una sociológica y la otra jurídica. Con relación a la primera estos autores sostienen, "*desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por*

personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.” (Bossert y Zannoni, 2016, p. 5).

Por otra parte y lo más importante en este punto es la definición de familia desde la parte jurídica *“En un sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos por un vínculo jurídico familiares que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”*. (Bossert y Zannoni, 2016, p. 6).

Es decir, en primer lugar, y sin perjuicio de los efectos previstos respecto de la unión convivencial (art. 509 y ss. Cód. Civil y Comercial) es necesario aludir a los vínculos que derivan del matrimonio y no de la mera unión sexual no institucional: además, en la filiación quedan comprendidas la biológica, o por naturaleza (incluso la que, fundada en la voluntad procreacional, proviene de la fertilización asistida de uno de los conyugues), y la adoptiva.

Borda en esta parte, nos da una definición de lo que es la familia, desde la idea que siempre se tuvo: papá, mamá e hijos. Pero no deja de lado la realidad que hoy se está viviendo donde la familia sufre modificaciones. Además, se considera familia también a aquella que se forma sobre la estructura de la pareja, ya no tiene que ser hombre y mujer, se puede denominar familia a dos personas que tengan el mismo sexo.

Es importante como Borda tuvo presente, para definir el concepto de familia, que el concepto de la misma fue mutando con el correr del tiempo, por nuestra parte adherimos a su postura y entendemos clave reparar en que la familia es un fenómeno que va mutando y siguiendo la cultura de la época.

Por otro lado, los autores Bossert y Zannoni muestran dos caras de la definición de familia, por una parte la sociológica que es una versión antigua en donde la institución familiar es formada por una unión intersexual, hombre y mujer. Por otra parte, definen a la familia desde una perspectiva jurídica diciendo que la misma tiene origen en el matrimonio, puede ser de distintos o de igual sexo ya que lo perite nuestro sistema jurídico, en la filiación y en el parentesco.

1.3 Antecedentes Históricos.

A continuación se realizará un análisis histórico de cómo fue evolucionando la familia. Con el pasar del tiempo, la familia primitiva fue mutando y es por eso que es importante este punto, para saber cómo estamos parados con relación a la familia en la actualidad.

Borda realiza un análisis histórico de la familia, como comienza esta institución y como es en la actualidad.

“Si bien los orígenes de la especie humana, y consiguientemente su organización primitiva, se mantienen en una nebulosa que no ha podido develarse, es indudable que en todo tiempo la familia ha sido el núcleo social primario. El amor y la procreación, viejos como la vida, vinculan a las personas con lazos más o menos fuertes —según las circunstancias económicas o sociales y las creencias religiosas—, pero siempre poderosos” (Borda, 2018, p.4)

Dejando de lado los tiempos remotos, sobre los cuales no es posible otra cosa que tejer hipótesis más o menos verosímiles pero carentes de certeza histórica, y yendo, por tanto, a lo que nos es conocido, se pueden señalar tres grandes etapas o fases en la organización familiar: el clan, la gran familia y la pequeña familia. A los efectos de este trabajo, es interesante, en primer lugar, analizar la "gran familia", la que nace como consecuencia del aumento de la población, del progreso de la cultura, de la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra. Todo esto hace que irrumpa el Estado, que asume el poder político, y llega entonces la fase de mayor esplendor de la familia.

Siguiendo los aportes de Borda, fueron muchos los factores que fueron resquebrajando la solidez del sistema. Por un lado, se encuentra el aumento de las riquezas y continúa el aumento de las necesidades, mayor complejidad en las relaciones económicas, con su inevitable especialización, crece de gran manera el intercambio comercial y la industria familiar disminuye. Con el pasar del tiempo, la industria familiar fue perdiendo de a poco sus funciones económicas, pasan primero a los mercaderes, luego a las corporaciones, y por último a las grandes organizaciones capitalistas y al propio Estado. (Borda, 2018).

El *pater familiae* que ejercía su poder con rudeza se hizo inaguantable. La mujer después de un largo proceso con avances y retrocesos, logro salir de la sujeción del hombre y se le reconoció la igualdad jurídica que en la actualidad se le reconoce. Por medio de la influencia del cristianismo se alteró profundamente el concepto de patria potestad (denominado

por el nuevo código responsabilidad parental), que impone más deberes que derechos. Al final, aparece la llamada “pequeña familia”, ya no es la familia una unidad política o económica, ahora solo se limita a una función biológica y espiritual. Como Borda dice la familia se reduce al pequeño círculo de padres e hijos, es el centro de procreación, donde se forma moralmente a los niños, de solidaridad y asistencia recíproca (Borda, 2018).

Como se dijo anteriormente, Borda (2008) analiza la familia en la actualidad, que tipos se encuentran en nuestra sociedad. En la concepción tradicional, la familia se formaba y unía sobre la base de la unión matrimonial. En la actualidad, la constitución de la familia como fuente en el matrimonio ha quedado bastante desdibujada, de hecho se sostiene que existen diversos tipos de familias por fuera de la familia matrimonial, algo que hasta hace unos pocos años era impensado. Así se habla de:

- a) Familia matrimonial o tradicional: la integran los cónyuges y sus hijos
- b) Familia extra matrimonial o unión libre o unión convivencial: la integran los convivientes y sus hijos.
- c) Familia ensamblada: se forma cuando un viudo/viuda, soltero/soltera o divorciado/divorciada contrae nuevas nupcias, se creándose un nuevo vínculo de parentesco por afinidad entre éstos con los hijos que son fruto de la unión anterior.
- d) Familia monoparental o familia lineal o incompleta: un solo padre es responsable por su hijo, se da por diferentes causas, fallecimiento de un cónyuge, adopción de un solo adoptante o por causa de la soltería de los padres y el vínculo se establece solo entre el padre o la madre con el hijo y no entre ambos.
- e) Familia anaparental o familia de amigos: Esta se conforma cuando un grupo de personas no tienen parentesco o tienen parentesco colateral, llevan a cabo relaciones de contenido familiar.
- f) Familia homoafectiva u homosexual: se da entre personas de un mismo sexo. (Borda, 2018)

En este punto se mostró la evolución histórica según Borda, la misma cuenta como comienza la institución de la familia, habiendo una sola “gran familia” que estaban sometidas a la autoridad de un jefe común. Con relación a lo positivo de esta evolución es el hecho de que se haya eliminado la figura de autoridad da independencia en las decisiones, a los demás miembros de la familia. Como aspectos negativos, se entiende que ya no hay una unidad como había en la familia primitiva. Por otra parte, como esto fue cambiando hasta llegar a la

actualidad en donde se encuentran diferentes tipos de familias, enumeradas con anterioridad por el autor.

1.4 La crisis de la familia actual

En esta parte se abordará la crisis de la familia según el pensamiento de diferentes autores. Es importante tener en claro que la crisis que hoy están atravesando las familias es la causa por la que niños son separados de sus familias.

En referencia a esto, Borda hace dos tipos de análisis en su libro con relación a la crisis que está atravesando la familia. Como primera medida explica la crisis a nivel global diciendo:

“Asistimos a una honda crisis de la familia. El quebrantamiento de la disciplina familiar, la relajación de las costumbres, el aumento de los divorcios, las uniones de personas en aparente matrimonio, la despreocupación por los hijos, señalan los aspectos fundamentales de este fenómeno de repercusión mundial”. (Borda, 2018, p. 7)

De acuerdo a esto, se encuentran muchas causas que han desencadenado la crisis en la familia, la más significativa es la causa económica. No hace muchos años la economía familiar era generada por los ingresos que el padre traía, mientras la mujer era la encargada de cuidar el hogar. En la actualidad, se visualiza que ya no solo es el padre el que aporta, también la madre y en algunos casos los hijos. Como consecuencia de esto, la vida en familia empieza a desaparecer. (Borda, 2018)

Otra causa de la crisis en la familia son los factores espirituales y políticos. Al decir de Borda, hay una indudable declinación de las convicciones éticas y religiosas, no existe ya la tolerancia, que era fundamental para una buena convivencia. Se pueden encontrar una disminución de uniones matrimoniales. La mujer logra una inserción en el mundo laboral y como consecuencia de esto se desentiende de las tareas domésticas. La disciplina de la familia sufrió un crudo quebranto y los divorcios aumentan. (Borda, 2018)

Además, en muchos países el intervencionismo estatal ha sido un factor desquiciante. Tal como relata el autor:

Este estado de cosas no sólo ha preocupado a sociólogos y moralistas, sino también a los legisladores. Son cada día más numerosas las leyes que se ocupan de la familia y procuran defenderla y fortalecerla. La protección de la familia legítima, el salario familiar, la creación del bien del hogar, el amparo de la maternidad, las leyes de previsión, de violencia

familiar, las que reprimen el abandono de la familia, están encaminadas hacia ese fin.”.

(Borda, 2018, p. 7)

En referencia a lo anteriormente descripto, la familia ya no toma el hogar como el centro de reunión. Así, el autor comenta cómo ya no se acostumbra más la larga mesa familiar, mesa siempre lista para invitar a los amigos, en lugar de eso se la reemplazó por comidas en restaurantes, bailes en discotecas, entre otras cosas.

Nuestro país no se mantuvo al margen del fenómeno mundial de la globalización, es por esto que por medio de la prensa, el cine e internet los países que tienen en sus manos los medios de difusión, penetran su cultura y su estilo de vida en todo el mundo. (Borda, 2018)

Indica el autor, “*Si bien la crisis de la familia argentina se hace más evidente en las grandes ciudades, en nuestros días se ha extendido a las pequeñas ciudades sin hacer distinción de clases sociales.*” (Borda, 2018, p. 10).

Por otro lado, se retoman los aportes del autor Ferrer que hablan de la crisis de la familia, quien dice textualmente:

“La palabra crisis viene del griego, y fueron los médicos quienes posibilitaron la extensión de su significado, pues Hipócrates refiriéndose a las enfermedades dice que "una crisis es una exacerbación, un debilitamiento, una mutación en otra dolencia, o el fin". Y el diccionario de la Real Academia define a la crisis como una mutación considerable de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo”. (Ferrer, 2015, p. 26)

En esta parte se pudo observar, la explicación de dos autores con relación a la crisis de la familia, Borda hizo un análisis general y otro a nivel nacional, de la familia Argentina. Por otro lado, Ferrer realiza un análisis acerca de dónde viene la palabra crisis.

De este apartado, se puede concluir que siendo que ya se ha perdido la unidad familiar que había en la antigüedad, y que en la actualidad los integrantes de las familias pasean poco tiempo juntos, genera el mismo sistema que lleva a la desunión de la familia. A su vez, los problemas económicos obliga a los padres tengan que trabajar más horas para poder llevar comida a la casa y como consecuencia de esto pasar menos tiempo con sus hijos. Todo ello es importante para entender el contexto actual en el que la familia argentina se desarrolla.

1.5 Estado de familia

A continuación, se analizará que es el estado de familia según la mirada de diferentes autores tales como Borda, Ferrer, Bossert y Zannoni.

Borda al hablar de estado de familia dice *“El estado es la posición jurídica que las personas ocupan en la sociedad; esa posición les es dada por el conjunto de calidades que configuran su capacidad y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos”* (Borda, 2018, p. 16).

Borda al retomar el concepto de familia la divide en tres partes: a) con relación a las personas consideradas en sí mismas, hombre o mujer, mayor o menor de edad, sano o demente, entre otros; b) la persona con relación a la familia, cual es el lugar que ocupa dentro de la propia, puede ser soltero, casado, padre, hijo, etc; c) la persona con relación a la sociedad, pudiendo la misma ser nacional o extranjero. Los tres puntos descriptos con anterioridad, en su conjunto, forman el estado de una persona. (Borda, 2018).

Específicamente en el tema que concierne, se analizará más específicamente la opinión de Borda sobre el estado de familia en particular, dice:

“Ahora bien: el estado de familia, o sea la posición que una persona ocupa dentro de aquélla, reviste una particular trascendencia. Los más importantes y complejos problemas jurídicos se plantean respecto de él; y a tal punto es notable esta circunstancia que algunos autores sostienen que la noción de estado debe limitarse al de familia. Por nuestra parte disentimos con esta opinión, pues si se acepta que el estado está dado por el conjunto de calidades que fijan los derechos y deberes de una persona, no es posible limitar arbitrariamente el concepto a las relaciones de familia, ya que también las calidades propias de la persona considerada en sí misma y las que se vinculan a la sociedad influyen en los derechos y deberes de los individuos. Pero de todas maneras, aquella opinión es ilustrativa de la resonancia que en esta materia tienen las cuestiones de estado”. (Borda, 2018, p.16).

Por otro lado, el autor Borda en su libro comenta los caracteres que posee el estado de familia, diciendo que *“El estado de familia tiene, como es natural, igual naturaleza que el estado en general. Media en todo lo relativo a él un interés público muy directo, puesto que se trata nada menos que del régimen jurídico de la familia”* (Borda, 2018, p. 16).

De ahí derivan los siguientes caracteres:

- a) Es inalienable: el estado de una persona no puede comerciarse, negociarse, no está sujeto a transacciones, tampoco renunciarse. Existen casos en que el estado se puede modificar por la voluntad de la persona, es el caso del matrimonio.
- b) Es imprescriptible: el tiempo no lo afecta.
Estos principios, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad no son reglas rígidas, los mismos tienen excepciones. (Borda, 2018).

Se cree que es importante para ampliar lo dicho por Borda citar a otros autores. Al decir de Francisco A. M. Ferrer el estado de familia es *“El estado de familia se define como la posición jurídica que una persona ocupa en el grupo familiar, en virtud de la cual la ley le atribuye derechos y deberes, prerrogativas e incapacidades”*. (Ferrer, 2015, p. 52).

Dice textualmente: *“El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas que la persona tiene con todos los otros miembros de la familia, comprendiendo el vínculo conyugal y el vínculo parental, que puede ser consanguíneo, por afinidad y adoptivo.”* (Ferrer, 2015, p. 52).

Otros autores como Bossert y Zannoni (2016) hablan al igual que Borda de los caracteres del estado de familia, según ellos estos son:

- a) Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares
- b) Unidad: El estado de familia de una persona comprende la totalidad de los vínculos jurídicos que lo ligan con otras, sin diferenciarse o calificarse en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.
- c) Indivisibilidad: Las personas ostentan el mismo estado de familia erga omnes, es decir, frente a todos.
- d) Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto erga omnes, y permite que la actuación en sede judicial para hacerlo valer, así como para ejercer los derechos que de él derivan, ante quien pretendiera desconocerlos.
- e) Estabilidad o permanencia: La estabilidad del estado de familia no significa que sea inmutable, pues puede cesar.
- f) Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en un objeto de negocio. El estado de familia no puede ser contractualmente modificado, ni alterado, ni cedido por su titular, ni ser transmitido por voluntad de este a terceros. Tampoco es renunciable.

- g) Imprescriptibilidad: El estado de familia no es prescriptible, de manera que el transcurso del tiempo no altera dicho estado ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento. (Bossert y Zannoni, 2016)

Con la opinión de estos autores, se dejó en claro lo que se entiende por el estado de familia y sus caracteres. Borda da un concepto de lo que es dicho estado y algunos de sus caracteres, luego son ampliados por Bossert y Zannoni. Para tener más en claro el concepto se creyó necesario agregar un autor más, que en esta oportunidad fue Ferrer.

Llegando al final del punto se vió cómo los autores citados desarrollan cada uno lo que consideran por estado de familia. Borda dice que este estado es la posición que ocupa una persona en la sociedad, por su parte Ferrer, el estado de familia es la posición que ocupa la persona en su grupo familiar. Bossert y Zannoni enumeran y explican los caracteres del estado de familia, estos son: universalidad, unidad, indivisibilidad, oponibilidad, estabilidad o permanencia, inalienabilidad e imprescriptibilidad, estos dos últimos citados por Borda también.

Por medio de lo expuesto, se entiende que al referirse al estado de familia estamos haciendo referencia a aquella posición que ocupa la persona en la sociedad, como también la posición que ocupa en su medio familiar.

De todo lo dicho se puede deducir que la situación de adopción genera un estado de familia. En este sentido, y yendo al punto central del presente trabajo de investigación, cabe advertir que el NNyA que es adoptado pasa a ser hijo, hermano, sobrino dentro de su grupo familiar.

1.6 La protección constitucional a la familia.

Llegando al final del primer capítulo, se trabajará sobre la protección que recibe la familia por medio de nuestra Constitución Nacional. Los legisladores a lo largo del tiempo, tuvieron muy presente la protección de la familia.

La Constitución Nacional protege de diferentes maneras a la familia. Como primera medida en su artículo 14 bis en la última parte consagra “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”.

Otra medida que tomaron los legisladores para la protección de la familia fue mediante tratados internacionales. Los autores Graciela Medina y Eduardo Guillermo Roveda mostrarán el proceso de inserción de los tratados:

“Desde 1983 Argentina comenzó un proceso de inserción en el derecho supranacional de los derechos humanos. Ello se concretó con la reforma constitucional de 1994 con el conocido inc. 22 del art. 75. En el art. 75, inc. 22 de la Constitución dispone que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y luego en el párrafo siguiente incorpora con jerarquía constitucional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con posterioridad se incorporaron la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará” y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, elevado a jerarquía constitucional en Diciembre del año 2014” (Medina y Roveda, 2016, p. 24).

Los tratados de derechos humanos que ingresan a la Constitución por medio de la reforma de 1994, fueron de gran importancia para la modificación y el cambio del derecho de familia. Los tratados cambian los principios que históricamente estuvieron presentes en nuestro ordenamiento jurídico familiar, al igual que se crea un nuevo marco normativo. (Medina y Roveda, 2016)

Otro factor que se suma es la interpretación que realiza la corte suprema de justicia Argentina sobre los tratados, que estableció que las sentencias y dictámenes de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos y demás órganos internacionales son obligatorias para nuestra nación aun cuando no hubiéramos sido parte. Por medio de esto son obligatorios los tratados de Derechos Humanos al igual que todo el corpus iuris de los Derechos humanos.

Como se pudo observar en este punto la familia es protegida de diferentes formas. Como se señaló al principio los legisladores tuvieron en cuenta la protección de la misma por medio del artículo 14 de la Constitución Nacional, mencionado ut supra. Como otra medida se incorporó los tratados internacionales en el reforma de 1994 a los cuales se les dio jerarquía constitucional. Los tratados incorporados en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución tiene aspectos muy importantes a tener en cuenta, como es la convención de derecho del niño, que va a ser utilizada a lo largo de este trabajo.

Coincidiendo con la doctrina, consideramos esta incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional cambió e impactó en el paradigma del derecho de familia, se le dio una protección mayor, modificando los principios que la regían en la antigüedad.

1.7 Conclusión parcial

Llegando al final del capítulo se hará un breve análisis de todo lo expuesto hasta el momento.

Se comenzó describiendo el derecho de familia, el mismo perteneciente al derecho privado ya que regula las relaciones entre las personas. El derecho de familia lo encontramos en nuestro CCCN y en leyes complementarias. Tal como se mencionó, es un derecho influido por ideas morales y religiosas, donde la voluntad no es tenida en cuenta ya que sus normas tienen un carácter imperativo.

Siguiendo con el desarrollo del capítulo, en una segunda parte se analizó el concepto jurídico de familia. Tomamos la definición que dan Bossert y Zannoni del concepto jurídico de familia, diciendo que: tiene origen en el matrimonio, no importa si es de igual o distinto sexo ya que nuestro sistema jurídico lo permite, en la filiación y en el parentesco.

Se creyó importante investigar los antecedentes históricos de la familia. Para este punto se siguió lo dicho por Borda en su libro, quien nos comenta como empieza esta institución, en la cual había un jefe de familia al cual todos respondían. Con el correr de los años esta familia

fue desapareciendo, hasta que en la actualidad se encuentran diferentes tipos de familias. Este paso del tiempo no solo llevó a que existan diferentes tipos de familia, sino que también se habla de una crisis que esta institución está sufriendo.

Borda define estado de familia como la posición que ocupa una persona en la sociedad. Por su parte Ferrer, dice que este estado es la posición que ocupa una persona en su grupo familiar. Hemos enumerado los caracteres del estado de familia, entre ellos encontramos que este estado es indivisible, inalienable, imprescriptible, y demás caracteres que fueron enunciados con anterioridad.

La institución de la familia en nuestro país se encuentra protegida por la Constitución Nacional en dos partes; como primera medida en su artículo 14 y, como segunda medida, en los tratados internacionales los cuales tienen se le da jerarquía constitucional. Estos tratados los encontramos en el artículo 75 inciso 22, los cuales son de gran importancia para la protección de la familia.¹

¹ Convención sobre los Derechos del Niño

Capítulo II: Principios, Derechos y Garantías.

Introducción

En este segundo capítulo se trabajará sobre los principios, derechos y garantías. Se dará inicio a la unidad describiendo los derechos y garantías de los NNyA. Seguidamente se describirá que es la responsabilidad parental, figura incorporada por el nuevo CCCN.

Por otra parte, se analizará los derechos y deberes que tienen los progenitores anteriormente denominados “padres” por el antiguo Código Civil, para con los NNyA.

Finalmente se indagará el sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, cuál es su función y cuales son aquellas medidas de protección integral. Se terminará la unidad con las medidas excepcionales contempladas en la ley 26.061.

2.1. Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

Dando comienzo a este nuevo capítulo se creyó importante hablar de los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes. Estos derechos se encuentran regulados en la ley N° 26.061 llamada “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, sancionada el 28 de septiembre del 2005 y promulgada de hecho el 21 de Octubre del 2005.

La ley 26.061 en su artículo primero habla del objeto de la misma, diciendo

“Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

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

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones

administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.”²

Se debe prestar atención al párrafo segundo del artículo, el cual habla del interés superior del niño, siendo la base de esta ley como también es la base del trabajo realizado.

Esta ley es de aplicación obligatoria así lo reza su artículo segundo:

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

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.”³

Como se dijo con anterioridad, el interés superior del niño es la base fundamental de este trabajo y el artículo tres de esta ley habla específicamente de él expresando que tenemos que entender por interés superior del niño, niña y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que nombra dicha ley.

A su vez, se tienen que respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho de estos NNA a ser oídos y que su opinión se tenga en cuenta; además, del respeto al pleno desarrollo personal de los derechos que ellos tienen en su medio familiar, social y cultural, su edad y grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; por otro lado tiene que haber un equilibrio entre los derechos y garantías de los NNA y las exigencias del bien común; otro punto importante es respetar su centro de vida, se entiende por el mismo el lugar donde los NNA han trascendido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de responsabilidad parental, son pautas a las que se van a tomar en cuenta para la filiación, restitución del NNA, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

² Artículo 1 ley 26.061

³ Artículo 2 ley 26.061

Cuando haya una colisión entre los derechos e intereses de los NNyA frente a otros derechos legítimos también prevalecerán los primeros.⁴

Por otra parte, la ley habla de la responsabilidad gubernamental que tienen los organismos del estado para con los niños, niñas y Adolescentes. En el artículo cinco de la ley 26061 reza:

“Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica: 1. Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2. Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3. Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4. Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen; 5. Preferencia de atención en los servicios esenciales.”⁵

Por otro lado, la Constitución de la nación no deja de lado la protección a los NNyA, los mismos se encuentran amparados por la convención de los derechos del niño, incorporados en el artículo 75 inc. 22, establecidos en la reforma del año 1994.

En este capítulo dos se comenzó analizando los derechos de los niños, niñas y adolescentes tutelados en la ley 26.061 (ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes). Se comenzó por presentar el objeto de dicha ley, que como dice su nombre es la protección de los niños, niñas y adolescentes. Esta ley es de aplicación obligatoria. Analizando el artículo tercero se pudo entender el interés superior del niño

⁴ Artículo 3 ley 26.061

⁵ Artículo 5 ley 26.061

como aquel que es la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que reconoce la ley 26.061.

Llegando al final se habló de la responsabilidad gubernamental, entendiendo por esta el deber que tiene el estado de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas que poseen carácter federal. Es tarea de los organismos del Estado tener siempre presente el interés superior del niño.

Podemos observar y concluir esta parte, sosteniendo que el Estado tiene la responsabilidad de proteger el interés superior de los NNyA. Una de las formas que utiliza es por medio de la ley 26.061, la misma es utilizada de gran manera a la hora de aplicar medidas excepcionales, cuando se separa a un niño de su familia de origen. Por medio de ésta se trata de proteger su interés superior.

.2. Responsabilidad parental.

Al comenzar a hablar de responsabilidad parental se creyó importante hacer un análisis de la evolución histórica. Para esta parte, se utilizaron los aportes del autor Borda. El mismo comenta que la autoridad de los padres sobre sus hijos es tan vieja como la sociedad humana. Pero la manera de ejercer esta responsabilidad ha ido mutando con el pasar del tiempo.

Al realizarse un análisis del derecho romano primitivo, donde existía la figura del *pater familias*, este tenía sobre sus hijos todo el derecho, podía elegir entre la vida y la muerte; podía alquilarlos, venderlos, disponer de sus bienes entre otras cosas. No se tenía en cuenta la edad de los hijos, la potestad del padre subsistía hasta su muerte. Con el tiempo, el poder que tenía el padre fue desapareciendo. La iglesia tuvo una marcada influencia, ya que al mirar la patria potestad lo hacía del lado del interés de los hijos. (Borda, 2018)

En la actualidad, lo que el código civil llamó patria potestad hoy el nuevo CCCN lo denomina responsabilidad parental, con esto ya no hay solo derechos sino también deberes y lo más importante es la protección de los menores. La legislación moderna se enfoca más en los deberes que tienen los padres que en sus derechos. El Estado interviene sobre la forma en que se ejerce la responsabilidad parental e impone sanciones, hasta de orden penal, para aquellos padres que no cumplen con su responsabilidad. (Borda, 2018)

El CCCN provee un concepto en su artículo 638 de lo que es la responsabilidad parental, diciendo: *“La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”*⁶

Los progenitores al tener esta responsabilidad parental, tienen como norte velar siempre por el interés superior del niño, niña o adolescente bajo su tutela.

La palabra responsabilidad tiene origen en diferentes lugares, María Victoria Pellegrini comenta:

La elección del vocablo “responsabilidad” no fue casual ni caprichosa, pues el art. 5 CDN alude directamente a las “responsabilidades” de los padres, como así también el art. 18 CDN, al establecer el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, el art. 16.1.d, CEDAW, al imponer la obligación a los Estados firmantes de garantizar a hombres y mujeres “los mismos derechos y responsabilidades” respecto de sus hijos; finalmente, es una alocución recogida en diversas leyes de protección de derechos de la niñez, como el art. 7º de la ley 26.061, que se refiere a la “responsabilidad familiar”. De allí que el proceso evolutivo de la legislación marque un claro paso de la “patria potestad” a la responsabilidad parental, resaltando el objetivo y funcionalidad del conjunto de deberes y derechos de los progenitores respecto de sus hijos.” (Pellegrini, 2015, p. 467).

En el artículo 639 del CCCN se enumeran los principios generales de la responsabilidad parental, diciendo que el primer principio es el interés superior del niño; luego la autonomía progresiva del NNA conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. Cuando el hijo va creciendo genera una mayor autonomía y la representación de los progenitores va decreciendo en relación al ejercicio de los derechos del hijo; por último el derecho del NNA a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme su edad y grado de madurez.⁷

Pellegrini (2015) hace un análisis del artículo expresando que estos principios recogen derechos y garantías que vienen de diferentes instrumentos de derechos humanos, siendo más específicos de la convención de los derechos del niño, la misma tiene una aplicación en temas

⁶ Artículo 638 CCCN

⁷ Artículo 639 CCCN

relacionados con la responsabilidad parental como también en todas aquellas cuestiones que involucren a los niños, niñas y adolescentes.

En el artículo 640 el CCCN regula las figuras legales que derivan de la responsabilidad parental, de esta forma se encuentran: la primera, que es la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; luego, el cuidado personal del hijo por los progenitores y; por último, la guarda otorgada por el juez a un tercero.⁸

En cuanto a lo expuesto en relación a la responsabilidad parental, se puede decir que es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con sus hijos, siempre actuando en beneficio de su interés superior. Luego se enumeraron los principios que rigen a responsabilidad parental, el interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído. Por último, se expuso las figuras legales que derivan de la responsabilidad parental, las cuales fueron mencionadas ut supra.

2.3 Derechos y Deberes de los progenitores.

Se dará comienzo al siguiente punto con una definición del libro de Borda el cual brinda acerca de los derechos y los deberes de los progenitores.

“Los deberes y derechos de los progenitores son de naturaleza compleja. Educar a un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituye para un padre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Se conjugan el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de deberes-derechos, que caracterizan la institución.” (Borda, 2018, p.336).

El CCCN en su artículo 646 establece las reglas generales de los derechos y deberes que tienen los progenitores para con sus hijos.

En este artículo, el código marca los lineamientos de como los padres deben actuar con sus hijos. Como primera medida, tienen el deber de cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; otro punto habla del deber que tienen los padres de considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; el siguiente deber que el código enuncia es de respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus

⁸ Artículo 640 CCCN

derechos personalísimos; por otra parte los progenitores deben prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; otro punto es que tienen que respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo, es una de las nuevas incorporaciones del código y es de gran importancia dado el papel fundamental que cumplen los abuelos en la crianza de los nietos; por último los padres tienen el deber de representarlo y administrar el patrimonio de sus hijos.”⁹

Por otro lado el CCCN. Haciendo hincapié en las reglas generales sobre los derechos y deberes de los progenitores, en el artículo 647 habla de la Prohibición de los malos tratos y el auxilio del Estado diciendo:

“Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.”¹⁰

En relación a este artículo siguiendo los aportes de Victoria Pellegrini se destaca la prohibición de los malos tratos, la cual remarca como el código toma una posición respecto de no tolerar ni justificar ningún tipo o clase de maltrato infantil. Pellegrini hace una comparación con el código civil en donde existía la noción del “castigo correctivo”, o “corrección moderada” que el artículo 778 del código civil toleraba en el ejercicio de la función parental. El CCCN desterró este recurso de los padres en forma definitiva, y además lo prohíbe. (María Victoria Pellegrini, 2015)

Al decir de Pellegrini *“El famoso “mejor un golpe a tiempo” —que, se reitera, el CC contemplaba— no es más que la justificación, legal y moral, del uso de la violencia como forma de resolver los conflictos.”*. (Pellegrini, 2015, p. 483).

Por su parte la ley 26.061 en su artículo 7 también habla de la responsabilidad que tienen los progenitores, reza:

“RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

⁹ Artículo 646 CCCN

¹⁰ Artículo 647 CCCN

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar 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.”¹¹

En este punto, se trabajó con lo relacionado con los derechos y deberes de los padres. Se comenzó con una definición de Borda quien nos da una serie de pautas de lo que entiende que son los derechos y deberes de los progenitores.

Se hizo un análisis del artículo 646 del CCCN donde provee las reglas generales de los derechos y deberes de los padres, cual es el modo en el que los padres tienen que actuar.

Cuando los padres no cumplen con sus funciones, es cuando los NNyA son separados de ellos hasta que resuelvan la situación o cumplan con los deberes de padres. En el caso que no puedan o no quieran cumplir lo que le impone la ley, estos niños se los va a declarar en situación de adoptabilidad bajo la exclusiva decisión de un juez.

El siguiente artículo el 647 del CCCN perteneciente al capítulo tres “Deberes y derechos de los progenitores Reglas generales” al igual que el 646 del CCCN, expresa la prohibición de los malos tratos y el auxilio del Estado. Pellegrini realiza un análisis sobre esta figura y una comparación entre el nuevo CCCN y el derogado Código Civil, en donde se elimina esta posibilidad que se les daba a los padres de aplicar “castigos correctivos”. Se prohíbe en este nuevo Código todo tipo de castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los NNyA.

Se cierra el punto con el artículo 7 de la ley 26.061 en donde habla al igual de la responsabilidad familiar y todo lo que de ella concierne.

2.4 Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Se continuará trabajando en esta unidad sobre la ley 26.061, el siguiente punto refiere a la protección integral de los derechos de los NNyA. El artículo 32 describe la conformación:

¹¹ Artículo 7 ley 26.061

“El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.”

El tercer párrafo del artículo 32 comenta que para que el sistema de protección integral logré sus objetivos debe contar con los siguientes medios: El primero en nombrar son, políticas, planes y programas de protección de derechos; organismos administrativos y judiciales de protección de derechos; tiene que haber recursos económicos; procedimientos; medidas de protección de derechos y por último medidas de protección excepcional de derechos.¹²

2.4.1 Medidas de protección integral de derechos.

En este punto, y siguiendo trabajando sobre la ley 26.061, se presentarán las medidas de protección integral de derechos. El artículo 33 expresa:

“MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

¹² Artículo 32 ley 26.061

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.”¹³

Como se pudo ver en el artículo la función que cumplen estas medidas que emanan de órganos administrativos, es accionar por medio de estos organismos competentes cuando se detecta una amenaza o violación de los derechos o garantías de los NNyA.

Continúa el artículo 34 de la ley 26.061 proveyendo la finalidad de dichas medidas, la cual es la preservación o restitución de los NNyA, del disfrute, goce y ejercicio de aquellos derechos que fueron vulnerados, y por último la reparación de sus consecuencias.

Por otra parte, el artículo 35 expresa que se aplican las medidas que su finalidad sea la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a los NNyA.¹⁴

Por su parte el artículo 37 de la misma ley, enumera las medidas de protección. Cuando se comprueba la amenaza o violación de los derechos, deben adoptarse ciertas medidas. Como se mencionó con anterioridad preservar el vínculo familiar es prioritario, teniendo en claro esto, la primera medida son aquellas que se toman tendientes a que los NNyA permanezcan conviviendo en su grupo familiar.

Otra de las medidas es la solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; es preciso dar asistencia integral a la embarazada. Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa.

Por su parte, si se cree necesario tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus progenitores, responsable legal o representantes y asistencia económica. El artículo en su última parte aclara que esa enunciación de las medidas no es taxativa.¹⁵

¹³ Artículo 33 ley 26.061

¹⁴ Artículo 35 ley 26.061

¹⁵ Artículo 37 ley 26.061

2.4.2 Medidas Excepcionales.

Llegando al final del capítulo, se continuará con el análisis de la ley 26.061. En esta parte se indagarán las medidas excepcionales que se encuentran del artículo 39 al 41.

Para comenzar, el artículo 39 explica que son estas medidas diciendo que:

“MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.”¹⁶

Continuando con el análisis, el artículo 40 habla de la procedencia de las medidas excepcionales, la cuáles serán procedentes solo cuando, previamente, se hayan cumplido las medidas dispuestas por el artículo 33 de esta ley, son las medidas de protección integral de los derechos.

Si se declara procedente esta excepción, será competencia de la autoridad local de aplicación la que decida y establezca el procedimiento a seguir, el mismo acto debe estar jurídicamente fundado, debiendo notificar de una forma fehaciente dentro del plazo de veinticuatro horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El artículo prevé sanciones al funcionario que no de efectivo cumplimiento a estas disposiciones, las mismas se encuentran en el capítulo IV del Código Penal de la Nación.

Un último paso, la autoridad con competencia de cada jurisdicción, protegiendo los derechos de los NNyA, en un plazo de setenta y dos horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida. Una vez que se resuelve si esta medida es legal, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente para que esta implementes dichas medidas.¹⁷

¹⁶ Artículo 39 ley 26.061

¹⁷ Artículo 40 ley 26.061

El artículo 41 de la ley 26.061 provee criterios para la aplicación de las medidas mencionadas en el artículo 39, el mismo reza:

“APLICACION. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;

b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;

c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;

d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;

e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.”¹⁸

En esta parte se trabajó con el sistema de protección integral de los derechos de los NNyA. Se dividió en tres partes, en la primera trabajamos con la conformación del mencionado sistema, cuales son los organismos y las entidades que lo conforman. Además, se analizaron los medios para que este sistema de protección integral logre sus objetivos: políticas, planes y programas de protección de derechos; organismos administrativos y judiciales de protección

¹⁸ Artículo 41 ley 26.061

de derechos; recursos económicos; procedimientos; medidas de protección de derechos y por ultimo medidas de protección excepcional de derechos.

En una segunda parte se trabajó con las medidas de protección integral de los derechos, diciendo que son aquellas que actúan ante la amenaza o violación de derechos y garantía de los NNyA. Se vio la finalidad de dichas medidas que es la restitución o preservación de los derechos de los NNyA. Por último se vio deferentes medidas de protección que se toman cuando se ven amenazados los derechos de los NNyA.

Llegando al final del punto se realizó un análisis de las medidas excepcionales, dando a conocer el momento en que se adoptan. El artículo 39 de la ley 26.061 plantea cuando los NNyA estén privados de su medio familiar o su interés superior exige que no permanezcan ahí. Por otra parte, el artículo 40 provee las pautas de cuando son procedentes y por último el artículo 41 da los criterios para la aplicación.

2.5 Conclusión Parcial

En este capítulo se analizaron los principios, derechos y garantías. Se dio comienzo a la unidad hablando de la normativa que se encarga de la protección de los niños, niñas y adolescentes, ubicados en la ley 26.061. Esta ley tiene como prioridad el interés superior del niño, entendiendo por este a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías. Los organismos del Estado tienen que trabajar siempre en defensa de este interés superior. Por otro lado la Constitución Nacional protege a los NNyA por medio de la convención de los derechos del niño, incorporada en el año 1994, se encuentra en el artículo 75 inc. 22.

El siguiente punto nos habla de la responsabilidad parental. Esta responsabilidad, antes llamada patria potestad, es el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos. Los progenitores siempre tienen que actuar en beneficio del interés superior del NNyA. El interés superior, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído son los principios que rigen la responsabilidad parental.

Se entiende por responsabilidad parental al conjunto de derechos y deberes que tienen los padres para con los hijos. En el punto siguiente se analizó que son estos derechos y deberes que tienen los progenitores. Para ello, se tomaron los aportes de Borda quien nos provee

diferentes puntos que conforman a la responsabilidad parental. Se analizó el artículo 646 del CCCN el cual nos da las pautas de como los progenitores deben actuar. Por último, Pellegrini nos hace una comparación del antiguo Código Civil con el nuevo CCCN, donde nos habla de la eliminación de los castigos correctivos.

Al trabajar sobre sistema de protección integral de los derechos de los NNyA, se analizó cuáles son los organismos y entidades que lo conforman y cuáles son los medios que se necesitan para que este sistema logre sus metas.

En nuestro derecho tenemos medidas de protección integral que son utilizadas cuando se ven afectados los derechos y garantías de los NNyA. Estas medidas fueron expuestas con anterioridad, son expresadas por la ley y no deben considerarse taxativas.

Llegando al final del capítulo se abordó las medidas excepcionales, ubicadas del artículo 39 al 41 de la ley 26.061. Son aplicadas cuando los NNyA están privados de su medio familiar o por su interés superior se precisa que no permanezcan ahí.

Capítulo III: Guarda de hecho y familia de acogimiento

Introducción

En el comienzo de esta unidad se trabajará con adopción, su concepto y sus principios generales. Por otra parte, se verá cuáles son los sujetos que pertenecen a la misma y quienes intervienen en su proceso judicial. Luego se hará un análisis de las tres clases de adopción que regula nuestro CCCN.

Se trabajará con familia de acogimiento, qué entendemos por ella, quienes pueden pertenecer a este programa, su duración y caracteres.

Por otro lado, se abordará el instituto de la guarda de hecho, su concepto, en qué consiste y su regulación en nuestro sistema normativo civil actual.

Se hará un análisis de los impedimentos legales que tienen los guardadores de hecho y las familias acogedoras para acceder a la guarda con fines de adopción. Para cerrar la unidad analizará el registro de adoptantes, su función y la obligatoriedad de los pretendientes adoptantes a estar inscriptos en él.

3.1 Adopción

Se comenzará esta unidad hablando de adopción. Es importante tener en claro este concepto, ya que es uno de los temas principales del trabajo. Trabajaremos con la mirada de diferentes autores.

Para Borda la adopción es:

“La adopción es, pues, una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia del juez (art. 594, in fine, Cód. Civ. y Com.), en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de la filiación matrimonial.” (Borda, 2018, p. 299).

Por otra parte tenemos la definición que nos brinda el CCCN, su artículo 594 reza:

“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados

tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.¹⁹

Esta definición es muy criticada por Medina y Roveda (2016) ya que sostienen que es incompleta, dado que solo hace referencia a uno de los tres tipos de adopción.

El CCCN se refiere a tres tipos de adopción, la adopción de menores, la adopción de mayores y la adopción por integración, se genera cuando se adopta al hijo del cónyuge. Los autores remarcan que esta definición dada por el código solo comprende la adopción de menores de edad y deja de lado las otras dos. (Medina y Roveda, 2016).

Visto el concepto de adopción se pasará a analizar los principios generales que la rigen. Borda en su libro cita cada uno de estos principios. El primero al que se refiere es el interés superior del niño, principio que se encuentra ubicado en la Convención de los Derechos del Niño y en la ley 26.061. La Corte Suprema de Justicia puntualizó que el mismo se utilice como pauta de decisión ante un conflicto de intereses al igual que sea un criterio para la intervención institucional destinada a proteger el menor. Si tenemos un conflicto de intereses entre un menor y un adulto, siempre se va a priorizar el interés del menor. (Borda, 2018).

Es importante tener en claro esta última parte, ya que se va a tomar como base a la hora de la justificación de nuestro problema. El interés del NNyA tiene que estar siempre protegido en primer lugar.

Otro principio al que Borda (2018) se refiere es el respeto por el derecho a la identidad. Este muestra la necesidad de darle la oportunidad a toda persona a conocer todo aquello que compone su personalidad y la distingue de las demás personas humanas

El tercer principio es el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. El Estado tiene que actuar sobre la base de que todo NNyA tiene el derecho de nacer y criarse con su familia de origen. Para poder cumplir con esta labor tiene la obligación de propender políticas públicas destinadas a proteger sus derechos de la infancia a desarrollarse en un seno familiar sano. Para ello cuando se detecta una disfuncionalidad, tiene el deber de actuar y evitar que el NNyA sea separado de su familia de origen. En el caso que los menores corran riesgos estando con sus progenitores o su familia ampliada, será procedente ponerlos a salvo separándolos. (Borda 2018)

¹⁹ Artículo 594 CCCN

Borda (2018) también se refiere a la preservación de los vínculos fraternos como el cuarto principio. En el caso de que hubiera hermanos, es prioritario que al momento de la adopción no se los separe, o en su defecto que no se corte el vínculo jurídico que los une.

Otro principio es el derecho de los NNyA a conocer sus orígenes. Borda (2018) señala que este principio se puede encontrar regulado en la CDN (art. 7°,8°,9°) que imponen a los adoptantes darle información a los hijos acerca de su realidad biológica y la posibilidad de que después de los 18 años puedan acceder al expediente.

Por otro lado el CCCN hace referencia a este punto en su artículo 596, diciendo que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene el derecho de conocer los datos relativos a su origen, al igual que puede acceder cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó la adopción.

Por último Borda (2018) hace referencia al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Este principio encuentra su base en el artículo 12 de la CDN y en el artículo 3 de la ley 26.061.

El juez que se encarga de la adopción de un menor, debe tomar un contacto personal con el NNyA y escucharlo más allá de la edad que este tenga y teniendo en cuenta las posibilidades en que pueda expresarse de acuerdo con esta variable y el grado de madurez de acuerdo con su personalidad. Es preciso contar con un entrevistador que va a ser el encargado de desentrañar y comprender la verdadera voluntad del pretense adoptado. Debemos tener en cuenta que a partir de los 10 años se precisa el consentimiento expreso del futuro adoptado, esto lo encontramos regulado en el artículo 617 inc. d del CCCN.

Es importante tener en claro lo trabajado en este punto. Se comenzó con la definición de adopción desde la mirada de Borda, donde dice que la misma es una institución que pertenece al derecho privado y nace por medio de la sentencia de un juez. Por otro lado el CCCN al referirse a adopción dice que es una institución jurídica que se encarga de la protección de los derechos de los NNyA a vivir en una familia que le procure los cuidados necesarios, para satisfacer sus necesidades, cuando su familia de origen no las pueda satisfacer. Esta definición es criticada por Medina y Roveda ya que dicen que solo se focaliza en un tipo de adopción, cuando el código regula tres.

Entonces, podemos sostener que la adopción es decretada por la sentencia de un juez. En los casos que se analizaran con posterioridad, se podrá observar, que aquellas familias de acogimiento o guardadoras de hecho, que tienen el deseo de adoptar, se presentan al juez para que el mismo analice sus casos particulares y le otorgue la guarda con fines de adopción, que es el paso previo para adoptar a un NNyA.

Se vieron los principios generales de la adopción escritos por Borda en su libro. Primero está el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos; el derecho a conocer sus orígenes; y por último el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

Uno de los principios generales a la hora de adoptar y es de vital importancia para el presente trabajo, es su interés superior. El trabajo se basa en el mismo, se mostrarán casos donde la adopción, a pesar de estar prohibida por nuestra ley civil, se otorga en defensa del interés superior del NNyA. Todo acto que vaya en contra de este, puede ocasionar daños irreparables para los menores.

3.1.1 Sujetos en la adopción

En este apartado se abordará las dos clases de sujetos que se encuentran en una adopción. En un primer lugar está el adoptado. Borda al hablar de sujeto adoptado cita el artículo 597 del CCCN.

“El principio general es que pueden ser adoptadas todas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Excepcionalmente, la ley permite la adopción de mayores de edad, siempre que reúnan estas condiciones: cuando se trate del hijo del otro cónyuge o conviviente y que medie consentimiento del adoptado, así como cuando haya existido posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada (art. 597, Cód. Civ. y Com.)”. (Borda, 2018, p.305)

Por su parte Medina y Roveda (2016) hacen una aclaración de cuando el Código establece que el adoptado tiene que ser menor de edad no emancipado. Esto abarca la franja etaria de los 0 a 12 años de edad y la que integran los adolescentes de los 13 hasta el día que cumplen los 18 años, a partir de este momento ya alcanzan la capacidad civil plena.

Todo lo dicho anteriormente se da si no se emanciparon siendo menores de edad, que por el código la única forma es por matrimonio.

Medina y Roveda (2016) también hacen referencia a la posibilidad de adoptar a personas mayores de edad, diciendo que resulta lógico permitir dicha adopción cuando se trata

del hijo del cónyuge o conviviente o si existiese posesión de estado de hijo del adoptado durante la menor edad. En esta parte se tiene que tener en cuenta que hay un interés individual y social al que se protegería jurídicamente.

El otro sujeto que se encuentra en la adopción es el adoptante. Para poder adoptar se precisa cumplir con ciertos requisitos que enumera nuestro CCCN. Borda en su libro detalla cada uno de estos.

El primer requisito es que el adoptante debe tener veinticinco años ya cumplidos, con excepción que su conyugue o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con esto. Se encuentra regulado en el CCCN en su artículo 601 inc. a. (Borda 2018).

Por otra parte, el adoptante debe ser, por lo menos, dieciséis años mayor que el adoptado. Se encuentra una excepción cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. Regulado en el artículo 599 segundo párrafo del CCCN. (Borda 2018).

Tal como indica la doctrina: *“El requisito de la diferencia de edad persigue que el vínculo familiar adoptivo se parezca lo más posible al biológico.”* (Medina y Roveda, 2016, p. 597).

Por otra parte, el artículo 600 inc. a. establece que el pretense adoptante debe acreditar de manera fehaciente e indubitable su residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de guarda. Con excepción de que se trate de ciudadanos argentinos o naturalizados. (Borda 2018).

Borda (2018) nos marca el último requisito que se debe cumplir. La persona que está solicitando adoptar debe estar inscripto en el registro de adoptantes. Esto lo establece el artículo 600 inc. b. CCCN.

Borda (2018) aclara que las personas casadas o en uniones convivenciales solo pueden adoptar si lo hacen de manera conjunta. Regulado en el artículo 602 del CCCN. Se encuentran dos excepciones, la primera es cuando el cónyuge o conviviente es declarado persona incapaz o con capacidad restringida y la sentencia no le permite prestar consentimiento válido para este acto. Por otro lado cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho, solo se aplica en el caso de matrimonios, no en las uniones convivenciales.

En el proceso judicial de adoptabilidad requiere la intervención de los siguientes sujetos:

1. El niño, niña o adolescente en carácter de parte si tiene edad y grado de madurez suficiente, compareciendo con asistencia letrada (art. 608, inc. a], Cód. Civ. y Com.).
2. Los padres u otros representantes legales del niño, en carácter de parte (art. 608, inc. b], Cód. Civ. y Com.).

3. El organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial (art. 608, inc. c], Cód. Civ. y Com.).

4. El Ministerio Público (art. 608, inc. d], Cód. Civ. y Com.).

El juez también podrá escuchar a los parientes y otros referentes afectivos (art. 608, *in fine*).

La declaración de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente adoptivo del niño ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés del menor (art. 607, párr. 4º). (Borda, 2018, p. 310).

En el siguiente punto se trabajó con los sujetos que integran la adopción. Por un lado tenemos al adoptado, quienes pueden ser personas menores de edad no emancipadas, que se declaran es situación de adoptabilidad o que sus progenitores han sido privados de la responsabilidad parental. Hay excepciones donde el adoptado puede ser mayor de edad.

En el presente trabajo, nuestro foco se pone en las personas menores de edad que sus progenitores no pueden tenerlos o no cumplen con sus deberes de padres. Aquí es donde se aplican medidas excepcionales para proteger su mejor interés.

El otro sujeto que pertenece es el adoptante, para poder serlo se tiene que cumplir ciertos requisitos. El adoptante debe tener veinticinco años ya cumplidos, debe ser dieciséis años mayor que el adoptado. Se puede prescindir de estos dos requisitos si el cónyuge o conviviente los cumple; debe tener un periodo de residencia en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de guarda, con la excepción que sea ciudadano argentino o naturalizado; por ultimo precisa estar inscripto en el registro de adoptantes.

En el proceso judicial intervienen el NNYA; padres u otros representantes legales del niño; el organismo administrativo y el ministerio público. El juez puede escuchar a los parientes y a otros referentes afectivos.

3.1.2 Clases de adopción

En este punto se tratarán las tres clases de adopción que regula nuestra ley civil. Por un lado la adopción plena, la adopción simple y la adopción por integración.

Al hablar de adopción plena, se tomará el concepto que brinda Borda en su libro. Tal como sostiene *“es aquella institución jurídica en virtud de la cual se crea el vínculo legal paterno-filial emplazando al adoptado en el estado de hijo y extinguiendo los vínculos jurídicos*

con la familia de origen, con excepción de los impedimentos matrimoniales” (Borda, 2018, p. 316).

Por su parte Medina y Roveda (2016) dan las pautas para a adopción plena. En primer lugar se refieren a que le compele al juez otorgar la adopción plena cuando haya niños que no tengan filiación establecida, o sus progenitores estén fallecidos. Por otra parte en el resto de los supuestos se prevé como una posibilidad, facultando al juez, que considere las circunstancias del caso y teniendo presente el mejor interés para los NNyA a otorgar la adopción plena.

Otro supuesto que marca Medina y Roveda (2016) se da en el caso que ambos progenitores se encuentren privados de la responsabilidad parental y no haya otro integrante de la familia extensa o referente afectivo del NNyA que puedan hacerse cargo de su cuidado. En este caso el juez también puede otorgar la adopción plena.

Por otro lado es importante tener presente la condición del adoptado pleno, el artículo 620 del CCCN en su primer párrafo reza:

“La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.”²⁰

El segundo tipo que regula el CCCN es la adopción simple. Para Borda es: *“La modalidad de adopción simple emplaza en el estado de hijo, pero no genera vínculos jurídicos con la familia del adoptante y, a su vez, se mantienen los derechos y obligaciones que resultan del vínculo de origen.”* (Borda, 2018, p. 318).

Medina y Roveda (2016) explican cuáles son los efectos de la adopción simple. Se encuentran en el artículo 627 del CCCN. El mismo regula lo relativo a la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, que se transfiere a los adoptantes. Se regula el derecho de comunicación de la familia de origen con el adoptado y el mismo tiene el derecho de reclamarles alimentos cuando la familia adoptiva no pueda proveerles; y determina las reglas respecto al apellido. En el inc. d. del artículo 627 del CCCN dice que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente y los adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen.

²⁰ Artículo 620 CCCN, Primer párrafo.

Continuando con la mirada de Medina y Roveda (2016) acerca de los efectos, se dice que la adopción simple sólo produce, en principio, un emplazamiento que vincula al adoptado y el adoptante. Acá el efecto es que el adoptado adquiere el estado de hijo, no el estado de familia, por lo tanto no se crea relación con la familia del adoptante y el adoptado no pierde los vínculos con su familia de origen. Con relación a esto el artículo 620 del CCCN en su segundo párrafo reza: *“La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.”*²¹

El último tipo de adopción reglado por el Código es por integración. Borda (2018) comenta que este tipo se da cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. El fundamento de la adopción por integración no es extinguir, sustituir o limitar los vínculos del adoptado con su familia biológica, como se da en el caso de la adopción simple y en la plena, en este caso lo que se busca es ampliar los vínculos a través de la integración o incorporación de un tercero, puede ser cónyuge o conviviente del progenitor biológico.

Entre el adoptado y su progenitor de origen se generan los siguientes efectos según lo enunciados por el artículo 630 del CCCN. En la adopción por integración se va a mantener siempre el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. (Borda 2018)

Por otro lado, se tiene los efectos que se producen entre el adoptado y el adoptante, en esta oportunidad se citará el artículo 631 del CCCN:

- “a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;
- b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.”²²

El artículo 621 del CCCN dice que cuando se crea conveniente para el NNyA, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez tiene la posibilidad de mantener subsistentes el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena al igual que puede crear vínculos con uno o varios familiares de la familia adoptante en la adopción simple.

²¹ Artículo 620 CCCN, Segundo párrafo.

²² Artículo 631 CCCN

Dado estos casos, no se modifica el régimen legal de sucesiones, ni de la responsabilidad parental, como tampoco los impedimentos matrimoniales regulados en este código para cada tipo de adopción.²³

Como se notó, analizó las tres clases de adopción que regula el CCCN. Por un lado la adopción plena, donde se extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen, solo se mantienen los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene los mismos derechos y obligaciones con relación a la familia adoptiva que los hijos biológicos.

Por otro lado, la adopción simple, este tipo confiere estado de hijo al adoptado, pero la diferencia que tiene con la plena es que no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante. El último tipo que regula el CCCN es adopción por integración, se da cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente.

3.2 Concepto de familia de acogimiento.

En este punto se trabajará con familia de acogimiento. Cuando se habla de acogimiento familiar se hace referencia a grupos familiares alternativos. Regulado por la ley 26.061 en su artículo 41 inc. b. y en el último párrafo del artículo 11. Estos artículos contemplan la inclusión de los NNyA a grupos familiares alternativos como una medida excepcional. La ley 26.061 se refiere a las medidas excepcionales, reza:

“Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.”²⁴

En la actualidad el acogimiento familiar, denominación tomada del derecho español, es la designación técnica que se utiliza en la mayoría de las jurisdicciones del país para la aplicación de una medida excepcional en un ámbito familiar.

²³ Artículo 621 CCCN

²⁴ Artículo 39 ley 26.061

El funcionamiento consiste en que familias de la comunidad dispuestas a colaborar dentro del sistema de Protección Integral regulado en la ley 26.061, reciben NNyA del organismo administrativo local de protección de los derechos. Estas familias son supervisadas por los mismos. Es preciso que la familia no haya tenido un vínculo con este NNyA anteriormente. La familia es seleccionada para el cuidado de estos niños cuando se encuentren bajo una medida excepcional que los haya separado de su familia de origen.

Las familias que forman parte del acogimiento familiar tienen que ser respetuosos del derecho a la familia, a la identidad y tienen como función facilitar el restablecimiento en un futuro del NNyA con su familia de origen.

Se puede encontrar diferentes caracteres de los programas sociales que se encargan de la inserción familiar. En primer lugar estos programas de acogimiento familiar pertenecen al sistema de protección integral; son medidas excepcionales, se aplican cuando los NNyA se encuentran separados de su medio familiar, antes de aplicar estas medidas es necesario agotar todas las posibilidades para que el NNyA permanezca con su familia de origen. Su fundamento es el cuidado del niño, acompañándolo en el proceso de restitución de sus derechos.

Es necesario contar con familias aptas de la sociedad para el cuidado del niño, que hayan decidido por su propia voluntad participar en el programa; es dinámico; temporal, el niño va a permanecer en la familia acogedora por un periodo de tiempo, el mismo tiene un límite ya establecido por el CCCN (180 días)²⁵. Luego de cumplido el tiempo, si las situaciones que llevaron a que el NNyA fuera separado de su familia no fueron resueltas, se tiene que declarar la adoptabilidad del menor, no pudiendo serlo la familia acogedora (Revista de Pensamiento Civil).

Para ser familia de acogimiento se tiene que cumplir con ciertos requisitos. El primero es ser mayor de edad; no tener causas pendientes con la justicia; no estar inscripto para adopción y por último se tiene que asistir a las entrevistas.²⁶

En este punto se pudo trabajar con las medidas excepcionales, siendo más específicos con la familia de acogimiento. Las mismas son familias que pertenecen a nuestra comunidad, que tienen a su cargo temporalmente a un NNyA que fueron privados de estar en su medio familiar. Este proceso como se dijo recién es temporal, y tiene un plazo máximo de 180 días.

²⁵ Artículo 607 CCCN

²⁶ Recuperado el 23/03/2019 de <https://www.facebook.com/FamiliasdeLaGuarda/>

Luego se tiene que resolver si el NNyA vuelve con su familia de origen o se declara la adoptabilidad.

Este programa es de gran utilidad cuando, tanto la familia de acogimiento como el Estado, cumplen su función como deberían hacerlo. Por un lado, la familia tiene que entender que es un cuidado temporal de aquellos niños, en el cual tienen que tratar de demostrar a los NNyA que solo son sus cuidadores y no generar gran afecto, para que luego en la separación los mismos no sufran. Por el lado del Estado, se tiene que actuar en los tiempos que marca la ley, por el motivo que si se extiende el tiempo que corresponde se empieza a generar indefectiblemente un vínculo de afecto entre el niño y la familia acogedora, que luego al momento de la separación se podrían crear traumas en los niños y se actúa en contra de su interés superior.

El programa tiene diferentes caracteres, pertenece al sistema de protección integral, se trata de medidas excepcionales, el niño tiene que estar separado de su familia de origen, se tiene que agotar todas las posibilidades antes de retirarlo de su familia biológica, entre otros.

3.3 Guarda de hecho

Se comenzará este punto dando el concepto de guarda de hecho que el autor Pérez Martín Antonio Javier que nos brinda en su libro.

Nos dice que:

"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 del cargo de tutor" (Pérez Martín, 2015, p. 61).

En definitiva hay que tener en claro que la guarda de hecho se da cuando los padres entregan la responsabilidad parental sobre sus hijos a otra familia, no interviene órgano administrativo ni judicial.

El CCCN prohíbe todo tipo de guardas de hecho, pero reconoce una excepción, que se da en aquellos casos en donde exista una relación de parentesco entre los progenitores y los

pretensos guardadores, la misma tiene que ser comprobada judicialmente. (Medina y Roveda 2016).

La prohibición se encuentra en el artículo 611 del CCCN y reza:

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

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

Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.”²⁷

Medina y Roveda (2016) analizan esta prohibición. Como primera medida aclaran que el fundamento de la misma es evitar la comercialización de NNyA. Desde su punto de vista el sentido otorgado a esta norma no respeta el interés del niño en los casos concretos, dado que se encierra en una postura dogmática que parte de una presunción de mala fe de los progenitores, y como es sabido, la mala fe, en principio, no se presume.

Por otro lado Burgués, habla de las discordancias que se encuentran entre el CCCN y leyes provinciales en materia de adopción. Algunas provincias, como en Córdoba, habilitan a que los jueces puedan apartarse del orden de inscripción en el registro, cuando los progenitores hayan otorgado la guarda a determinadas personas y los jueces la valoren como legítima y la crean conveniente, logrando una entrega directa del niño. (Burgués 2018). El artículo 6 de la ley N° 8922 reza:

El Juez competente respetará el orden de prioridad de los aspirantes inscriptos en el Registro. Podrá apartarse del orden de preferencia, con carácter restrictivo y fundadamente valorando el interés superior del niño, en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de hermanos.
- b) Cuando se tratare de niños con capacidades especiales.

²⁷ Artículo 611 CCCN

c) Cuando la guarda fuere solicitada por miembros de la familia extensa del niño u otro vínculo de afinidad.

d) Cuando la identidad cultural del niño así lo justifique.

e) Cuando los padres en ejercicio de la patria potestad deleguen la guarda y el Juez competente haya valorado la legitimidad y conveniencia.

f) Cuando sea conveniente para el interés superior del niño. En este supuesto, el Juez sólo podrá apartarse del orden de prioridad, con un dictamen técnico específico de alguno de los organismos públicos que auxilian la actividad de los Magistrados, que aconseje tal circunstancia, y con la conformidad expresa del Sr. Asesor de Menores.

En este artículo se puede encontrar en su inciso c. que se mantiene el vínculo de afinidad, que pertenecía al antiguo CC, en la actualidad derogado por el CCCN.

El nuevo CCCN elimina el vínculo afectivo como excepción en la guarda de hecho. Burgués (2018) refiere a vínculo afectivo como la existencia de una relación previa y de afinidad genuina que hay entre los guardadores y los progenitores. Este aspecto se tuvo en cuenta en el anteproyecto del CCCN pero con posterioridad fue eliminado.

Burgués (2018) en su artículo cita a Herrera y Molina de Juan, quienes dicen que más allá de que se entiende que hay una primacía del CCCN sobre las leyes provinciales en materia de guarda de hecho, la decisión final nunca podrá violar el principio rector en materia del interés superior del niño.

En este punto se pudo analizar la definición de guarda de hecho, es cuando los progenitores entregan sus hijos para que otra familia se haga responsable, la entrega se hace por propia voluntad sin intervención judicial ni administrativa. Esta guarda se encuentra prohibida por nuestra ley civil, con excepción de que a las personas que se les otorga la guarda tengan parentesco, en este caso queda permitida. Esta posición es criticada por Medina y Roveda en su libro.

Por último se analizó la discordancia que se encuentra entre el CCCN y leyes provinciales, como en el caso de Córdoba, donde está permitida la entrega en guarda de hecho a personas con vínculos de afinidad, prohibido por nuestro CCCN.

a. Impedimentos legales

Este punto es de gran importancia ya que del mismo deriva el problema de investigación. La ley prohíbe que puedan adoptar tanto las familias en guarda de hecho como las familias de acogimiento. La primer problemática que se trabajará es el impedimento que tienen las familias de acogimiento a la hora de solicitar la guarda con fines de adopción.

Es preciso tener en cuenta que estos niños se encuentran en un ámbito familiar alternativo como una medida excepcional en el cual se lo separa de su familia de origen. Para ser familia de acogimiento es preciso pertenecer al programa del SENAF en el cual familias pertenecientes a la sociedad deciden cuidar de NNyA que fueron separados de su familia de origen.

Las familias que se les otorgan los menores deben cumplir con diferentes requisitos como también deben firmar un convenio con el órgano administrativo encargado, el cual le va a hacer el posterior seguimiento. Este programa es temporal, y presenta un plazo máximo de 180 días. Continuando con el convenio, el mismo tiene una cláusula que es la de no estar inscripto en el registro de adoptantes, el mismo a la hora de adoptar es requisito obligatorio. Es en este punto donde se genera la problemática y el choque de intereses.

Al preguntarse ¿qué sucede cuando se genera un vínculo afectivo entre la familia acogedora y el NNyA? ¿Se le puede otorgar la guarda con fines de adopción? la normativa vigente lo prohíbe, pero si trabajamos sobre el interés superior del niño, base de todas las leyes de su protección, ¿se puede otorgar la adopción? Son todos los interrogantes que surgen de la realidad de estas familias cuando generan un vínculo de afecto.

En principio, la normativa civil argentina prohíbe expresamente la adopción posterior de estos niños. Decimos en principio porque, como se verá, cierta jurisprudencia se ha corrido de dicho criterio y ha otorgado la adopción del menor, cuestión se analizará en el próximo capítulo.

Por otro lado, se tiene la guarda de hecho, la cual regula nuestro CCCN en su artículo 611. Las guardas de hecho están prohibidas por nuestra ley civil, pero se encuentra una excepción, se da cuando se entrega la guarda a una persona que tenga parentesco.

En las guardas de hecho no interviene, como en la familia de acogimiento, un órgano administrativo, los progenitores por propia voluntad entregan a sus hijos. La familia que tiene la guarda de hecho se hace cargo de los menores, pero ¿qué sucede si con el pasar del tiempo los padres biológicos no pueden volver a cuidar de los menores? Según nuestra ley civil no

permite que en ningún caso de guarda de hecho se pueda otorgar la adopción de los menores bajo su cuidado. En este punto encontramos la misma problemática que se da en la familia de acogimiento, que se genere un vínculo afectivo. Por lo tanto ¿Se puede otorgar la guarda con fines de adopción basándonos en el interés superior del niño a la familia responsable de la guarda de hecho? Al igual que en la familia de acogimiento, el artículo del nuestro plexo civil no permitiría la adopción posterior del guardador hacia el niño otorgado en guarda.

Así las cosas, parece que existiría una incompatibilidad entre ser familia de acogimiento o guardadores de hecho con la posibilidad de adoptar. Ello, porque nuestra ley lo prohíbe, pero no hay que dejar de tener presente el interés superior del niño y qué es lo conveniente para ellos. ¿Puede ser la adopción otorgada a una familia de acogimiento o a un guardador lo mejor para el niño? Se dará respuesta a este interrogante en el próximo capítulo.

b. Registro Único de Aspirantes a La Adopción.

En esta parte se hará un análisis del Registro Único de Aspirantes a La Guarda con Fines de Adopción. Es importante prestar especial atención, ya que es requisito fundamental para poder adoptar según lo dispone nuestra ley civil.

Borda (2018) ahonda sobre esta temática. Comenta que el registro se crea con la ley 25.854, el mismo depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La función que cumple es la de conformar una red de registros de aspirantes a guarda con fines de adopción, la integran cada uno de los registros provinciales según lo establecido por el decreto 1328/2009 en su artículo 1°.

Las provincias están invitadas a adherir a este registro con la finalidad de proveer información compartida de un listado de todas aquellas personas que tienen el deseo de adoptar, las mismas tienen que cumplir los requisitos de idoneidad establecido por la ley local. Con relación a esto Borda dice que *“se posibilita una mayor agilización y encuentro de adoptantes para los niños sobre la base de realidades diferentes que, por ello mismo, requieren diversos perfiles de progenitores: grupos de hermanos, niños infantes (no bebés), niños con discapacidad, entre otros supuestos.”* (Borda, 2018, p. 328).

El estar inscripto en el registro es requisito fundamental del pretense adoptante para que se le otorgue la guarda con fines de adopción. Esto tiene base en diferentes artículos de nuestro CCCN. El artículo 600 del CCCN describe que pueden adoptar las personas inscriptas en el

registro de adoptantes.²⁸ Por otra parte el artículo 613 de CCCN establece que el juez que declaro la situación de adoptabilidad tiene que seleccionar a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes.²⁹ Por último el artículo 634 del CCCN se refiere a las causales de nulidades absolutas en la adopción, en su inc. h. establece que adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a la inscripción y aprobación del registro único.³⁰

Haciendo una síntesis de lo trabajado en este punto se vio que la función del Registro Único de Aspirantes a La Adopción es hacer una red de aspirantes a la guarda con fines de adopción. El registro depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por otro lado el estar en el registro es requisito obligatorio para acceder a la guarda con fines de adopción. Se expuso en que artículos de nuestro CCCN encuentra base este requisito.

Como se dijo, el registro es un requisito obligatorio para acceder a la adopción, pero tenemos casos en los que se puede prescindir del mismo en defensa del interés superior de los menores que están en situación de adoptabilidad. Este requisito, al ser una regla general y motivo por el cual se puede declarar nula una adopción si no se cumple, en muchos casos se lo puede tener como inconstitucional, por el motivo de que en vez de proteger a los menores, atentan contra ellos, más adelante se mostraran ejemplos.

3.4 Conclusión Parcial

Llegando al final de la unidad tres se va a hacer un repaso de los aspectos más importantes. Se comenzó la unidad con adopción, la cual es una institución perteneciente al derecho privado y se constituye sólo a partir de la sentencia de un juez. Se refirió a los principios generales que la rigen. El primero y más importante es el interés superior del niño, cuestión sumamente relacionada a esta investigación.

Tal como se ha dicho, en la adopción intervienen diferentes sujetos. Por una parte tenemos al adoptado que son personas menores de edad no emancipadas. Hay casos excepcionales en que el adoptado puede ser mayor de edad, en el caso de discapacidad, por ejemplo. Por otro lado, el adoptante debe tener 25 años ya cumplidos y debe ser 16 años mayor que el adoptado. No hace falta que los dos cónyuges que van a adoptar cumplan con estos requisitos, mientras uno los cumpla es suficiente. Se debe tener cinco años de residencia en el

²⁸ Artículo 600 CCCN

²⁹ Artículo 613 CCCN

³⁰ Artículo 634 CCCN

país anterior a la solicitud de guarda. Si es ciudadano argentino o naturalizado se puede prescindir de este requisito. Por último, es requisito fundamental del pretense adoptante estar inscripto en el Registro de Adoptantes, cuestión altamente debatida porque es la traba que tienen las familias de acogimiento y las guardadoras de hecho para acceder a la posibilidad de adoptar.

Finalizando con la adopción se analizó las clases de adopción que regula nuestro CCCN. Por un lado, en adopción plena se extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen menos los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene los mismos derechos que los hijos biológicos. Por otro lado, en la adopción simple, el adoptado no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, a diferencia de la adopción plena. Y, por último la adopción por integración la misma se da cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente.

Ahora sí, y llegando al núcleo central de esta investigación, se trabajó con familia de acogimiento. Se entiende por ella una medida excepcional que se aplica cuando un niño es separado de su medio familiar y esta temporalmente con una familia hasta que se soluciona el problema por el cual fue separado de la familia biológica o se declare su adoptabilidad. Este programa es parte del sistema de protección integral. Antes de separar al niño de la familia biológica se tienen que agotar todas las medidas necesarias para que permanezca en ella.

Por otro lado, se abordó la guarda de hecho. La misma se da cuando una familia entrega a sus hijos por su propia voluntad sin intervención judicial ni administrativa. La guarda de hecho es prohibida por nuestro CCCN, la excepción se da cuando existe parentesco entre la familia biológica y la cuidadora del NNyA. Con relación a este punto hay discordancias entre algunas leyes provinciales y el CCCN, el mismo solo la acepta cuando hay parentesco. Leyes provinciales la admiten cuando hay un vínculo de afinidad, como es el caso de Córdoba.

Por último, se analizó el Registro Único de Aspirantes a La Adopción. Consiste en una lista de personas que pretenden ser adoptantes. Pertenece al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para poder adoptar es requisito obligatorio estar inscripto en este registro.

Capítulo IV: Jurisprudencia.

Introducción

En este capítulo se trabajará con jurisprudencia de nuestro país. Los siguientes casos tratan de familias temporales que intentan adoptar a los niños bajo su cuidado, ya sea por ser guardadores de hecho o familia de acogimiento.

Se trabajará sobre cuatro casos.

El primero trata de una madre que entrega a una beba recién nacida a una familia, lo hace con la finalidad de que esta se encargue de su cuidado dado su imposibilidad de hacerlo. Transcurrido el tiempo la familia a cargo de la menor solicita a la justicia que se le otorgue la guarda con fines de adopción de la niña, esta petición es rechazada por la a quo. Luego apela esta sentencia, la Cámara hace lugar a su pedido y le es concedida la guarda con fines de adopción.

Un segundo caso trata de una madre que hace entrega de su hija a una familia conocida por ella. Esta se hace cargo de la menor por el transcurso de cinco años, en este tiempo se generó un vínculo afectivo muy fuerte entre la menor y los guardadores de hecho. La familia solicita la adopción de la menor y al igual que el caso anteriormente planteado la a quo rechaza su petición. Disconformes con la resolución del tribunal inferior, se apela la sentencia, en la cual la Cámara hace lugar a lo solicitado y les otorga la guarda con fines de adopción.

El tercero, se abordara el caso de una familia de tránsito, a la cual se le entrega la guarda preadoptiva de una niña luego de haber vivido con ellos durante tres años. La familia por el tiempo transcurrido solicita que se le otorgue la adopción y el Tribunal en una primera instancia, rechaza su solicitud, la familia de tránsito apela la sentencia. La decisión final es otorgar la guarda preadoptiva en defensa del interés superior de la niña, preservando el vínculo de afecto construido entre ella y su familia cuidadora.

En el último caso se trabajará con una postura diferente a las anteriores. Aquí analizaremos el caso de una familia de acogimiento que no se le otorga la guarda con fines de adopción del menor a su cuidado. El caso consiste en una familia que se inscribe en el programa de familias de acogimiento de la ciudad de Córdoba y por lo cual se les entrega un menor para su cuidado. La familia cuida del niño por el transcurso de catorce meses generándose un vínculo de afecto entre ellos. Por tal motivo solicitan que se le otorgue la guarda con fines de adopción

del menor, pero su petición es rechazada por la a quo y también es desestimada por la alzada por lo cual ese niño es adoptado por otra familia.

4.1 Postura a favor de la adopción.

a. Primer caso

En los autos caratulados “G. C. Z. | guarda preadoptiva” en el año 2009 la Cámara civil de Neuquén decide rechazar la sentencia del tribunal a quo que prohíbe entregar la guarda con fines de adopción a los guardadores E.M.G y C.R.C, de una beba de cuatro meses de vida que convivía con ellos por voluntad de la madre. El tribunal basa su resolución en que la familia no se encuentra primera en el orden de prelación del registro de adoptantes y decide que se otorgue dicha guarda a quienes indique el Registro de Adoptantes o la secretaria de la superintendencia.

La madre solicita que se le respete su decisión la cual está contemplada en el artículo 316 del código Civil, que exigía la conformidad de los padres biológicos. Ella alega que desde el momento que decidió tener a la niña (no abortar), no asumir su cuidado, y que la crianza sea por el matrimonio elegido por ella. La misma dice que descarto varios interesados en adoptar a su hija y que al relacionarse con estos guardadores se generó un vínculo empático y de confianza, esto la persuadió a trasladarse a Neuquén y ahí entregarles la tenencia de la niña al momento de su nacimiento, manteniéndose el trato personal hasta el presente.

La niña nació el 6 de noviembre del 2008, desde ese entonces está al cuidado de los guardadores, transcurrieron cuatro meses hasta el momento, tiempo suficiente para que se genere un vínculo de afecto.

La cámara para fundar su resolución decidió revisar doctrina y jurisprudencia de casos análogos. Comienza el juez diciendo *“he de admitir que se trata en el sub examen de una situación delicada y merecedora de ecuaníme ponderación, con el norte de evitar excesos rituales que puedan afectar lo que legalmente debe prevalecer: el interés superior de la niña involucrada.”* (G. C. Z. | guarda preadoptiva, 2009).

Como ya sabemos para poder acceder a la guarda con fines de adopción es requisito fundamental estar inscripto en el Registro Único de Aspirantes a La Adopción, así lo determina

la ley civil, pero no tenemos que dejar de tener en cuenta que esto no puede prevalecer sobre el interés superior de la niña. Con relación a esto la Cámara expone.

“El Registro Único de Aspirantes resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad. Pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin, que jamás podrá erigirse en elemento que conspire contra el interés superior del menor.” (G. C. Z. | guarda preadoptiva, 2009).

Otro fundamento en el que la Cámara basa su decisión en el derecho a la identidad de la menor, protegido por la ley 26.061 en su artículo 11. Con relación a la identidad la cámara dice: *“el Registro Único de Aspirantes ha buscado es eliminar los circuitos ilegales de acceso a su crianza o, en general, el tráfico, no es posible hacer del mentado Registro un fin en sí mismo, generando maniobras violatorias del derecho a la identidad de los niños”* (G. C. Z. | guarda preadoptiva, 2009).

Por lo expuesto con anterioridad la Cámara resuelve mantener la tenencia de la menor con la familia guardadora Señores E.M.G y C.R.C. Se deberá seguir el trámite de la adopción según el estado en que se encuentre.

Desde mi perspectiva adhiero a la postura de la Cámara en donde la misma otorga la guarda con fines de adopción a la familia que se hizo responsable del cuidado de la menor.

Considero que hay momentos en donde se tiene que dejar el formalismo de lado y focalizarnos en el bienestar de las personas. Se tiene que tener presente el espíritu de las leyes, la finalidad para la cual fueron creadas, pero sin menoscabar el interés del menor.

Es aceptable la postura del tribunal a quo si solo ponemos la mirada en lo que dice la ley civil, pero si pensamos en qué es lo mejor para el niño, para su interés superior, el cual tiene protección constitucional, y su derecho a la identidad, la postura que toma la Cámara es la correcta.

Otra cosa a favor de la familia guardadora es que cumplen con todos los requisitos para poder adoptar ya que están inscriptos en el registro único. Por lo tanto, el único impedimento que encontramos es el orden de prelación. Con esto nos preguntamos ¿es más importante una lista que el sufrimiento de la niña de ser separada por segunda vez de sus referentes afectivos? Este aspecto y muchos más se tienen que tener en cuenta a la hora de tomar una decisión que pueda marcar a una persona para toda la vida.

b. Segundo caso

El siguiente fallo al igual que el anterior, se otorga la guarda con fines de adopción a la familia guardadora de una niña.

En los autos caratulados “S. R. M. y A. A. | guarda preadoptiva” en el año 2017, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, ante un recurso de apelación, rechaza la sentencia del tribunal a quo en la que no se le otorgaba la guarda pre adoptiva a los señores R.M.S y A.V.V.

El caso consiste, en una madre que hace entrega de su hija por imposibilidad de sostenerla económicamente, a la familia compuesta los señores R.M.S y A.V.V. Por su parte esta familia tiene el deseo de que se le entregue la guarda con fines de adopción de la menor, por tal motivo concurrieron por sus propios derechos ante el juzgado de Familia y Menores para promover la guarda pre adoptiva de la menor R.B.B, en el cual cuentan que la niña se encontraba en condiciones de vulnerabilidad habiéndole, la madre biológica, otorgado el cuidado de la menor. El tribunal dispuso citar a la madre biológica de la niña, la misma concurre a la audiencia y declara que presta su conformidad para que su hija quede al cuidado de la familia compuesta por los señores R.M.S y A.V.V. y que tiene el deseo que luego sea adoptada por este matrimonio, dado su imposibilidad de mantenerla económicamente. La madre reconoce que con esa familia su hija va a estar en mejores condiciones de vida, y declara conocer a ese matrimonio porque el hombre es hermano de su vecina. Concluyendo las declaraciones se llama a dictaminar a la asesora de menores, que previo a considerar no haberse constatado si los actores se encontraban inscriptos en el Registro de Aspirantes a Adopción, considero entregar a la menor en guarda provisoria en atención a su interés superior.

Trascurrido más de dos años la familia se vuelve a presentar acompañada con informes psicológicos, socio-ambientales de adaptabilidad y del jardín maternal donde concurría la menor. También acreditan estar inscriptos en el Registro, por tal motivo solicitan la guarda pre adoptiva. Luego transcurre un año y medio sin que la causa se activara.

El siguiente paso fue la toma de declaraciones a la menor R.B la cual en todo momento reconoce como papá y mamá a su familia guardadora. La asesora de menores solicita que se normalice la situación de la menor y que la convivencia con el matrimonio resulta beneficiosa para ella. Y es ahí cuando la a quo rechaza la guarda pre adoptiva, justifica su decisión en la prohibición de la guarda de hecho descripta en el artículo 611 del CCCN, por otro lado la

familia no había actualizado su inscripción en el Registro de Adoptantes, por lo cual no se hallaban inscriptos en ese entonces.

La sentencia es apelada por la familia y la cámara decide como primera medida revocar la sentencia que denegó el pedido de guarda pre adoptiva. La misma expuso que:

“Si bien el fallo no hizo más que aplicar correctamente la legislación vigente, frente a la innegable consolidación del vínculo generado entre los actores y la niña después de más de cinco años de convivencia como familia, cabe concluir que el esquema normativo aplicado no es conteste con los derechos fundamentales de las personas que participan del proceso.” (S. R. M. y A. A. | guarda preadoptiva, 2017)

Por otro lado declara la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611 CCCN; del artículo 600 inc. h del CCCN y del 634 del CCCN. Además la cámara hace referencia al interés superior del niño y su derecho a su identidad construida diciendo que:

“No se alcanza a dimensionar cómo una interpretación de la norma apegada a su literalidad pueda compadecerse con la puesta en acto del superior interés del niño y del derecho a una familia cuando su aplicación arroja un resultado marcadamente contradictorio con su identidad construida y con la familia que en los hechos lo ha cobijado como hijo; es decir, la prohibición de la guarda de hecho, tan contundente e inflexible, invisibiliza el andamiaje sobre el que se ha montado la identidad de esta niña en particular y por ende se muestra contraria al art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” (S. R. M. y A. A. | guarda preadoptiva, 2017)

Por lo expuesto y como se dijo, la Cámara resuelve revocar la sentencia de la a quo, otorgando la guarda pre adoptiva a la familia que se encontraba al cuidado de la menor. Y otorgar la adopción plena de la niña.

Por mi parte considero, como en el anterior caso expuesto, que la decisión de la Cámara fue la correcta ya que puso foco en el interés superior de la menor y no en la literalidad de las leyes. La sentencia de la a quo no fue errónea si nos apegamos a lo que nuestra ley civil nos dice, pero si pensamos en el espíritu de las leyes, lo que realmente intentan proteger, la decisión de la Cámara fue la correcta.

No se puede pasar por alto el vínculo de afecto que se formó entre la menor y sus guardadores luego de cinco años de convivencia, además la niña ya reconocía a los mismos como su papá y su mamá. La sentencia de la Cámara evitó que se genere un trauma en la menor

por el hecho de que por segunda vez se la separe de su familia, en este caso podemos decir que se tuvo presente su interés superior y, por lo tanto, adhiero a la decisión tomada.

c. Tercer caso

En los autos “G. B. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS” el Juzgado de Familia Nro. 6 del Departamento Judicial de Morón, con fecha tanto 16 de Marzo de 2017 ha declarado otorgar la guarda preadoptiva a una familia de tránsito, también llamada de acogimiento. En el presente, luego de tres años de cuidado, se generó un vínculo de afecto entre la familia de tránsito y la menor, por lo tal motivo y para preservar el interés superior de la niña se dictamino la guarda preadoptiva.

El 27 de diciembre de 2013 se le entrega a una familia de transito una menor para su cuidado, la misma al tiempo de la entrega tenía un año y ocho meses. La menor venia de otra familia de transito la cual no pudo cuidar de ella.

La familia en cuestión destaca que en todo momento entendieron el rol que ellos cumplían, “familia de tránsito”, sin tener ninguna otra intención con la menor. No obstante ella en el tiempo que transcurrió con ellos los llamaba mamá y papá, la familia acogedora intento que no fuese así pero no tuvo éxito.

El proceso de adopción de la niña se hizo excesivo, la familia toma conocimiento del mismo en el mes de abril del 2015 que queda firme la resolución que decreta la situación de adoptabilidad, por este motivo comenzaron a prepararse para la partida de la niña. En el mes de septiembre del mismo año, se le informa a la familia que el equipo técnico del juzgado selecciono a un matrimonio para ser los pretensos adoptantes de la menor. El matrimonio comienza el periodo de vinculación con la menor, yendo a la casa de la familia de tránsito para visitar a la menor.

Se le informa a la familia de transito que la vinculación queda suspendida por recomendación del equipo psicológico interviniente, entendiendo los mismos.

“toda esta expectativa generada y que finalmente quedó frustrada generó en la niña una tormenta de emociones que por su corta edad no puede expresar, pero que sin duda gravitan en su psiquis y en el desarrollo de su personalidad ya que percibió perfectamente todo lo que estaba ocurriendo a su alrededor y reveló con

sutilezas su resistencia, a partir de esta situación caen en la cuenta de que Bea se encuentra totalmente arraigada en su familia, se siente parte de ella, los percibe como sus padres y que por ellos resultaría sumamente perjudicial para la pequeña que la separen de ellos, porque ya tiene una familia.” (G. B. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS, 2017)

Por otro lado, el equipo técnico entendió que decirle a la niña que la familia de tránsito son su papá y su mamá sería quitarle una gran incertidumbre a su vida. Los hijos de la familia están de acuerdo y tienen el deseo de que la misma forme parte de su familia, aunado a que de esta forma se consolidaría el derecho a la identidad y al respeto de su centro de vida, siendo esto los elementos que integran su interés superior.

Por lo expuesto, con anterioridad la familia de tránsito, solicitan que, por el carácter de referentes afectivos de la niña y haciendo foco en su interés superior, se les otorgue la guarda con fines de adopción.

La petición de la familia es rechazada y se ordena suspender definitivamente la vinculación entre la niña y el matrimonio. Dicha resolución fue apelada, recurso que fue concedido elevándose los autos a la Cámara de Apelaciones Departamental. La misma dictamina que

“Se revoque la resolución apelada en su punto 1) por prematura y dispone que la Suscripta dicte una nueva resolución, previo cumplimiento de ciertas medidas que se detallan en el decisorio; y respecto de la situación de la niña G.B.R. debe mantenerse al cuidado de sus actuales abrigadores hasta tanto se resuelva la misma.” (G. B. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS, 2017)

Por preservar el interés superior de la menor, el tribunal resuelve: otorgar la guarda con fines de adopción a la familia de tránsito, basando el decisorio en el artículo 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 3,7.1, 8.1, 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 614 del CCCN.

Por otro lado resuelve, hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad de los artículos, 600 inc. b. del CCCN, el cual reza que pueden adoptar solo las personas inscriptas en el registro único de adoptantes y el 634 inc. h. del CCCN el mismo se refiere a que adolece de nulidad absoluta la adopción que se obtuvo sin la inscripción y aprobación del registro de adoptantes.

4.2 Postura en Contra de la adopción.

En el presente caso se trabajará con una familia de acogimiento, la cual luego de un tiempo de cuidado del menor solicita que se le otorgue la guarda con fines de adopción, la a quo rechaza su solicitud. Por ello, interponen un recurso de apelación ante la cámara, la misma lo rechaza.

La siguiente causa se da en la ciudad de Córdoba, en la cual un matrimonio se inscribe en el programa familia para familias del SeNAF. El programa consiste en el cuidado temporal de niños, niñas y adolescentes que no pueden permanecer con su familia biológica. El fin consiste en que estas causas que motivaron a la separación de la familia de origen sean resueltas para que el NNyA pueda retornar con sus padres. Es temporal, el mismo tiene un plazo máximo establecido por ley, que según el CCCN son 180 días, si en este plazo no se resuelven las causas que motivaron la separación de sus progenitores se tiene que declarar al niño en situación de adoptabilidad. La familia al hacer parte del programa tiene que firmar un convenio, el mismo en su primer artículo los hace renunciar a la posibilidad de ser tenidos en cuenta para la adopción del menor bajo su cuidado.

La familia compuesta por la señora V. C. y el señor J. E. H. se les hace entrega de un niño para su cuidado temporal por pertenecer al programa de familias de acogimiento. Pasado el tiempo no se logra resolver la situación del menor por lo tanto el niño permanece catorce meses con los mismos. La familia acogedora pidió que se los tenga en cuenta en el proceso de declaración de situación de adoptabilidad del niño anulando el artículo primero del convenio que firmaron a la hora de la entrega, el cual les impide ser parte del mismo, la jueza de Niñez, Adolescencia y Violencia Familiar rechaza su solicitud. Por tal motivo interponen un recurso de apelación fundamentando que:

a) Ausencia de fundamentación de la negativa a ser tenidos como parte “en la causa de control de legalidad de las actuaciones efectuadas por la SeNAF” (sic) respecto del niño de autos.

b) Falta de fundamentación del rechazo a la nulidad planteada en relación al art. 1° del Acta Compromiso.

c) Ausencia de fundamentación a la negativa a ser tenidos como parte en el proceso de declaración de adoptabilidad en los términos del art. 608 últimas partes del C.C. y C.

d) No ser considerados como pretensos adoptantes de conformidad a lo dispuesto por el art.6 inc.f de la ley 8922.

e) Vulneración del principio del interés superior del niño y en su marco el respeto al “centro de vida” de aquel. (“Cuerpo de copias en autos: L. B. – control de legalidad – Recurso de apelación”., 2017)

La Cámara rechaza su pedido y alega que con relación a la solicitud de anular el artículo primero del convenio: *“no se ha especificado en donde estaría el vicio de la cláusula impugnada y que los apelantes podrían no haberla firmado si entendían que ser familia de acogimiento bajo dichas condiciones restringía su libertad.”*. (L. B. – control de legalidad – Recurso de apelación, 2017)

La Cámara también hace referencia al tiempo transcurrido, ya que el límite son seis meses y el menor permaneció con la familia catorce meses. En el cual justifican la extensión del plazo por el motivo de que se trató de localizar a la progenitora para lograr restituirlo a su familia de origen y esto demoró el proceso. Una vez encontrada la misma desistió de la posibilidad de que vuelva y es ahí cuando se lo declara al menor en situación de adoptabilidad.

Por otro lado la cámara dice que no procede la excepción del art. 6 inc. f de la ley 8822 por el motivo que:

“la excepción está prevista para cuando el juez considere que el interés del niño se vería afectado si lo traslada a otra familia, ya sea porque es de avanzada edad para incorporarse a otro grupo familiar o padeciera una enfermedad grave de la cual recibe cuidados específicos o bien sería dificultoso encontrar a otra familia que pudiera llevar a cabo esos cuidados o, también, si su desprendimiento implicara separarlo de sus hermanos.” (L. B. – control de legalidad – Recurso de apelación, 2017)

Por lo expuesto, podemos entender que la familia acogedora no entra en ninguna de estas excepciones. Es por estos motivos que la alzada rechaza la petición.

La decisión tomada por la Cámara, aunque respeta rigurosamente lo dispuesto por nuestra ley civil, considero que no necesariamente implicaría lo mejor para el menor. Ahora bien, si hacemos foco en el menor, podemos ver que en un principio es abandonado por su madre biológica generándose traumas, para luego ser separado también de su familia guardadora con a que convivió por el plazo de catorce meses, tiempo suficiente para que se genere un vínculo de afecto con la misma, tenemos que recordar que este tiempo excede por ocho meses del máximo establecido por nuestro CCCN.

Si se comprueba que lo mejor para el menor es conservar dicho vínculo afectivo, el artículo 611 no debería de primar por sobre su interés superior. Ello, por cuanto, este es de jerarquía constitucional. En mi opinión creo que no es lo mejor para su interés superior, el hecho de no otorgar la guarda con fines de adopción a la familia de acogimiento. Recordemos que el interés superior es de protección constitucional mediante el artículo 75 inc. 22 de la CN. La nueva separación por la que va a atravesar el niño va a generar una herida que con el pasar de los años va a ser difícil sanar.

4.3 Conclusión parcial

Haciendo una síntesis de lo expuesto en el cuarto capítulo, se puede observar que se trabajó con dos posturas en torno a la problemática en cuestión. Por un lado, tenemos dos fallos que otorga la guarda con fines de adopción a la familia que la solicita y, por el otro lado, le niegan esta posibilidad.

En el primer caso fue sobre con una niña que fue entregada a una familia por voluntad de la madre, dicha familia cumplieron la función de guardadores de hecho. Pasado el tiempo la familia solicita la adopción de la menor y la a quo rechaza su petición. Los guardadores apelan esa decisión del tribunal y luego la cámara civil de Neuquén hace lugar a su pedido y les otorga la guarda con fines de adopción con el fin de proteger el interés superior de la menor.

Resumidamente expusimos el primer caso en donde se hace lugar al pedido de una familia guardadora para ser los padres adoptivos de la niña entregada por voluntad de la madre.

En un segundo caso, fue acerca de una niña que es entregada por su madre biológica a una familia que conoce por medio de su vecina. La madre no tiene las posibilidades económicas para sustentar a su hija, por tal motivo la entrega para que cuiden de ella. La familia guardadora cuida cinco años de la menor generándose indefectiblemente un vínculo afectivo entre ellos, tal es así que la niña los reconoce como su mamá y su papá. La familia solicita poder ser ellos los futuros adoptantes de la menor, y el tribunal inferior rechaza su pedido citando todas aquellas leyes que así lo prohíben. Por tal motivo la familia apela esta sentencia y la cámara hace lugar a su pedido declarando inconstitucional aquellos artículos que no le permiten ser los futuros adoptantes de la niña y justifica su decisión en el interés superior de la niña y su derecho a la identidad construida, ambos tienen protección constitucional.

El tercer caso con el que se trabajó hace referencia a una familia de tránsito que tiene bajo su cuidado a una niña por el plazo de tres años. El matrimonio en todo tiempo entendió su función de familia de acogimiento pero, al pasar tanto tiempo con la menor, se creó un vínculo de afecto muy fuerte sin poder hacer nada al respecto, tal es así que la niña los reconocía como su mamá y su papá.

En este caso, luego de dos años se dictamina la situación de adoptabilidad de la menor, la cual la familia de tránsito acepta tal decisión y se preparan para despedir a la niña. Luego de pasar 5 meses se le asigna una familia, los cuales serían sus pretendientes adoptantes. Comienza el periodo de vinculación en donde este matrimonio seleccionado va al domicilio de los cuidadores en dos oportunidades, fracasando la vinculación con esta nueva familia. El equipo técnico decide suspender este periodo y deciden que sacar a la niña de su familia de tránsito sería causarle un daño a su interés superior.

La familia de tránsito formada por el matrimonio y sus hijos están de acuerdo en adoptar a la menor, por eso solicitan ser sus adoptantes y el equipo técnico los apoya, por lo tanto solicitan al Tribunal que se les otorgue la guarda con fines de adopción.

Al presentar su solicitud de pretendientes adoptantes al tribunal, el mismo decide denegar el pedido, por tal motivo apelan la resolución y la cámara hace lugar. Se revisa la sentencia y la decisión final es otorgar la guarda preadoptiva y declarar la inconstitucionalidad de aquellos artículos que la prohíben por no encontrarse inscriptos en el registro de adoptantes.

El último caso trabajado, falla de forma contraria a los tres anteriores. Una familia forma parte del programa de acogimiento familiar, en el cual se entrega a un menor en el cual su función es cuidarlo hasta que se solucionen los problemas por el cual fue separado de su familia de origen para que retorne a ella. Este programa es temporal con un máximo de seis meses. En este caso, el niño permanece catorce meses con la familia generándose un vínculo de afecto entre ellos, por tal motivo la familia solicita ser tenidos en cuenta para ser pretendientes adoptantes del niño pero la a quo rechaza su pedido. Por tal motivo la familia apela la sentencia y la Cámara rechaza su solicitud, por lo tanto no formó parte de la adopción del menor y se designó a la familia que correspondía según el registro de adoptantes.

En los casos expuestos podemos ver dos posturas marcadas. Por un lado, en los tres primeros casos se le da prioridad al interés superior del niño, se tiene presente que el mismo no sea expuesto otra vez a una situación de abandono y otorgando la posibilidad de adoptar a estas familias guardadoras que cuidaron de ellos. Por mi parte adhiero a esta postura tomada

por las Cámaras, el interés superior de los NNyA está protegido por nuestra constitución mediante los tratados internacionales y es lo que debe primar ante la colisión con cualquier otro derecho.

En el último caso que se analizó, considero que no se tuvo en cuenta el interés superior del niño, su fundamento para que este menor sea adoptado por otra familia es un convenio firmado por la familia de acogimiento que renuncia a la posibilidad de ser tenidos como pretendientes adoptantes y normas del CCCN que lo prohíben. En este caso se pasó por alto que el niño había formado parte de su identidad con la familia guardadora y después de catorce meses generó un vínculo de afecto. Por lo expuesto discrepo con la decisión tomada por la a quo y la Cámara de no permitirle a la familia acogedora ser tenidos en cuenta para la guarda con fines de adopción.

Capítulo V: Conclusión Final

La pregunta de investigación que guio este TFG fue, basándonos en el interés superior del NNyA, ¿pueden ser tenidos en cuenta como pretendidos adoptantes del menor bajo su cuidado las familias de acogimiento o guardadores de hecho?

Como hipótesis de trabajo se dijo que se considera que el interés superior del niño debe primar sobre las consideraciones que ha hecho la ley civil, otorgando la guarda con fines de adopción a familias de acogimiento o guardadores de hecho cuando el interés superior de los NNyA así lo requiera.

La hipótesis de trabajo ha sido confirmada. Analizando diferentes casos y estudiando la doctrina se entiende que, cuando el interés superior del NNyA así lo requiera, está justificado que se otorgue la guarda con fines de adopción a familias de acogimiento o guardadores de hecho. Lo dispuesto por el CCCN, al generalizar, es muy difícil resguardar el interés superior del NNyA, sabiendo que Código prohíbe la posibilidad de guarda con fines de adopción a las familias de acogimiento y a los guardadores de hecho. En los casos en que el interés superior del NNyA requiera que permanezcan con las familias cuidadoras, adherimos a la posición de los jueces, que se encontraron a favor de esta postura, declarando inconstitucional los artículos del CCCN que lo prohíben (Artículo 611 CCCN; del artículo 600 inc. h del CCCN y del 634 del CCCN)

El interés superior del NNyA es protegido por nuestra Constitución Nacional, debe primar ante cualquier ley que vaya en contra del mismo. Por este motivo confirmamos la hipótesis del trabajo. Por lo tanto adherimos a la postura tomadas por aquellos jueces que no se quedan en el rigorismo de las leyes sino que hacen el foco en cada caso en particular, declarando inconstitucional todo aquello que atenten contra el interés superior del NNyA en cuestión, entendiendo por interés superior a respetar el vínculo de afecto creado entre ellos y sus cuidadores, respetar el derecho a la identidad formada.

Haciendo un repaso de lo trabajado a lo largo del TFG, se comenzó con el concepto de derecho de familia, el mismo perteneciente al derecho privado, ya que su función es la de regular las relaciones entre las personas. El derecho de familia se encuentra en el CCCN y en leyes complementarias.

Continuando con el derecho de familia, se estudió los cinco caracteres propios de este derecho. El primero es que el derecho de familia está influido por ideas morales y religiosas;

son complejos derechos y deberes; la voluntad no es tenida en cuenta como en el resto del derecho privado ya que sus normas tienen un carácter imperativo; el estado de familia y los derechos que derivan de él son imprescriptibles y, por último, se sostuvo que en el derecho de familia hay una relación de superioridad y relativa dependencia, excepto entre los conyugues.

Una vez visto derecho de familia, pasamos al análisis del concepto jurídico de familia. En este punto se tomó como referencia el libro de Borda. Sostiene que está constituida por un padre, una madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. Se pueden incluir parientes o personas con estrechos vínculos de afinidad.

Bossert y Zannoni muestran las dos caras de la definición de familia. Por un lado la sociológica, considerada como una versión antigua donde la familia se forma de una unión intersexual, hombre y mujer. Por el otro lado desde una perspectiva jurídica donde la familia tiene origen en el matrimonio sea de igual o de distinto sexo.

La institución de la familia fue mutando a lo largo del tiempo. En la antigüedad había una sola gran familia, estaba el jefe de familia que decidía por cada uno de ellos. Esta figura de autoridad fue desapareciendo con el correr del tiempo, esto lo tomamos como un aspecto positivo. Pero no todo es bueno, un aspecto negativo que trae la familia contemporánea es que ya no está la unidad que había en la familia primitiva.

Por otro lado, antes se encontraba una sola gran familia, hoy encontramos diferentes tipos de familias como es el caso de las familias extra matrimoniales, familias ensambladas, familias monoparentales, entre otras.

La familia actual atraviesa muchas crisis, una de ellas es la económica, esto lleva a que la mayor parte de la familia tenga que trabajar para poder vivir. En la antigüedad era el padre que trabajaba mientras los demás miembros se quedaban en la casa compartiendo. Hoy en día es poco tiempo el que comparten, la familia contemporánea se caracteriza por su desunión.

Otra parte importante que se tiene que tener presente es el estado de familia. Es aquella posición que ocupa una persona en la sociedad. Otro concepto es que el estado de familia es la posición que ocupa la persona en su grupo familiar, esta es la posición de Ferrer. El estado de familia tiene diferentes caracteres, a saber: la universalidad, unidad, indivisibilidad, oponibilidad, estabilidad o permanencia, inalienabilidad e imprescriptibilidad.

La familia está protegida por nuestra Constitución Nacional. Por un lado el artículo 14 de la CN protege a la familia asegurándole a toda persona que trabaje, tenga derecho a una

remuneración que le asegure un nivel de vida conveniente, para sí misma y para su familia. Por otro lado, la familia se encuentra protegida por medio de los tratados internacionales que se encuentran en el artículo 75 inc. 22 de la CN, los mismos fueron incorporados en la reforma de 1994.

En la unidad dos se trabajaron los principios, derechos y garantías de los NNyA. Los mismos se encuentran amparados por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26.061. El objeto de la ley es la protección del interés superior de los niños. Por otro lado la Constitución Nacional resguarda a aquellos mediante la convención de los derechos del niño la cual se encuentra en el artículo 75 inc. 22.

En esta unidad se trabajó con la responsabilidad parental, antes denominada patria potestad. Se entiende por esta, al conjunto de derechos y deberes que poseen los padres para con sus hijos. Toda decisión que tomen siempre tiene que ser en beneficio de su interés superior. Rige a la responsabilidad parental, el interés superior de los niños, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído de los niños.

Por otro lado se precisaron aquellos derechos y deberes que tienen los progenitores con sus hijos. Aquellos se encuentran en el CCCN en su artículo 646. En el antiguo Código de Vélez se encontraba una figura llamada castigo correctivo para los niños, hoy el nuevo CCCN la elimino.

Existen organismos y entidades gubernamentales que son los encargados del sistema de protección integral de los NNyA. También nuestro derecho tiene medidas de protección integral que se activan cuando se vulneran los derechos de cualquier NNyA.

Por último en la unidad se analizaron las medidas excepcionales. Las mismas se encuentran en la ley 26.061 entre los artículos 39 al 41 y son aplicadas cuando algún NNyA se encuentre privado de su medio familiar o por su interés superior se necesita que no estén más allí.

En el capítulo tres se abordó lo referente a familia de acogimiento y guardadoras de hecho. El trabajo quiere tratar de dilucidar si estas familias pueden acceder a la guarda con fines de adopción de los NNyA que estuvieron bajo su cuidado. Es de importancia abordar la institución de la adopción, la misma perteneciente al derecho privado y es declarada por la sentencia de un juez. Uno de los principios que la rige, el más importante, es el interés superior del niño, el cual es trabajado en diferentes partes del trabajo.

Las personas que intervienen en este proceso son: el adoptado, el mismo debe ser menor de edad no emancipado, hay excepciones. Otro sujeto interviniente es el adoptante, el cual debe tener 25 años ya cumplidos y un diferencia de 16 años con el NNyA al que fuere a adoptar. Solo se necesita que uno de los conyugues cumpla con este requisito. Por otro lado tiene que tener cinco años de residencia en el país cuando solicita la guarda con fines de adopción, se prescinde de este requisito si es argentino o naturalizado. Por último y el más importante, el mismo es causa de nulidad absoluta de la adopción, es estar inscripto en el Registro Único de Adoptantes. Este requisito es el que impide a una familia de acogimiento o guardadora de hecho poder acceder a la guarda con fines de adopción.

Encontramos diferentes tipos de adopción reguladas en nuestro CCCN. Por un lado tenemos la adopción plena, se extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen pero se mantienen los impedimentos matrimoniales; la adopción simple, es aquella que el adoptado no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el conyugue del adoptante y por último regula la adopción por integración es cuando se adopta el hijo del cónyuge o conviviente.

Luego de terminar con adopción, se trabajó con unos de los temas principales del TFG, las familias de acogimiento. La misma es una medida excepcional, se recurre a ella cuando un NNyA es separado de su medio familiar y una familia lo tiene bajo su cuidado por un periodo de tiempo hasta que se solucionen las causas por las que fue apartado de su familia biológica. En el caso que no se puedan solucionar estos problemas se lo tiene que declarar en situación de adoptabilidad. Las familias de acogimiento pertenecen al programa de protección integral.

El otro tema principal del TGF es la guarda de hecho, se da cuando la familia biológica del NNyA entrega el cuidado de sus hijos a un tercero, sin intervención judicial ni administrativa. Nuestro CCCN prohíbe este tipo de guarda, con la excepción de que exista parentesco entre la familia biológica y la cuidadora. En la ciudad de Córdoba se acepta la guarda de hecho cuando hay vínculos de afinidad no solo parentesco como lo establece el CCCN.

En la última parte del capítulo se analizó el Registro Único de Aspirantes a La Adopción. Como se dijo anteriormente es requisito indispensable para poder ser tenido en cuenta como pretensos adoptantes. Pertenece al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En el último capítulo se trabajó con jurisprudencia relacionada con nuestra situación problemática. Se analizó cuatro posturas, por un lado las que prohíben a familias de acogimiento o guardadoras de hecho ser tenidos como pretensos adoptantes y por el otro, fallos que acceden al pedido de estas familias de ser los futuros adoptantes de los menores que están

bajo su cuidado. Por mi parte, y tal como ha quedado expresado a lo largo de esta investigación, adhiero a esta última postura.

En los primeros tres fallos se analizaron situaciones en que los jueces otorgaron a familias de acogimiento y guardadores de hecho la posibilidad de ser los futuros adoptantes de los niños bajo su cuidado. Su decisión se basa en defender el interés superior del NNyA, cuando la separación de estas familias pueda afectarlo. Declarando inconstitucional, por tanto, los artículos del CCCN que prohíben a estas familias ser tenidos en cuenta como pretendientes adoptantes.

Por otro lado, se analizó un caso contrario a los tres anteriores, donde una jueza prohíbe a una familia de acogimiento la guarda con fines de adopción del menor bajo su cuidado. La justificación fue que esta familia no se encontraba inscrita en el Registro Único de Adoptantes y además que la misma firmó un convenio en el cual renuncian a la posibilidad de adopción. Desde mi punto de vista, no estoy a favor de la postura tomada, ya que no se tuvo presente que el niño generó un vínculo de afecto con la familia acogedora. En este sentido, no se respetó el derecho a la identidad construida y no se actuó en beneficio de su interés superior.

Bibliografía.

Doctrina:

- Borda, G. (2018) Derecho civil: familia. (1 ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires; La ley.
- Bossert y Zannoni. (2016) Manual de derecho de familia. (7 ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Astrea. Recuperado el 01/02/2019 <file:///C:/Users/USER/Downloads/Manual-de-Derecho-de-Familia.pdf>
- Buonacore, Domingo (1980) Diccionario de Bibliotecología. (2 ed.). Buenos Aires, Argentina: Marymar.
- Burgués, Marisol B. (2018) Génesis del artículo 611 del CCCN. Los primeros embates judiciales. Segunda parte. Micro Juris.
- Ferrer. F. A. M. (2015). Derecho de familia. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni S.C.C. Recuperado el 01/02/2019 <http://www.ejuridicosalta.com.ar>
- Medina y Roveda. (2016). Derecho de familia. (1 ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Abeledo Perrot.
- Pellegrini, M.V (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado tomo II. (1 ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. Recuperado el 01/02/2019 <http://www.saij.gob.ar/>
- Perez Martín, Antonio Javier (2015) "Derecho de Familia". Pamplona. España. Ed.Lex Nova.
- Revista pensamiento Civil “EL ACOGIMIENTO FAMILIAR EN EL SISTEMA ARGENTINO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”.
- Sabino, C (1992). El proceso de investigación. . Caracas, Venezuela: Panapo.

Legislación:

- Artículo 75 inc 22 de la Constitución Nacional.
- Convención internacional sobre los derechos del niño y de la niña.
- Ley 26.061 “ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.
- Código Civil y Comercial de la Nación.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Jurisprudencia:

- Fallo “G. C. Z. | guarda preadoptiva”, Cámara Civil de Neuquén 31 de marzo de 2009. Recuperado www.microjuris.com.
- Fallo “Cuerpo de copias en autos: L. B. – control de legalidad – Recurso de apelación” Cámara de Familia de Primera Nominación, Córdoba 27 de junio de 2017. Recuperado <http://boletindigital.justiciacordoba.gob.ar/?p=1851>
- Fallo “G. B. S/ PROTECCIÓN Y GUARDA DE PERSONAS” Juzgado de Familia Nro. 6 del Departamento Judicial de Morón. Morón, 16 de Marzo de 2017. Recuperado <http://abogadosdefamilia.com.ar/fallo-emotivo-matrimonio-estaba-cargo-una-nina-familia-transito-obtuvo-guarda-fines-adopcion/>
- Fallo “S. R. M. y A. A. | guarda preadoptiva” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Goya, 20 de septiembre de 2017. Recuperado www.microjuris.com