

UNIVERSIDAD  
**SIGLO 21**  
La Educación Evolucionaria



**Trabajo final de graduación**

**Inconstitucionalidad de la prohibición de la consideración  
de la guarda de hecho a los fines de la adopción**

González, Leandro Martín

Legajo N° VABG45192

Abogacía, 2019



## **Resumen**

En el presente trabajo final de graduación, se analizó la inconstitucionalidad de la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción, prohibida por el Código Civil y Comercial en su artículo 611. Se contempló también la procedencia y rigidez del requisito establecido en el artículo 600 inciso b) del mismo plexo normativo con respecto a la inscripción en el Registro de Aspirante a Guarda con Fines de Adopción y la nulidad de la misma ante la falta de esta como lo determina el artículo 634 en su inciso h).

Para cumplir con dichos objetivos, se desarrolló el concepto de adopción, sus etapas, tipos, evolución histórica y los motivos por los cuales se plantea dicha inconstitucionalidad, poniendo como eje la vulneración del interés superior del niño establecido en el mismísimo Código Civil y Comercial y en la Convención Internacional de Los Derechos del Niño que por lo establecido en el artículo 75 inciso 22), posee jerarquía constitucional.

## **Abstract**

In the present final work of graduation, the unconstitutionality of the prohibition of the consideration of de facto custody for the purposes of adoption, prohibited by the Civil and Commercial Code in article 611, was analyzed. The origin and rigidity of the requirement established in article 600 paragraph b) of the same normative plexus with respect to the inscription in the Register of Applicant to Guardian for the Purpose of Adoption and the nullity thereof in the absence of this as determined by article 634 in its subparagraph h).

In order to meet these objectives, the concept of adoption was developed, its stages, types, historical evolution and the reasons for which said unconstitutionality arises, putting as axis the violation of the best interests of the child established in the same Civil and Commercial Code and in the International Convention on the Rights of the Child, which by virtue of what is established in article 75, paragraph 22, has a constitutional hierarchy.

## **Palabras claves**

Inconstitucionalidad, Adopción, Guarda de hecho, Nulidad.

## **Keywords**

Unconstitutionality, Adoption, Save in fact, Nullity.

## Índice

<b>Introducción general</b> .....	6
<b>1. Capítulo I): Del proceso de adopción y sus tipos</b> .....	13
Introducción .....	14
1.1 El proceso de adopción .....	14
1.2 Tipos de adopción .....	19
Conclusiones Parciales.....	20
<b>2. Capítulo II): El planteo de la inconstitucionalidad</b> .....	21
Introducción .....	22
2.1 Concepto de adopción: Artículo 594 Código Civil y Comercial .....	22
2.2 Principios Generales: Artículo 595 Código Civil y Comercial.....	23
2.3 Requisitos para adoptar: Artículo 600 inciso b) Código Civil y Comercial .....	24
2.4 Guarda de hecho: Artículo 611 Código Civil y Comercial.....	26
2.5 Nulidades absolutas: Artículo 634 inciso h) Código Civil y Comercial .....	27
2.6 Convención Internacional de los Derechos del Niño .....	29
2.7 Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos, Ley 25.854.....	30
2.8 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Ley N° 26.061 .....	31
Conclusiones parciales .....	33
<b>3. Capítulo III): Argumentos a favor y en contra de la inconstitucionalidad</b> .....	35
Introducción .....	36
3.1 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad.....	36
3.2 Argumentos en contra de la inconstitucionalidad .....	38
Conclusiones Parciales.....	39
<b>4. Capítulo IV): De la inconstitucionalidad y análisis de jurisprudencia</b> .....	41
Introducción .....	42
4.1 Análisis del fallo en “P.O S/ ADOPCIÓN SIMPLE” .....	42
4.2 “El caso T” .....	45
4.3 Reseña de autos “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa” .....	50
4.4 Reseña de autos “M.L.A y otro Guarda No contencioso” .....	51
4.5 Reseña de autos “L. A. E. s/ guarda preadoptiva – adopción”.....	51
4.6 Reseña de autos “G.M.G. s/ protección de persona” .....	52
Conclusiones parciales .....	52
<b>Conclusiones Generales</b> .....	54

<b>Bibliografía</b> .....	61
<b>Anexos</b> .....	64

## **Introducción general**

El concepto actual de la adopción, ha sido reformado en cuanto al anterior código de Vélez Sarsfield, donde se trataba del derecho a adoptar de los padres, a la vigente regulación donde la adopción tiene como objetivo "...proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le puedan ser otorgados por su familia de origen..." (Código Civil y Comercial, Art 594). Significa esto, un gran cambio de paradigma en la filosofía del proceso de adopción, visto ahora desde el lugar del niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad, por lo que la misma debe velar siempre por resolver las situaciones de la forma en la que sea más conveniente para el interés superior del niño en caso de interés contrapuestos con derechos de los adultos.

El Código Civil y Comercial de la República Argentina, regula el proceso de adopción y todo lo atinente a ella en los artículos 594 al 637 inclusive. El artículo 595 del mismo determina entre sus principios en los incisos a) y b) el interés superior del niño y el respeto por el derecho a la identidad respectivamente, derechos que no son tenidos en cuenta en el Artículo 611 del mismo Código, donde en su tercer párrafo se prohíbe considerar a la guarda de hecho o guarda directa a los fines de la adopción, motivo incluso para que un Juez determine la separación transitoria o definitiva del niño o niña de su pretense guardador. Si se toma como ejemplo un caso en el cual una madre realiza un viaje donde le pide a una persona de su confianza que cuide de su hijo por un tiempo y la misma falleciera en el viaje, todo el periodo de guarda donde esa familia acobijó al niño como un hijo más, no debe considerarse a los fines de la adopción, sin respetar el vínculo forjado por el niño con esa familia, su identidad con la misma y sobre todo su interés superior, incluso siendo este un motivo para alejar al niño de la familia. Esta misma situación presenta otro impedimento en el Artículo 600 inciso b), donde solo podría adoptar quien esté inscripto en el libro pertinente, siendo la misma una nulidad absoluta para la adopción según el Artículo 634, inciso h) del mismo código.

Por esto, el presente proyecto consta de determinar la inconstitucionalidad de la prohibición de considerar a la guarda de hecho a los fines de la adopción al vulnerar sus propios principios en los artículos determinados *ut supra*, analizando para ello y en distintos capítulos los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales que hacen al tema y dando un apartado especial a lo que se denomina como "El caso T", un proceso judicial muy representativo de lo aquí expuesto, no sin esto obviar otras jurisprudencias que se analizan en su respectivo capítulo.

Se habla de inconstitucionalidad ya que el principio del interés superior del niño no se encuentra receptado solamente en el Código Civil y Comercial, sino también en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada en Argentina con la Ley N° 23.849, que atento lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, posee jerarquía constitucional, por lo que si alguna normativa vigente se contradice a los principios supremos establecidos en la Carta Magna y todos los tratados internacionales de los que la nación es parte que poseen igual jerarquía, entonces esta debe ser declarada inconstitucional.

Por cuanto a la pregunta de investigación que se quiere responder con el desarrollo de este trabajo, se planteó como interrogatorio si ¿Debe considerarse inconstitucional la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción? Y con respecto a los objetivos a los que se quiere llegar a dar una respuesta, se condicen estos con la pregunta de investigación planteada, por ende se tiene como objetivo general del trabajo final de grado, analizar la inconstitucionalidad de la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción. Mientras que específicamente se quiere describir las etapas que comprenden al proceso de adopción y que tipos de adopciones existen, evaluar la vulneración de los principios de la adopción establecidos en el artículo 595 del Código Civil y Comercial dentro del mismo cuerpo normativo y en leyes y convenciones afines a la misma, analizar la procedencia de la declaración de nulidad de la adopción al no estar inscripto en el registro de adoptantes y determinar la improcedencia de los plazos de supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad en el marco del artículo 607 del Código Civil y Comercial.

Habiendo dicho todo lo expuesto anteriormente, se puede formular la hipótesis de trabajo que luego se verificará o refutará con el resultado de la investigación pertinente:

Si se quiere responder al interrogante planteado en el problema de investigación ¿Debe considerarse inconstitucional la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción? La respuesta tentativa a la misma es si, debe considerarse inconstitucional. Si bien es cierto que la doctrina que se encuentra a favor de la prohibición, tiene argumentos muy validos como el despojar a los niños de “ser objetos” o de tener un valor material y que no deberían ser los padres, aquellos quienes renunciaron a su derecho como tales, los que determinen el futuro de sus hijos, debiendo ser el estado quien asegure la calidad de vida del niño, mediante la adecuada selección de los pretensos adoptantes, en todas estas situaciones no se está venerando el derecho primordial del niño a respetar su interés superior y su identidad, principios básicos de la adopción establecidos en los incisos a) y b)



del artículo 595 del Código Civil y Comercial. En casos donde una persona queda al cuidado de un niño o niña y no se vuelve a tener noticias de su madre, sea por el motivo que sea, no se está teniendo en cuenta el vínculo humano forjado entre ese niño y su cuidador, la relación ya establecida en la familia donde se lo acobijo, cuando ese pequeño ya los considera su propia familia, pero las leyes dicen que ese vínculo no importa, que no se debe tener en cuenta su historia a la hora de otorgar la adopción, pasando por alto el principio del interés superior del niño establecido incluso en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un principio rector en la materia.

En este caso debe considerarse inconstitucional a la norma al transgredir principios establecidos en su mismo cuerpo –Código Civil y Comercial-, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 22) donde se le da jerarquía constitucional a dicho tratado.

El tipo de proyecto que se implementó según los objetivos que quieren cumplirse, es PIA (Proyecto de Investigación Aplicada), al ser el más acorde ya que se trata de llevar adelante una investigación de conocimiento de un tema específico.

Si se habla de la justificación y de la relevancia que tiene la temática elegida, la presente investigación servirá para determinar si son vulnerados los principios de la adopción, los cuales en el mismo cuerpo normativo donde son establecidos (Código Civil y Comercial, artículo 595) se instituyen artículos que violan la supremacía del interés superior del niño y el respeto por el derecho a la identidad, justificando por qué son violados esos derechos y determinando si esos artículos son inconstitucionales o no. Este tema no solo tiene su implicancia jurídica ya mencionada, sino que también es factor de una importante relevancia social, la procedencia de la declaración de la inconstitucionalidad al no considerar a la guarda de hecho a los fines de la adopción, traería consigo grandes cambios en el paradigma social en cuanto a la resolución a favor de adopciones donde el pretense adoptante ya tiene un vínculo de afecto con el niño o niña en situación de adoptabilidad y siendo este un factor preponderante en cuanto a la determinación de la adopción, pasando de ser una nulidad absoluta del proceso, como lo es hoy en día, a un factor clave del mismo para su positiva resolución, donde sí se valore el interés superior del niño y el respeto a su identidad ya forjada.

En cuanto al motivo de la elección del tema, el mismo se presenta debido al contemporáneo debate que se está realizando en la sociedad sobre el aborto, de allí es que

surge la idea superadora de la adopción, sin caer en justificaciones de porque el aborto debe ser o no legal, es que se propone dar un paso más allá de ese debate y estudiar sobre el proceso de adopción en nuestro país, del cual siempre se escucharon críticas pero nunca se había interiorizado sobre este, al hacerlo y leer comentarios de destacados doctrinarios, es que se llega a la formulación de la hipótesis planteada.

Se debe definir el tipo de estudio e investigación a desarrollar a lo largo del proceso del trabajo final de graduación. Según Dankhe (1986) existen cuatro tipos distintos, entre ellos se encuentran: Exploratorios, descriptivos, explicativos y correlacional.

En la presente investigación, el tipo de estudio será el descriptivo, debido a que se buscan las características más importantes tanto del proceso de adopción como las consideraciones de la prohibición de la guarda de hecho a los fines de la adopción, intentando determinar o no la inconstitucionalidad de esta, evaluando sus diversos aspectos.

En cuanto a la estrategia metodológica utilizada, se puede decir que el método es “el modo en que enfocamos los problemas y buscamos las respuestas” (Taylor y Bogdan, citados por Vieytes, 2004, p. 41). La misma puede ser cuantitativa, cualitativa o una combinación de ambos métodos denominada cuali-cuantitativa.

Al intentar profundizar el instituto de la adopción y la guarda de hecho a los fines de la adopción en el presente desarrollo, a través de la interpretación de las normas que la regulan, junto a las observaciones jurisprudenciales y doctrinarias, para conocer en profundidad el instituto, el método a desarrollar será el Cualitativo, por reconocer estas mismas características mencionadas anteriormente.

Las fuentes de información, son aquellas que nos aportan datos o conocimientos de un determinado tema. Las mismas, pueden clasificarse en primarias, secundarias y terciarias. En cuanto a las primeras, son aquellas en las cuales se obtiene la información directa u original, pueden ser fallos, legislaciones o sentencias que regulan el instituto trabajado. En nuestra investigación, las mismas serán El código Civil y Comercial, la Constitución Nacional que proporciona jerarquía constitucional a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Ley 23.849; la Ley 25.854, que crea el Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos y la Ley N° 26.061 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Las Fuentes secundarias por su parte, son investigaciones basadas en las fuentes primarias. En esta investigación, se utilizan como fuentes secundarias el Código Civil y Comercial comentado, artículos de revistas especializadas en la materia y

todas aquellas elaboraciones, comentarios o ponencias doctrinarias sobre el instituto de la adopción y la guarda de hecho a los fines de la adopción. Por último, las terciarias, son aquellas que se basan en las fuentes secundarias, resumiendo o explicando una particularidad de esta con un lenguaje menos técnico para quienes no poseen conocimientos en el área tratada. En este trabajo se toman como fuentes terciarias todos aquellos artículos donde se traten o se expliquen opiniones doctrinarias analizadas dentro de las fuentes secundarias.

Las técnicas de recolección y análisis de datos dependerán directamente del tipo de metodología utilizada. Como se estableció anteriormente, se utiliza la metodología cualitativa, cuyas técnicas de recolección son: Análisis documental -es la búsqueda de fuentes primarias, secundarias o terciarias que abarquen el tema a desarrollar-, Análisis de contenido -permite estudiar el contenido del medio por el cual se obtiene la información, ya sean textos, libros, fotografías, videos, etc., clasificándolo en categorías (Vieytes, 2004, p.539)- y Entrevistas -un trabajo personal del investigador que busca obtener conocimientos de personas experimentadas en la materia-

Para la delimitación temporal en este trabajo, se centrará en un estudio actual de las condiciones del instituto de la adopción y de la prohibición de la guarda de hecho a los fines de la misma, utilizando como base los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, promulgado por Ley 26.994 y en vigencia desde el día 1 de Agosto de 2015, sin dejar de considerar igualmente los tiempos transcurridos durante el anteproyecto y antecedentes que llevaron a la regulación actual.

Por cuanto al nivel de análisis de los mismos, se considerará el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, provincial y tratados internacionales que regulan el instituto dentro del territorio nacional.

El desarrollo del presente trabajo se distribuyó en cuatro capítulos, constando cada uno con sus subíndices y una introducción y conclusión parcial más allá de las generales que complementan al trabajo en su totalidad. El primero de ellos se enfoca en el análisis del proceso de adopción, es decir, las etapas que el mismo conlleva y todos los pasos que debe seguir una persona o una pareja a los fines de poder concretar una adopción y los tipos que existen de la misma. El segundo, por su parte nos trae la idea general aquí planteada y es justamente donde se dan los fundamentos de porque la guarda de hecho debe ser declarada inconstitucional, planteando jurídicamente los motivos que ya se adelantaron aquí, en dicho apartado. El anteúltimo capítulo nos da brida los dos puntos de vista que existen en la

doctrina con respecto a lo analizado en el capítulo anterior, exponiendo los argumentos de quienes se encuentran a favor de la mencionada inconstitucionalidad y de quienes se expresan de forma disidente ante esta. Ya en el cuarto y último capítulo se analiza jurisprudencia que da fundamento a responder la hipótesis planteada, ya sea confirmándola o refutándola y viendo las soluciones legales que se han dado ante las situaciones planteadas u otras análogas.

## **1. Capítulo I): Del proceso de adopción y sus tipos**

## **Introducción**

En este primer capítulo se analiza el proceso de adopción que existe en Argentina, sus etapas y los tipos de la misma, para esto se utilizó la “Guía informativa sobre adopción” (2015) de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Según la citada guía, el instituto de la adopción tiene como objetivo que niñas, niños o adolescentes que no cuentan con una familia de origen o que la misma no pueda responsabilizarse de sus cuidados básicos, sean posibilitados de acceder a una nueva familia, la cual si pueda satisfacer sus necesidades primordiales.

Se analizan a su vez, los tres tipos de adopción contemplados en el Código Civil y Comercial, siendo estos los de adopción plena, simple y de integración.

### **1.1 El proceso de adopción**

Los principios por los que deberá guiarse el proceso de adopción son los establecidos en el Código Civil y Comercial en su artículo 594 al definir el concepto y el propio artículo 595 donde se enumeran los mismos. Al respecto del primero, se puede decir que

La adopción procura que se efectivice el derecho de los niños a vivir y desarrollarse en una familia distinta a la de origen, aunque también señala que los cuidados afectivos y materiales deberán ser procurados en primer término por el grupo originario, dotando de preferencia al mantenimiento de ese vínculo (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 363)

El primer paso en el proceso de adopción para la pareja o la persona que quiere adoptar, es dirigirse al Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de su ciudad o el que correspondiere al domicilio más cercano según su jurisdicción para iniciar el proceso de inscripción en dicho registro. Este trámite es gratuito y no necesita de asistencia legal de un abogado. Pueden inscribirse matrimonios, integrantes de una unión convivencial o una única persona mayor de 25 años, requisito no necesario si su cónyuge o la otra persona supera dicha edad, debiendo además contar con 5 años de residencia permanente en el país, salvedad que no corre para las personas argentinas o naturalizadas. Dichos requisitos son establecidos en el Código Civil y Comercial en los artículos 599, 600 y 601, al respecto del primero de ellos, se puede decir que “La nueva redacción deja de lado toda consideración prejuiciosa

acerca de que una u otra forma familiar es la más adecuada, pues lo prevalente es el derecho del niño a vivir en una familia” (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 383). Con respecto al requisito de los 25 años como edad mínima y la salvedad de excepción a dicho requisito si el cónyuge o conviviente los supera, como señala González de Vicel (2015) nuevamente y al igual que sucedió a lo largo de la historia en cuanto a las reformas realizadas en el proceso de adopción, al entrar en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, este requisito establecido en el artículo 601 de dicho plexo normativo, significó una nueva reducción en la edad mínima para los pretensos adoptantes.

A continuación, la o las personas interesadas, deberán presentar la documentación solicitada y serán luego evaluados por un equipo técnico que determinará la aptitud de los solicitantes para ser aspirantes a una guarda con fines adoptivos, que en caso de ser aprobados, pasarán a conformar un legajo con los informes y la documentación solicitada, el cual luego será parte de una base de datos informática de todos los registros, donde cada persona contará con una clave para ver la estructura del suyo.

Existe en este legajo conformado entonces, una categoría denominada “Disponibilidad adoptiva” en la cual constan datos sobre las preferencias de adopción de los postulantes, como son: El rango de edad del niño a adoptar, los grupos de hermanos y las condiciones de salud de los mismos, debiendo los postulantes ratificar su postulación periódicamente según el plazo que establezca dicho registro, normalmente el mismo es de un año. Una vez finalizado todo, es el momento del denominado “tiempo de espera” hasta que sean llamados por la persona correspondiente que les avisará cuando se dé la oportunidad y las condiciones para el correspondiente otorgamiento de la guarda.

En la vereda opuesta, siendo que siempre se debe recordar que la adopción se trata de dos partes que pretenden encontrarse y formar una familia, se encuentran los niños, niñas y adolescentes y para que puedan ser adoptados, deben ser declarados en situación de adoptabilidad, para que esto suceda, el Código Civil y Comercial recepta una serie de requisitos que deben cumplirse ellos son:

- ✓ Cuando el niño no tiene una filiación establecida o sus padres fallecieron y se llevó adelante una investigación sobre la búsqueda de familiares directos sin resultados positivos en el plazo de 30 días, prorrogables por igual término.
- ✓ Sus progenitores decidieron que el niño sea adoptado, siempre que dicha determinación haya sido tomada luego de los 45 días posteriores al parto.

- ✓ O luego de que transcurran 180 días en los que se determinó una medida excepcional para que el niño, niña o adolescente continúe viviendo con su familia, siendo que la situación que determinó dicha medida no haya sido revertida en ese plazo.

La medida a la cual se refirió en el último párrafo son aquellas situaciones en las que por algún motivo, el niño o niña no puede continuar viviendo con su familia de origen por implicar esto un riesgo para su integridad física o psíquica o porque su familia manifestó no querer continuar con sus cuidados, por lo que el mismo es trasladado a un hogar o una familia transitoria, vencido dicho plazo, el juez deberá declarar la situación de adoptabilidad en el plazo de 90 días, momento en el que comenzará la búsqueda de la persona idónea para la adopción entre aquellos que conforman la lista del registro del lugar donde los niños tienen su centro de vida. Dicha búsqueda será iniciada por el juez competente.

Cuando la búsqueda no diere resultados positivos o el niño, niña o adolescente debiere salir por algún motivo de dicha jurisdicción, el registro continuará su búsqueda en otros registros, siempre dando prioridad a la proximidad geográfica.

Estos supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad se encuentran normados en el artículo 607 del Código Civil y Comercial, al respecto se puede decir que

La declaración de adoptabilidad importa el desarrollo de un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida familiar. Su fundamento es de orden constitucional, pues se apoya en la preminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7°, 8°, 9°, 20 CDN; arts. 14 y 75, inc. 22, CN). (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 400)

Luego de que el Juez ya cuente con los legajos de los posibles adoptantes, realizará una entrevista con cada uno de ellos, permitiendo posteriormente el contacto con el menor en situación de adoptabilidad, iniciando así el proceso de vinculación, previo al otorgamiento de la guarda, etapa que será marcada por el acompañamiento de profesionales en la materia. Dichas reglas de procedimiento, son contenidas en el artículo 609 de Código Civil y Comercial, destacando la explicación de la importancia de dicho acto en las palabras de González de Vicel

La remisión de los legajos es un acto administrativo complejo pues la nómina estará basada en la cronología de la inscripción, pero también hay que considerar las preferencias de los pretensos adoptantes y la realidad familiar del niño, su edad, sus vínculos y su historia. Por eso, al solicitar los legajos, se brindarán los datos necesarios para una selección adecuada, y hasta puede disponer el juez que los servicios locales o zonales, conjuntamente con un trabajador social del juzgado y profesionales del Registro



preseleccionen de los legajos la nómina que remitirán al magistrado. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 413)

Destaca también en este punto, la normativa regulada por el artículo 613 del Código Civil y Comercial, la cual establece los pasos para que el Juez seleccione a los guardadores y le de intervención al organismo administrativo. Para esto, el Juez que declaró la situación de adoptabilidad debe seleccionar los pretensos adoptantes entre aquellos expedientes que el organismo le remitió, debiendo tener en cuenta para su selección las condiciones personales, edad, idoneidad y aptitud de los pretensos adoptantes, expectativas y motivaciones que tienen ante la adopción, su educación y el respeto asumido ante el derecho a la identidad del pretense adoptado. Además, el Juez debe citar al niño, niña o adolescente y mantener una entrevista con el teniendo en cuenta su edad y grado de madurez a los fines de considerar también su opinión. En este punto, la Dra. González de Vicel nos agrega

Conforme el art. 5° del decreto 1328/2009 toda selección de aspirante debe comenzar por la nómina de la jurisdicción en que deba resolverse la guarda de un niño. De no existir postulantes aptos para el caso, el juez de la causa por resolución fundada y previa vista al Ministerio Público, podrá recurrir a los otros listados que operarán como subsidiarios en un orden de proximidad geográfico que determinará la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos a medida que se efectivicen las adhesiones. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 422)

Una vez finalizado este periodo, se otorgará la guarda con fines de adopción. Dicha guarda no podrá exceder de un periodo de 6 meses, donde los pretensos adoptantes se encontrarán al cuidado del niño, niña o adolescente con un seguimiento especial de parte del organismo, como lo dispone el artículo 614 del Código Civil y Comercial. Respecto a este, se puede destacar el cambio realizado en comparación al anterior Código Velezano, como nos explica la Dra. González de Vicel (2015) en la anterior regulación el plazo mínimo era de seis meses y el máximo de un año, siendo que actualmente este plazo mínimo (6 meses) pasa a convertirse en el plazo máximo, pudiendo incluso el juez fijar uno menor de acuerdo a las necesidades y circunstancias del caso.

Posteriormente a esta etapa de guarda, el juez de oficio o a pedido de parte, comienza con el juicio de adopción, donde luego de concedida la misma, el niño, niña o adolescente pasa a formar legalmente parte de esa familia y ser un hijo más, con los mismos derechos que un hijo biológico. El inicio de proceso de adopción una vez finalizado el periodo de guarda se encuentra establecido en el artículo 616 del Código Civil y Comercial, mientras que las reglas de dicho proceso son establecidas en el artículo siguiente, el cual establece que serán parte del proceso el niño, niña o adolescente, los pretensos adoptantes, el Ministerio Público y el

organismo administrativo, estableciendo además que las audiencias que tome el Juez serán privadas y el expediente reservado, debiendo el pretense adoptado mayor de diez años prestar su consentimiento. En cuanto a los padres biológicos, los mismos

...no son parte en el juicio de adopción pues el sistema actual tiene previsto la tramitación de un proceso autónomo y previo que concluye con la declaración de la situación de adoptabilidad y el discernimiento de la guarda para una futura adopción, donde los progenitores tuvieron intervención en esa calidad. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 431)

Los adoptantes, deberán en todo momento venerar el derecho a la identidad del adoptado, dando siempre a conocer sus orígenes y respetando su nombre, pudiendo además este último, cuando cuente con el grado de madurez suficiente, acceder al expediente judicial sobre su proceso de adopción. En cuanto a su apellido, las formas se encuentran establecidas en el artículo 626 del Código Civil y Comercial, siendo que en caso de una adopción unipersonal, el adoptado llevará el apellido del adoptante, mientras que una adopción conjunta rigen las reglas generales para el apellido de los hijos matrimoniales. A modo de excepción y a pedido de parte interesada, se podrá agregar o anteponer el apellido de origen al del adoptante.

Es importante destacar y a modo de información general para contar con conocimientos estadísticos según surge de los registros, que a Marzo del año 2016, existían hasta ese momento 5.705 postulantes a guarda con fines adoptivos, de los cuales el 92% acepta niños o niñas menores de 1 año, el 31% hasta 6 años y solo un 0.7% acepta niños de entre 6 y 12 años de edad, un 80% solo acepta niños con buenas condiciones de salud y otro 62% acepta grupos de niños.<sup>1</sup>

Se debe resaltar lo expuesto en el último párrafo, ya que no son solo números, estos son índices que deben destacar y marcar un paradigma en el proceso de adopción que no es contemplado en la regulación actual, de acuerdo a lo normado por el Código Civil y Comercial. Se entiende esto porque el mismo, en su artículo 594 establece que el instituto jurídico de la adopción regula todo lo atinente a este proceso para niñas, niños y adolescentes, es decir, no existe una correcta diferenciación en cuanto a las edades de aquellos menores en situación de adoptabilidad, ya que las situaciones no son siempre iguales, por lo que la misma normativa no puede aplicarse en casos tan disimiles como sería la adopción de un niño de un año y la adopción de un adolescente de más de 12 años de edad, esto por cuanto se expuso en el anterior párrafo que en este último caso, solo un 0.7% de aquellas personas que se

---

<sup>1</sup> Información obtenida de la DNRUA en su "Guía informativa sobre adopción", Capítulo V, p. 17

encuentran inscriptos en el registro de adoptantes, consideraría adoptarlo, resultando totalmente ilógico presuponer o querer evitar una entrega directa con un ilícito de trasfondo como sería una entrega de una suma dineraria a cambio, cuando surge de los índices que hace el mismo registro que son muy pocas las personas dispuestas a llevar adelante dicha adopción, donde sería más lógico suponer un vínculo afectivo que une a las partes en lugar de aquellas situaciones que quiere evitar el artículo 611 del Código Civil y Comercial al prohibir la consideración de una guarda de hecho a los fines de la adopción.

## **1.2 Tipos de adopción**

El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de Agosto de 2015, reconoce en su artículo 619, tres tipos de adopción: Plena, simple y de integración. Se encuentran las definiciones de estas en el siguiente artículo, siendo que la adopción plena le da al adoptado el vínculo de hijo y demás lazos familiares, extinguiendo los que tenía con su familia de origen. En cuanto a la adopción simple, la misma también genera el vínculo de hijo, pero a diferencia de la primera, esta no crea vínculos filiales con los demás parientes ni con el cónyuge. Por su parte, la adopción de integración consiste en la adopción del hijo del cónyuge o del conviviente.

Como nos explica González de Vicel (2015), el tipo de adopción (plena o simple), será determinado por el Juez de acuerdo a las circunstancias del caso, ya que cuando sea conveniente o a pedido de parte, el Juez puede mantener los vínculos con uno o algunos de los miembros de la familia de origen en la adopción plena u otorgar un vínculo filiatorio con uno o más miembros de la familia adoptante en la adopción simple (Art. 621 Código Civil y Comercial).

Cabe destacar, de acuerdo a lo establecido por el artículo 622 del Código Civil y Comercial, que la adopción simple puede luego convertirse en una plena, siendo esta última irrevocable.

Mientras la revocación tiene lugar en el caso de la adopción simple, bajo ciertas circunstancias, y su sentido es dejar sin efecto la filiación adoptiva, pudiendo subsistir el uso del apellido (art. 629 CCyC), la conversión también se aplica en relación a la adopción simple, pero para mutarla en plena. Es decir, el emplazamiento adoptivo se mantiene y profundiza. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 443)

## **Conclusiones Parciales**

Finalizado este primer capítulo, se observa como el proceso de adopción tiene dos miradas distintas, una desde el lado de los pretensos adoptantes y otra del niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad. En cuanto al primero y según los datos aquí consignados se entiende la demora que reclaman quienes están inscriptos en este Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, justificando la misma por cuanto existe una mayor demanda de personas que quieren adoptar que niños en situación de adoptabilidad, resultando por ende lógico este tiempo de espera así como el requisito de renovar anualmente su voluntad de adoptar ya que el paso de este tiempo puede generar situaciones que importen un cambio en la idea o los motivos de quienes quieran llevar adelante dicho proceso.

Del otro lado, se encuentran los tiempos que debe transitar el niño, niña o adolescente a los fines de ser adoptado, siendo notable aquí la diferencia con el tiempo que deben esperar los pretensos adoptantes, realizándose en este caso con una mayor celeridad como fuese expuesto anteriormente. Debe remarcarse aquí que estos plazos no son inmediatos, pero si se encuentran totalmente justificados en beneficio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos y los principios establecidos en el Código Civil y Comercial, siendo que para declarar las situaciones de adoptabilidad, primero deben agotarse todas las posibilidades de permanencia en la familia de origen, la preservación de los vínculos y en las situaciones en que se realiza una medida de protección de derechos debe trabajarse a los fines de modificar la situación que llevó al otorgamiento de la misma y en caso de que no sea posible, recién en ese momento podrá declararse la situación de adoptabilidad, entendiéndose esto como el respeto a los mencionados derechos y principios que establece el Código Civil y Comercial.

Dentro de este primer capítulo también se detallaron los tres tipos de adopción que regula el Código Civil y Comercial entendiéndose que el otorgamiento de una u otra modalidad la realizará el Juez del proceso, contemplando para esto las circunstancias de cada caso y el beneficio o no que le generaría al pretense adoptado mantener o extinguir totalmente los vínculos con su familia de origen o alguno de sus integrantes.

## **2. Capítulo II): El planteo de la inconstitucionalidad**

## **Introducción**

En el siguiente apartado se llevó a cabo un análisis con críticas personales a los artículos del Código Civil y Comercial y leyes afines que rigen la materia del proceso de adopción en el país, realizando primero una breve introducción sobre estos, su posterior transcripción en el cuerpo del trabajo y finalizando luego con una crítica, análisis y conclusión de los mismos.

### **2.1 Concepto de adopción: Artículo 594 Código Civil y Comercial**

El concepto de adopción es regulado en el nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 594, el mismo establece:

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

(Código Civil y Comercial, Artículo 594)

Se puede denotar en lo establecido por este artículo el gran cambio de paradigma que hizo el legislador con respecto al anterior código de Vélez Sarsfield, donde la adopción consistía en el derecho de los padres a adoptar, a este nuevo principio donde la misma se basa en proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a formar una familia en la cual se le puedan garantizar todos sus cuidados y necesidades básicas. El siguiente párrafo establece que la adopción solo se otorgará por sentencia judicial, quedando expresamente prohibida la entrega mediante escritura pública o acto administrativo, otra muestra de los cambios establecidos desde la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial con respecto al ya derogado Código de Vélez Sarsfield, donde sí se contemplaba esta modalidad de entrega, la cual fue suprimida por dotar a los niños de un valor material o monetario, dando lugar así a muchos casos de ventas ilegales de niños, permitiendo luego obtener su adopción mediante una simple escritura pública.

Destaca en lo expresado precedentemente quizás el punto más importante de la temática tratada en el presente trabajo final de graduación, exponiendo los motivos por los cuales el legislador llevó adelante dichas transformaciones en la normativa, pero dotándola de tal rigidez que terminará afectando así sus propios principios como posteriormente se demuestra.

Se debe agregar en cuanto a lo aquí tratado que

El nuevo sistema adoptivo se formuló de modo tal de dar cabida a un emplazamiento —originario o sustituyente de uno anterior— que abarca a personas tanto menores como mayores de edad. Sin embargo, en virtud de la plena vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061, la OC 17 de la Corte IDH el estatus preferente de protección del que gozan los niños, niñas y adolescentes hace que el acento se coloque en ellos. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 362)

## **2.2 Principios Generales: Artículo 595 Código Civil y Comercial**

Los principios generales por los cuales se rige la adopción en la República Argentina, se encuentran establecidos en el artículo 595 del Código Civil y Comercial. El en citado artículo, se establecen como principios rectores en la materia el interés superior del niño, el derecho a tener su identidad y que se respete la misma y el derecho a conocer sus orígenes, entre otros.

Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

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

(Código Civil y Comercial, Artículo 595)

Estos derechos deben entenderse y ser utilizados como base rectora para la solución de posibles conflictos que puedan suscitarse dentro del proceso de adopción, debiendo siempre respetarse y priorizarse los mismos ante alguna controversia en el derecho. Se debe destacar en este punto el derecho del niño a ser oído establecido en el inciso f) del artículo en cuestión, donde claramente se pone al niño o niña como un sujeto de derecho que debe ser oída y tenida en cuenta su opinión de acuerdo a su grado de madurez.

Como dice la Dra. Mariela González de Vicel, estos principios no se excluyen unos a otros y todos deben guardar una armonía entre sí, “...Si, por ejemplo, en ejercicio del derecho a ser oído un niño de ocho años se manifiesta no consintiendo su adopción, el magistrado no

podría válidamente invocar que no llega a la pauta rígida de 10 años para desechar tan importante manifestación...” (González de Vicel, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, 2015, p. 367). Se debe personalmente aquí remarcar una total adhesión a lo expresado por la doctrinaria citada, siendo que este ejemplo expuesto es una clara demostración de cómo debe siempre primar el interés superior del niño o niña, cuando incluso es el mismo quien se está manifestando, no pudiendo por ende resolver de una forma contraria a lo solicitado por este, siendo que hacerlo de esa forma causaría una falta grave a su interés superior y el derecho a que su opinión sea tenida en cuenta.

### **2.3 Requisitos para adoptar: Artículo 600 inciso b) Código Civil y Comercial**

El artículo 600 del Código Civil y Comercial, establece dos requisitos formales que debe cumplir el pretense adoptante, ellos son:

Plazo de residencia en el país e inscripción

Puede adoptar la persona que:

a) resida permanentemente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país;

b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes.

(Código Civil y Comercial, Artículo 600)

En cuanto al primer punto de lo receptado en el presente artículo, se puede decir que es un requisito que ya se encontraba presente en el anterior Código Civil, con la modificación actual de que ya no deben cumplir con el plazo de residencia mínimo de 5 años exigidos las personas de nacionalidad argentina o los naturalizados.

En el inciso b) del presente, se puede encontrar el primer impedimento que se tiene al realizar una guarda de hecho y luego solicitar la adopción. El mismo, establece como requisito formal que solo podrán adoptar aquellas personas que se encuentren inscriptas en el registro de adoptantes, creado por la Ley 25.854 con el nombre de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Como se verá más adelante en el correspondiente análisis del artículo 634 del Código Civil y Comercial, el no estar inscripto en este registro, se tiene como una nulidad absoluta del proceso de adopción. Se entiende en este punto la calidad de lo establecido en el inciso, estando totalmente de acuerdo en que debe ser el estado quien debe garantizar y asegurar la calidad de vida del niño en situación de adoptabilidad,



hecho por el cual se crea este registro, para poder realizar todas las evaluaciones pertinentes y así asegurar la idoneidad de la o las personas que pretendan adoptar en cuanto a sus posibilidades, su calidad de vida, su nivel económico y todo lo atinente al ámbito social y familiar favorables para los niños en dicha situación, nunca pudiendo ser los padres, quienes renunciaron a ejercer el cuidado personal y a su responsabilidad parental, quienes decidan el futuro del niño. El planteo de la inconstitucionalidad de este inciso en particular, proviene de las situaciones inevitables donde ya se han concretados guardas de hecho y luego de un período de tiempo razonable, el niño ya forjó su identidad y sus vínculos afectivos y familiares con las personas que lo acobijan, siendo entonces que despojándolos del mismo por el hecho de que quienes son sus pretendos adoptantes no se encuentran inscriptos en el registro, no respeta el principio y eje de la adopción que es el superior interés del niño.

Al respecto y por cuanto al análisis de la rigidez con la que el Código Civil y Comercial trata este inciso b) del artículo 600, la misma se denota en palabra de González de Vicel quien nos dice

Con excepción de las adopciones de integración (el art. 632, inc. b, CCyC se refiere expresamente a ello) y la del tutor a su pupilo, quienes pretendan la adopción de una persona menor de edad deberán contar con la admisión como pretense adoptante previa inscripción realizada ante el registro local que, en el caso de las provincias que adhirieron a la ley 25.854, condensa todas las inscripciones y listados de adoptantes. La mera inscripción es insuficiente al momento de discernir la guarda para adopción, de modo que es importante que a la registración o inscripción le siga la evaluación por los profesionales designados para ese cometido, que se completen todos los recaudos administrativos, adjuntando la documentación que se requiera, y finalmente se cuente con la aprobación del organismo. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 387)

Se podrá observar al analizar la jurisprudencia en los siguientes apartados de este trabajo final de grado, la imposibilidad de cumplir con dicho requisito por parte de quienes ya realizan una guarda de hecho, justificando el registro que no pueden inscribir a personas que están realizando una guarda, debido a que el mismo es para quienes aspiran a realizarla, es decir, a futuro y no en tiempo presente, situación que se verá en el respectivo análisis del caso “T P M e I L A S/ ADOPCION” Expediente n° O-2RO-19-F11-15 del Juzgado de Familia N°11 de la Ciudad de General Roca, Segunda Circunscripción del Poder Judicial de Río Negro.

## 2.4 Guarda de hecho: Artículo 611 Código Civil y Comercial

El artículo 611 del Código Civil y Comercial es donde puntualmente se establece la prohibición de la guarda de hecho, aplicando así otro cambio de paradigma muy grande en cuanto a lo receptado por el anterior Código de Vélez, donde si estaba contemplada la entrega por simple escritura pública, el citado artículo establece:

### 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 pretendidos guardadores del niño.

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

(Código Civil y Comercial, Artículo 611)

Volviendo a la interpretación de lo estipulado por este artículo, se puede ver que no solo se establece la prohibición mencionada *ut supra* sino que además es un fundamento que habilita al juez a separar al niño de forma transitoria o permanente de su pretenso guardador, estableciendo como excepción la existencia de un vínculo de parentesco.

El tercer párrafo establece que la guarda de hecho no debe ser considerada a los fines de la adopción, encontrando nuevamente una clara violación al principio del superior interés del niño. Si se pone un ejemplo, como una madre que decide viajar y dejar a su hijo o hija al cuidado de una persona de su confianza y en dicho viaje la misma sufriera un accidente o cualquier otro motivo que no permita que pueda continuar con su responsabilidad parental, situación por la cual esa persona que quedó al cuidado del menor, sin ser pariente pero con un grado de afectividad con el hijo o hija de esa madre, decide hacerse responsable de sus cuidados y de todas sus necesidades básicas. Estando un niño en tal estado de emotividad, es entendible que quien ejerza ahora sus cuidados no realice el trámite para la adopción en tiempo y forma según lo estipulado por el Código Civil, como debería haberlo hecho. Se está en este caso entonces en un proceso donde la guarda de hecho ya se está realizando, se deja

pasar el tiempo, incluso años y cuando el pretense adoptante decide llevar adelante la adopción, se encuentra con la imposibilidad de hacerlo debido a la guarda de hecho realizada, motivo incluso para quitar al niño de ese ámbito familiar donde ya forjó su identidad, donde se siente parte, se reconoce y donde ve a esas personas como su familia, nuevamente sin respetar el principio del superior interés del niño y sin que exista ningún ilícito que haya dado lugar a la situación.

González de Vicel nos agrega que

La necesidad de regular desde el derecho aparece cuando esa situación es llevada a los tribunales para regularizar el ejercicio de derechos y obligaciones a partir de la pretensión de una guarda con fines adoptivos. La ley, por su parte, no puede silenciar estas relaciones gestadas a partir de un “ahijamiento” irregular, pero que en definitiva, en muchos casos están fundadas en una socioafectividad genuina que se va consolidando con el tiempo. En estos casos, se procede a declarar la situación de adoptabilidad a partir de una transgresión de un adulto ya que la guarda de hecho está prohibida, pero dado el fuerte vínculo afectivo que se gesta entre el guardado o guardadores con el niño, se prosigue con el proceso de adopción. (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 414)

No por esto significa que se desconozca el valor de lo estipulado en la vigente codificación, donde claramente se quiere evitar darles un valor material o monetario a los niños y eludir así la venta de los mismos como si fueran un objeto, pero si lo importante es respetar el interés superior del niño, esta norma no puede ser tenida como una nulidad absoluta, debiendo quedar cada caso a criterio del Juez, ya que como se verá en el análisis de la jurisprudencia respectiva, no todos los casos pueden ser contemplados de la misma forma.

## **2.5 Nulidades absolutas: Artículo 634 inciso h) Código Civil y Comercial**

El capítulo 6 de la adopción, regula en el artículo 634 las nulidades absolutas de la misma, estableciendo los supuestos en los que una adopción adolece de vicios, estos son:

Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a. la edad del adoptado;
- b. la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c. la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;
- d. la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;
- e. la adopción de descendientes;

- f. la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;
- g. la declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- h. la inscripción y aprobación del registro de adoptantes;
- i. la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado.

(Código Civil y Comercial, Artículo 634)

Resalta la importancia de lo establecido en este artículo y en cuanto al tema que compete, el inciso h) del mismo, donde, como se mencionó anteriormente, se establece la nulidad absoluta de la adopción cuando el pretense adoptante no estuviere inscripto y aprobado en el registro de adoptantes. Como se destacó precedentemente, resulta en este punto un claro impedimento a las guardas de hecho donde difícilmente el pretense adoptante hubiera estado con anterioridad inscripto y aprobado en el registro para los casos que se plantearán a continuación, viendo las resoluciones que han tomado los jueces con respecto a la declaración de la inconstitucionalidad de lo establecido por este inciso.

La justificación y los motivos encontrados por el legislador para el desarrollo del inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, es explicada en palabras de González de Vicel, quien nos dice que

La adopción que haya tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, como lo fueron las desapariciones forzadas de los padres de niños adoptados en nuestro país a partir del Golpe de Estado de 1976, son el antecedente de esta sanción de la nulidad absoluta. Por hecho ilícito se entiende las tipificaciones penales cuya antijuridicidad se vincule con el estado civil (supresión), la capacidad (amenaza) y la identidad personal (sustracción, abandono aparente). (González de Vicel, 2015, Código Civil y Comercial Comentado, Tomo II, p. 471)

Nuevamente se debe recalcar aquí que se entienden la totalidad de los argumentos esbozados por el legislador y explicados anteriormente por la doctora, donde se pretenden evitar situaciones como las históricamente sucedidas en el país durante los gobiernos de facto, encontrando de nuevo una total concordancia con manifestado por la doctrinaria, debe dejarse en claro que lo que aquí se plantea como inconstitucionalidad, es que en la forma de redacción que posee la normativa vigente en la materia, debe entenderse siempre como ilegal toda guarda de hecho, por ende la misma debe considerarse como un delito de peligro, aquellos que en su totalidad han sido prácticamente abolidos, no debiendo considerar previamente ilegal una situación que todavía no es conocida en sus particularidades, y no pudiendo a su vez un texto normativo entender cada situación, sino que directamente la rechaza juzgando que el

ilícito ya está producido, cuando en muchas situaciones y como se demuestra a lo largo de este trabajo, el mismo no existe y el Juez no tiene más remedio que declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de dicho artículo, entendiendo que como una solución a esto, sería posible que dicho inciso sea normado como una nulidad relativa a criterio del Juez.

## **2.6 Convención Internacional de los Derechos del Niño**

Con la Ley N° 23.849 se ratifica en el año 1.990 en Argentina la Convención Internacional de los Derechos del niño, la cual fue adoptada por la asamblea general de las naciones unidas en la ciudad de Nueva York en el año 1.989.

La misma consta de 54 artículos en los cuales se establecen los derechos de los niños, entendiendo a los mismos como toda persona menor de 18 años, de los cuales los estados parte deben velar por su cumplimiento, entre los que destacan el interés superior del niño, su derecho a la no discriminación, derecho a la vida, la sobrevivencia y el desarrollo y el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado. En cuanto a su estructura, presenta un preámbulo y luego divide su cuerpo en tres partes. Para no realizar un análisis exhaustivo de la misma al abarcar temas de gran importancia pero que no competen a nuestro análisis, se procede a detallar y comentar solamente el tercer artículo de dicha convención donde puntualmente se establece el principio del interés superior del niño, donde claramente se refleja el problema de la inconstitucionalidad planteada, siendo este uno de los argumentos presentados, para esto se procederá primero a su transcripción:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

(Convención internacional de los Derechos del Niño, Artículo 3)

Destaca entonces, como se mencionó anteriormente, en su primer párrafo, la alusión al interés superior del niño y si se tiene en cuenta que el artículo 75, inciso 22) de la Constitución Nacional, le confiere jerarquía constitucional a los tratados internacionales de los cuales la Nación es parte, debe entonces obligatoriamente velarse por lo estipulado en los mismos y entre muchos otros, el interés superior del niño, es uno de los derechos de los cuales el Estado debe garantizar. Se encuentra en esta, una nueva normativa donde se establece como principio rector en la materia el interés superior del niño, velando porque siempre todas las circunstancias que se den, se resuelva en favor de este, quedando muy en claro nuevamente que si se acata rígidamente lo estipulado por el Código Civil y Comercial de no contemplar el tiempo transcurrido ante la eventualidad de una guarda de hecho, esa inconsideración estaría afectando graves derechos del niño de los cuales el Estado debe asegurar su protección y no quitárselos, entendiendo que la identidad formada y el lazo socioafectivo que desarrolla con la familia que lo acobia son derechos de los que no puede privárselos, ocasionando un daño irreparable en el mismo si se lo desprende de una nueva familia por no haber cumplimentado con lo establecido en el código, que seguramente hubiera sido lo mejor para el niño si en ese proceso se hubiese tomado intervención en un primer momento, pero al no ser así y no poder dejar de lado las situaciones prohibidas pero que en la vida real se dan, no se puede tomar lo establecido por el Código Civil con la rigidez estipulada, ya que no se respetaría el eje principal de la adopción que es velar por el interés superior del niño.

Se encuentran otras alusiones en la convención al interés superior del niño, en los artículos 9, donde se establece que el Estado debe velar por la no separación del niño de sus padres, a menos que esto sea una afectación a su superior interés y fijando en el tercer inciso de dicho artículo que si la separación debe darse, el Estado debe garantizar una comunicación directa y regular con sus padres, nuevamente a menos de que esto sea contrario a su interés y también en el artículo 21 donde se establece que los Estados parte que reconozcan el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

## **2.7 Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos, Ley 25.854**

Sancionada a fines del año 2003 y promulgada en enero 2004, la Ley N° 25.854 crea el Registro Único de Aspirantes q Guarda con Fines Adoptivos, con el objetivo según su

segundo artículo de formar una lista de aspirantes a guarda, denominada "Nómina de aspirantes".

La misma consta de 19 artículos, y entre los requisitos para inscribirse, destacan en su quinto artículo el deber de contar con domicilio en el país y haber tenido residencia en el mismo por un plazo no menor a 5 años. Por su parte, el séptimo artículo destaca todos los requisitos formales que debe contener la inscripción en la nómina: Nombre y apellido, fecha de inscripción, número de orden, sexo, estado civil, domicilio, si tiene hijos y los datos de estos, número de menores que puede adoptar, edad que estaría dispuesto a adoptar y si acepta menores con discapacidad o grupos de hermanos, además de todas las evaluaciones jurídicas, médicas, psicológicas y socio-ambientales que debe cumplir entre otros requisitos, luego de los cuales un grupo de profesionales aprobará o rechazará su inscripción en la nómina.

La inscripción en la lista, tiene una vigencia de un año, plazo en el cual los aspirantes deberán renovar personalmente su solicitud o de lo contrario se lo excluirá de la lista. Destaca en su artículo 16 como requisito esencial de la adopción, estar admitido en el registro previo al otorgamiento de la guarda.

## **2.8 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, Ley N° 26.061**

Sancionada y promulgada en el año 2005, la Ley N° 26.061 se crea con el objetivo de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, como surge de lo establecido en su primer artículo, sustentando todos estos derechos en el interés superior del niño, entendiendo al mismo y según lo establecido en su tercer artículo, como todo aquello tendiente a satisfacer sus derechos y garantías, respetando su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta y se respete su centro de vida, entendiendo a este como el lugar donde el niño o niña ha pasado la mayor parte de su vida.

En su segundo artículo, establece la obligatoriedad de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño en todos sus aspectos y en todo acto de cualquier naturaleza.

Se puede destacar también su cuarto artículo, donde se establecen las “pautas con las que se elaborarán las políticas públicas de la niñez y adolescencia”, como el fortalecimiento del rol de familia en la efectivización de sus derechos, la descentralización de los organismos

para poder garantizar una mayor autonomía y eficacia, capacitación y promoción permanentes, todo esto bajo la responsabilidad indelegable de los organismos del estado, de acuerdo al artículo número 5, siempre priorizando los derechos de los niños cuando tengan intereses contrapuestos con los de los adultos y brindando protección en cualquier circunstancia.

El título II de la citada Ley, establece en los artículos 8 hasta el 31 inclusive, un listado de los derechos que gozan los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la importancia que tiene cada uno de ellos, se puede mencionar la relevancia de derechos como el derecho a la vida, a la dignidad e integridad, derecho a la identidad, a la salud, a la educación y a la gratuidad de la misma, a su libertad, al deporte, derecho a la dignidad, derecho a opinar y ser oído, a la seguridad social y los principios de igualdad, no discriminación y efectividad y los deberes de cualquier miembro de organismo público sea de salud, educación o cualquier funcionario o agente público de comunicar cuando tomen conocimiento de la vulneración de derechos de los niños ante la autoridad y del funcionario de tomar la denuncia y hacerlo de forma gratuita.

En cuanto a los órganos administrativos, solo se detendrá en el artículo 43 que crea la reconocida Secretaria Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF), estableciendo sus funciones el artículo número 44, que a continuación se transcribe:

**FUNCIONES.** Son funciones de la Secretaría:

- a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales;
- b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;
- c) Ejercer la representación necesaria ante todos los organismos oficiales de asesoramiento y contralor en materia de medios de comunicación;
- d) Ejercer la representación del Estado nacional en las áreas de su competencia;
- e) Participar en forma conjunta con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia en la celebración y ejecución de los instrumentos de carácter internacional que la Nación suscriba o a los cuales adhiera, cuando éstos afecten o se refieran a la materia de su competencia;
- f) Realizar los informes previstos en el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ejercer la representación del Estado nacional en su presentación, constituyéndose en depositario de las recomendaciones que se efectúen;
- g) Promover el desarrollo de investigaciones en materia de niñez, adolescencia y familia;



- h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley;
- i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización;
- j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- k) Coordinar acciones consensuadas con los Poderes del Estado, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, fomentando la participación activa de las niñas, niños y adolescentes;
- l) Propiciar acciones de asistencia técnica y capacitación a organismos provinciales y municipales y agentes comunitarios participantes en servicios de atención directa o en el desarrollo de los procesos de transformación institucional;
- m) Gestionar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia;
- n) Efectivizar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados Provinciales para la financiación de dichas políticas;
- o) Organizar un sistema de información único y descentralizado que incluya indicadores para el monitoreo, evaluación y control de las políticas y programas de niñez, adolescencia y familia;
- p) Fortalecer el reconocimiento en la sociedad de niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos;
- q) Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- r) Asignar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los recursos públicos para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción;
- s) Establecer en coordinación con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

(Ley 26.061, Artículo 44)

## **Conclusiones parciales**

Como conclusión y dando final a este capítulo, se puede decir que se entiende que en un hecho donde se da una situación de adoptabilidad, si es tratada desde un primer momento de la forma correcta, es decir legalmente, siempre el ente más capacitado para determinar qué será lo mejor para ese niño o niña, será el Estado, en este caso representado por la justicia y los órganos administrativos. El problema aparece cuando esa situación no se da de esa forma, ya que la regulación vigente, establecida en el Código Civil y Comercial parece querer

normar todas las posibles situaciones, algo que es prácticamente imposible, porque cada caso tiene sus particularidades, por lo que no debería entenderse a la guarda de hecho como una prohibición para la adopción, siendo este un criterio que debería tomar el Juez y no ser declarado ilegal desde el comienzo del proceso por el Código Civil.

Si se plantea poner un ejemplo de esto distinto a los que se vienen dando como muestras de lo dicho, en el supuesto en que una persona poco culta, que no pudo acceder al derecho a estudiar de la forma correcta en que sí pudieron muchos otros, tiene un niño a su cargo por el motivo que sea durante años sin que dicha situación hubiera sido provocada por un acto ilícito y no sabe sobre los procesos que debe realizar para lograr su adopción. Transcurrido todo ese tiempo, se acerca a un Juzgado de Familia a iniciar los trámites para que se le otorgue la adopción y se encuentra con todos estos impedimentos que desconocía, siendo incluso que al haber realizado una guarda de hecho, el Juez puede determinar que ese niño o niña sea separado de esa persona.

Es cierto que el no conocer la ley es inexcusable, no se puede alegar esto, pero ¿qué es lo que vale más? ¿La prohibición establecida en el artículo 611 del Código Civil y Comercial o el principio del interés superior del niño establecido incluso en la misma normativa en su artículo 595? Se entiende entonces, que en casos así o análogos, debe primar siempre esto último y si el artículo 611 lo prohíbe y va a crear un desarraigo total de ese niño o niña con la persona que siente como su familia, entonces el mismo debe ser declarado inconstitucional en cada caso donde se demuestre que no existió ningún ilícito de los que quiere prevenir el Código Civil y Comercial, siendo el Juez quien juzgue esto y no valorándolo la legislación como ilegal desde un primer momento, sin conocer cada situación en particular.

### **3. Capítulo III): Argumentos a favor y en contra de la inconstitucionalidad**

## **Introducción**

En este capítulo se analizan las diferentes posturas a favor y en contra de la inconstitucionalidad de la prohibición de la guarda de hecho a los fines de la adopción y se estudian los argumentos esbozados por las mismas.

### **3.1 Argumentos a favor de la inconstitucionalidad**

Entre los argumentos a favor de la inconstitucionalidad planteada, se encuentran la opinión de reconocidos expertos en la materia, doctrinarios como la Dra. Argibay, Mariela González de Vicel, Marisa Herrera, Myriam Cataldi y Miguel Cillero Bruñol, entre otros, han brindado su opinión sobre la cuestión que nos compete.

Así, se puede ver como se menciona anteriormente en la breve reseña de los antecedentes doctrinarios, el voto de la Dra. Argibay, miembro de la Corte Superior de Justicia (2008 “G., M. G”, JA 2009-1-15), quien nos brinda un análisis del tercer artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional según lo establecido en el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Argentina, donde se establece que el principio del interés superior del niño, receptado en dicho artículo, sirve como base para tomar decisiones ante un choque de intereses contrapuestos, debiendo siempre optar por la situación que mejor vele por su interés y utilizarse este mismo como una forma de protección hacia ese niño que necesita de la intervención de la justicia. Se debe manifestar aquí un total acuerdo con lo expuesto por la doctrinaria, siendo que incluso el Código Civil y Comercial brinda la misma solución ante este posible choque de intereses, pero no contempla en este caso que la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción es una situación que puede generar ese interés contrapuesto, al tener que decidir el Juez si debe optar por respetar el interés superior del niño y que su opinión sea tenida en cuenta o por la prohibición establecida en la normativa vigente. Se demostrará en el próximo capítulo, como la jurisprudencia mayoritariamente se decanta por la primera opción y resuelve declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de dicha prohibición al ir en contra del interés superior del niño, niña o adolescente.

Nuevamente se encuentra otra postura a favor en las palabras de la Dra. González de Vicel (2015), donde en su redacción en el Código Civil y Comercial Comentado y haciendo referencia al artículo 611 del mismo plexo normativo, nos explica como la Ley no puede negar que existen situaciones donde ya se ha consolidado una guarda de hecho y al requerir la adopción por parte de los pretensos adoptantes, hay un factor preponderante en la misma, el

cual es la consolidación que ya posee debido al paso del tiempo, situación que no puede dejar de ser contemplada por la Ley a pesar de provenir de una situación irregular. Dejando en claro también que en estos casos se procede a declarar la situación de adoptabilidad del niño, siendo esto contrario a lo establecido por el Código, pero que al contemplar el vínculo que ya se forjó, se debe priorizar la identidad con la que el niño se siente reconocido y respetar por ende su superior interés y todo el “desarraigo” que la separación le provocaría.

Por su parte, la Dra. Herrera M. (2014), en su artículo de revista “La noción de socioafectividad como elemento “Rupturista” del Derecho de Familia” nos muestra como el inciso b) del artículo 600 del Código Civil y Comercial que establece el requisito de inscripción en el Registro de Adoptantes para los pretensos adoptantes, no es un requisito que los jueces apliquen con tal rigidez como la estipulada en la normativa, siendo que los mismos tienden a proteger los intereses de los niños y toman determinaciones o dictan fallos procurando no romper con los vínculos afectivos formados aun ante la falta de inscripción por parte de los actores en dicho registro. Misma situación contempla la Dra. Cataldi M. (2016) La guarda de hecho frente a la adopción: un viejo debate renovado en el Código Civil y Comercial [*Versión electrónica*], Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Número 24, estableciendo nuevamente el factor tiempo como preponderante en los jueces a la hora de tomar determinaciones, siendo que en casos donde existan dos posturas encontradas entre sí, siempre debe velarse por la situación que menos daño le provoque al niño y la misma nunca puede ser aquella que determine su alejamiento de la familia con la que ya lleva mucho tiempo conviviendo y sintiéndose parte de ella, hecho que le significaría una nueva pérdida a la primera que había motivado su guarda.

Se encuentra también una postura similar a las ya expresadas, en las palabras del Dr. Cillero Bruñol (1999) en “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, donde deja en claro que a la hora de aplicar el derecho se debe buscar siempre la solución ante conflictos que más se adecue a lo receptado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, siendo estas las que mejor respeten los derechos de los niños, no solo en su cantidad sino también en el valor que tienen los mismos.

Se debe nuevamente aquí adherir totalmente a las palabras de los doctrinarios anteriormente citados, quienes se encargan de fundamentar por qué prohibir la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción implica una transgresión a los principios receptados por el artículo 595 del Código Civil y Comercial y la Convención Internacional de

los Derechos del Niño, no pudiendo el mismísimo Código al ser un texto escrito, considerar que en todos los supuestos donde se realice una guarda de hecho haya existido un ilícito que se quiera evitar, debiendo en todo caso ser el Juez o el órgano administrativo quien deba probar la existencia o no de este.

### **3.2 Argumentos en contra de la inconstitucionalidad**

En la vereda opuesta a los argumentos expresados con anterioridad, se encuentran doctrinarios que nos brindan su conocimiento y argumentan el porque la postura tomada por el Código Civil y Comercial es la correcta a su criterio. Entre estos, destacan el quitarle al niño el valor de objeto que se le otorgaba al permitir la entrega en guarda directa, siendo que en muchos casos los padres podrían ser tentados a desprenderse de sus hijos en favor del pretense adoptante con el solo motivo de recibir una compensación económica a cambio.

La legislación vigente pretendió en su normativa aplicada no solo el quitar el valor objetivo del niño, aunque siendo este su principal motivo, sino también que se contempló que al realizar la entrega directa de un niño, el o los padres estaban renunciando a su derecho en el ejercicio de la responsabilidad parental, motivo mismo por el cual no podrían ser ellos quienes determinen el futuro de ese niño, persona de derecho, debiendo ser el Estado quien debiera decidir sobre este, al ser más capaz e idóneo para hacerlo de la manera correcta y analizando detalladamente las necesidades del menor y la calidad de vida que podría brindarle el pretense adoptante, corroborando así si es capaz el mismo de cumplir con todas sus necesidades básicas, todo esto mediante la creación del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción mediante Ley N° 25.854.

Los argumentos anteriormente esbozados, encuentran su más fuerte defensa en la 13° sesión del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, celebrada en Buenos Aires el 13 de Junio del Año 2014, donde con el objetivo de alentar la sanción de la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en lo que respecta al resguardo de los derechos de los niñas, niñas y adolescentes, se reunieron juristas y doctrinarios que apoyan esta postura con los argumentos anteriormente mencionados, entre los que destacan Dra. Cristina Martínez Córdoba (Defensora Pública de Menores e Incapaces ante las Cámaras Nacionales en lo Civil, Comercial y del Trabajo); Dra. Cecilia F. Tomé (Directora de Promoción y Protección de Derechos de la Provincia de Buenos Aires); Dr. Sebastián Gastellu (Subsecretario-Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Provincia de

Buenos Aires); Dra. Mirta Lapad (Asesora General de Incapaces de la Provincia de Salta); Dr. Alejandro Ferretto (Juez de Familia de Ushuaia) entre otros doctores que firmaron el acta.

La principal crítica que se debe hacer en este caso es la inobservancia que realizan estos doctrinarios sobre los principios que establece el Código Civil y Comercial. Como anteriormente se expuso si un niño, niña o adolescente se manifiesta a favor de una adopción debido al fuerte vínculo afectivo que posee con el pretense adoptante, este hecho no puede dejar de ser considerado solo porque una normativa prohíba la forma en se inició dicha vinculación, entenderlo de esa forma sería no considerar ni respetar los principios que el mismo cuerpo normativo, en este caso el Código Civil y Comercial, recepta y pregona sobre su aplicación y su preponderancia a la hora de tomar decisiones ante intereses contrapuestos.

### **Conclusiones Parciales**

Como conclusión a este capítulo, se puede decir que lo que esta parte propone al Tratar la inconstitucionalidad de la guarda de hecho a los fines de la adopción es entender que lamentablemente en la práctica se dan situaciones que contrarían a la Ley, pero no por eso deben dejarse de contemplar estos escenarios, siendo que la víctima en estos casos siempre es el niño y respetar su superior interés como principio rector en la adopción, muchas veces requiere que se corrompan para ello ciertos requerimientos que no deben ser contemplados como rituales tal cual expresa la legislación. Esto no quiere decir que no se esté de acuerdo con el paradigma y los argumentos contemplados por el Código Civil y Comercial y que lleguen a tomar la determinación actual de la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción, sino que no se pueden contemplar todas las situaciones bajo el mismo orden, ya que de por sí, cada situación es particular y amerita a mi humilde entender que estos requerimientos rituales de las nulidades absolutas deben ser contempladas en cada caso a criterio del Juez, teniéndose quizás como nulidades relativas, no pudiendo evaluar de la misma forma una irregularidad en una guarda de hecho de un bebé por el plazo de algunos meses, donde la investigación presuma algún tipo de compensación económica, a casos en donde transcurrieron muchos años, incluso donde el pretense adoptado ya es mayor de edad y solo quiere la adopción para poder portar el apellido que lo representa y poder finalmente sentirse parte plena de la familia que lo acobijó durante toda su infancia.

Se destaca también que la postura tomada por el Código Civil y Comercial tiene como finalidad evitar la cosificación del niño dándole un valor como objeto, algo que parece totalmente irrisorio si se compara con los regímenes de comunicación que si regula y aprueba

este plexo normativo, que si bien no tiene que ver con el tema aquí tratado, no puede aprobarse de la forma en que se hace la enorme cosificación que existe en estos regímenes donde el niño es totalmente “paquetizado” como si de un bien se tratara y luego querer prohibirlo en los procesos de adopción. Si bien son dos temas distintos y se está totalmente de acuerdo con ellos, no se puede dejar de lado que ambos son tratados por la misma normativa que en una quiere evitar la cosificación y en otra lo avala totalmente, algo que se puede alegar al desempeñarme como empleado del Poder Judicial de Río Negro y viendo muchísimos casos en que el niño o la niña es un simple objeto del régimen de comunicación, con horarios de idas y vueltas y una constante pelea entre padres donde la víctima siempre termina siendo el menor, pero encontrándose los padres avalados por el Código Civil y Comercial que no busca evitar esta cosificación en la comunicación con los padres pero si intenta realizarlo en la adopción.

Se debe concluir entonces y luego de lo dicho anteriormente, que en cuanto a criterio y por lo expuesto, se permite disidir con la postura adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, coincidiendo criterio con las posturas analizadas a favor de la inconstitucionalidad.



#### **4. Capítulo IV): De la inconstitucionalidad y análisis de jurisprudencia**

## **Introducción**

Se procederá a analizar en el presente capítulo el requisito de la inscripción en el registro de adoptantes establecido en el artículo 600 inciso b) del Código Civil y Comercial y la nulidad del proceso de adopción ante la falta del mismo establecida en el artículo 634 inciso h) de la misma normativa. Si bien ya se ha referido anteriormente a dichos artículos y habiendo realizado sus respectivas críticas, se procede a la redacción del presente capítulo por la implicancia en la temática elegida, siendo uno de los dos ejes claves de la inconstitucionalidad planteada, continuando luego con el análisis de casos jurisprudenciales donde la prohibición de entrega directa establecida por el artículo 611 del Código Civil y Comercial llevaría a la imposibilidad de la adopción en los casos que se plantean, analizando las resoluciones dictadas por los jueces intervinientes en dichos procesos y resolviendo así el otro eje principal de las inconstitucionalidades aquí planteadas.

### **4.1 Análisis del fallo en “P.O S/ ADOPCIÓN SIMPLE”**

Se utilizó para el desarrollo del presente subíndice del cuarto capítulo de este trabajo de investigación final de grado, un fallo de los Señores Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en la ciudad de General Roca en referencia a los autos caratulados como “P.O S/ ADOPCIÓN SIMPLE” (se utilizarán solo las iniciales de los nombres de las partes para respetar su intimidad) Expediente N° D-2RO-3066-F11-16.

El fallo está basado en el voto del DR. SOTO, VICTOR DARÍO, con la adherencia sus palabras del DR. MARTINEZ, GUSTAVO ADRIAN y una abstención.

Todo comenzó cuando la adolescente F sufrió el fallecimiento de su madre y ante la ausencia de filiación con una figura paterna, fue su tío O.P, hermano de la difunta, quien se hizo cargo de los cuidados de F, siendo que durante la vida de su madre, ella había tenido un contacto muy fluido y constante con el hermano de su madre, debido al hecho de que vivían a solo dos casas de separación el uno del otro, dentro del mismo lote. Luego de acaecidos estos hechos, el señor O.P inició inmediatamente teniendo en cuenta las circunstancias, el correspondiente trámite por la tutela de F y a continuación el de adopción simple.

F, actualmente cursa sus estudios secundarios, transitando el primer año y ha dejado en claro en su proceso de adopción “P.O S/ ADOPCIÓN SIMPLE” que tramitó la Defensoría Número 9 de la Segunda Circunscripción judicial del Poder Judicial de Río Negro, su

voluntad de ser adoptada por su tío, respetando así lo establecido en el Código Civil y Comercial en cuanto a la expresión de su voluntad en los procesos de adopción donde el pretense adoptado es mayor de 10 años de edad.

La causa, fue elevada a la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, viniendo desde el Juzgado de Familia Número 11 de la misma circunscripción, al apelar la parte actora, la resolución de fojas 45/47 del expediente, con fecha 5 de Junio de 2018, en la cual, la Jueza Titular de dicho Juzgado y habiendo evaluado todas las circunstancias del caso, ordenó al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción de la provincia de Río Negro, que continúen con la evaluación sobre la inscripción de P.O en el mencionado registro y se expidan sobre su aprobación o rechazo de la misma.

Ante esta resolución, tanto F como P.O deciden rechazar la medida que determinaba que el RUAGFA continúe con los trámites de la evaluación y su posterior inscripción o rechazo en dicho registro, debido a que este organismo ya había tomado parte en el proceso, decidiendo tener por exceptuada la inscripción, “en consideración del espíritu de la ley 25.854, como del decreto 1.328/2009 y del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto se trataba de un supuesto de inscripciones genéricas; dado que se trata de familiares y esa situación refiere a un supuesto excepcional previsto en el art. 611 del CCC, que no requiere inscripción” (Soto V, 2018, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, fallo en expediente N° D-2RO-3066-F11-16 )

Se planteó el recurso, alegando que dicha resolución no se condice con lo estipulado en el Artículo 3 del Código Civil y Comercial en cuanto al “criterio de razonabilidad en la fundamentación de la decisión jurisdiccional”, teniendo en cuenta el vínculo familiar y convivencial que existe entre las partes desde el nacimiento de F con P.O quien es hoy su tutor. Destaca también en la presentación del correspondiente memorial al elevar la causa a la Cámara de Apelaciones, el principio del Interés Superior de F en el proceso de adopción, acorde con lo estipulado en el artículo 595 del Código Civil y Comercial como eje rector en la materia, el cual surge de todas la evaluaciones realizadas y las audiencias llevadas a cabo, de las cuales surge que no existe otra posibilidad que el otorgamiento de la pretensión, ocasionándoles incluso dicha resolución, un perjuicio por el retraso que la misma supone.

El principal agravio es la indefinición con respecto al estado de F, siendo que se planteó la inaplicabilidad del artículo 600 inciso b) y del artículo 634 inciso h), ambos del Código Civil y Comercial y se demostró que es imposible determinar que en el caso se haya

realizado una entrega directa, siendo que ambos padres de la adolescente fallecieron, resultando entonces inaplicable el artículo 611 que prohíbe dicha entrega.

Volviendo al principio del interés superior del niño, niña o adolescente que le asiste a F en este caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 595 del Código Civil y Comercial, se puede denotar el derecho que tiene entonces de pertenecer a una familia, ser criado por esta misma y considerarse como un hijo más, derechos que primeramente deben ser atendidos por la familia de origen o la ampliada y recién cuando eso no se pueda lograr, debe velarse por encontrar una familia que ya se encuentre inscrita en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, motivo por el cual debe velarse por respetar el derecho de F a ser oída y que se respete su identidad. Siendo este uno de los argumentos para el rechazo a la medida dictada en autos, considerando que el registro ya se había expedido (determinando que la inscripción de familiares es una situación excepcional al artículo 611 de la cual no se requiere su inscripción) y produciendo una dilatación del tiempo que genera un perjuicio a las partes.

En el expediente en análisis, también se explayó la Defensora de Menores, coincidiendo con los criterios y fundamentos de la apelación, estableciendo que:

El fallo desconoce el interés superior de la adolescente y tácitamente provoca una denegación de justicia”, sosteniendo que en este caso y en otros análogos deben considerarse inaplicables los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del Código Civil y Comercial, análisis que cuenta con un criterio coincidente por parte del Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, Dr. Soto, Víctor Darío, quien agrega que “el fallo contempla una aplicación literal de la normativa del Código Civil y Comercial, que en definitiva no resulta apropiada al caso, en función de que se encuentra prevista para evitar situaciones de las que no hay riesgo en autos.” Continuando con sus palabras, agrega “Entonces y dada tal situación, esa aplicación rigurosa de la normativa no resulta consecuente con el caso y de ese modo, lo que procura evitar –posibles nulidades- termina afectando lo que es el principio basal del sistema, y que no es otro que el del respeto al interés superior del niño, niña o adolescente.

(Quezada E., 2018, fs. 67, expte. N° D-2RO-3066-F11-16)

Queda en claro según todo lo expuesto, que en el caso se realizó una aplicación rigurosa y literal de la normativa establecida en el Código Civil y Comercial, con una excesiva rigidez en su interpretación, no considerando las excepciones previstas a tales fines, por lo que el fallo de la Cámara de Apelaciones, no pone en riesgo el objetivo del Código Civil de evitar entregas directas intentando encubrir prestaciones dinerarias que producirían un ilícito que se busca evitar.

Sobre el final ya de la sentencia y en su sexto y último punto, se determinó que:

En suma, no hay dudas en mi opinión que lo más consecuente con el interés superior de la adolescente F, es proseguir el trámite hacia la posible adopción por parte de su tío O.P, cumplida la previsión del art. 606 del CCC, -y en la medida en que no aparezcan situaciones para considerar inexistentes hoy- y sin retrogradar el proceso como se había dispuesto en el fallo que propongo revocar.

(Soto V, 2018, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, fallo en expediente N° D-2RO-3066-F11-16)

Por lo expuesto y todo lo relatado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería resolvió conceder la misma, haciendo lugar a apelación que revoca la resolución del 5 de Junio de 2018 dictada por la Jueza Titular del Juzgado de Familia Número 11 que consta a fojas 45/47 del expediente N° D-2RO-3066-F11-16, caratulado como “P.O S/ ADOPCION SIMPLE” con dos votos positivos y una abstención.

#### **4.2 “El caso T”**

Debo permitirme en esta oportunidad y tomándome el atrevimiento, de contar una situación personal y muy particular con lo que se relatará en el presente subíndice de este cuarto capítulo del presente trabajo.

Luego de mucho tiempo de trabajo y variadas comunicaciones con el tutor del Proyecto del presente Trabajo Final de Graduación, se realizó la última entrega del mismo un día jueves, siendo que en las horas siguientes a dicha entrega, se recibió un llamado que aguardaba desde hacía mucho tiempo. El mismo procedía del Poder Judicial de Río Negro, comunicándome que luego de haber rendido todos los concursos y habiendo realizado todos los análisis pertinentes, estaba todo listo para mi ingreso como empleado de dicha institución, algo que me llena de orgullo y por lo que personalmente me esforcé mucho para lograr lo que a mi entender, es un sueño cumplido, ser parte de la justicia de mi provincia. Debía entonces, presentarme al día siguiente para mantener una entrevista y determinar en qué sector se realizaría mi ingreso.

Con posterioridad a dicha entrevista, la cual fue llevada a cabo por los defensores públicos que se desempeñan en la ciudad de General Roca, tuve el enorme agrado de ser seleccionado por la Defensora Pública Irene Peruzzi, titular de la Defensoría Número 1 de la Unidad Temática de Defensa de Derechos de Familia para ser parte del personal que lleva adelante dicha defensoría.

Se toma el atrevimiento de redactar en este trabajo de investigación y análisis, este hecho personal en particular para poder entender las dos posturas encontradas sobre la temática planteada, siendo que al comentar sobre las inconstitucionalidades planteadas en la

presente a un familiar que se desempeña con un alto cargo en el Juzgado de Familia Número 16 de la misma ciudad, me dejó en claro su postura totalmente contraria a lo aquí planteado, adhiriendo en su totalidad a lo normado en el Código Civil y Comercial y con los mismos argumentos analizados en su oportunidad en contra de la inconstitucionalidad de la prohibición de la guarda de hecho a los fines de la adopción, agregando además que no debería mencionar la temática de este trabajo en la defensoría a la que desde ese día pertenezco porque me dirían también que la misma es errónea, consejo que al ser nuevo en dicho trabajo, decidí respetarlo.

Pero sucedió un día, en fecha de feriado para el Poder Judicial en la que debí trabajar, que una mañana se presentó la defensora titular, Dra. Irene Peruzzi, siendo que se encontraba “feliz” porque había sido notificada de una sentencia de un proceso que llevaba adelante, al comentarme sobre este mismo, grande fue la sorpresa al escuchar que en este, había planteado las mismas inconstitucionalidades aquí esbozadas y obteniendo incluso, un fallo a su favor, declarando inconstitucionales los analizados artículos y otorgando una adopción, en lo que yo llamo “El caso T”.

Todo comenzó cuando el Sr. T.P.M y la señora I.L.A concurren a la defensoría oficial n° 1 a los fines de iniciar la correspondiente demanda por adopción plena de la adolescente B.M.F. proceso que quedó caratulado como “T.P.M e I.L.A S/ ADOPCIÓN” y tramitó bajo el n° de expediente O-2RO-19-F11-15 radicado en el Juzgado de Familia N° de la ciudad de General Roca, segunda circunscripción judicial del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, a cargo de la Dra. Moira Revsin (Jueza) y secretaría a cargo de la Dra. Evangelina Ovejero.

Al relatar los hechos, se puede leer en la demanda presentada, que los pretendientes adoptantes conviven con la adolescente de 17 años desde que la misma tenía tan solo 27 días de vida, tal cual fue detallado en el expediente tramitado para obtener la guarda de B.M.F. Cuentan que la madre biológica, E.F había iniciado el trámite de inscripción fuera de término de la recién nacida B., pero poco tiempo después desistió del mismo como una pequeña muestra de todo el desinterés que demostraba por su hija, debiendo entonces los señores T.P.M e I.L.A ser quienes lleven adelante el proceso de la inscripción, logrando el certificado de nacimiento de B y sin una filiación paterna en el expediente caratulado como “F., B.M S/ INSCRIPCIÓN FUERA DE TÉRMINO” N° 1231-02. B, incluso tiene una hermana mayor que también fue adoptada por el mismo matrimonio y este además cuenta con tres hijos biológicos. Destaca en la formulación de la demanda, como B se siente parte de esa familia,

siendo una hija más y que pretenden realizar este trámite como una mera formalidad, porque no tienen ninguna duda de que ella es su hija y que no pudieron iniciar la demanda en el correspondiente tiempo porque se estaban encargando de tramitar la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, por lo que no pudieron hacer la demanda junto con la de su hermana. Si pudieron obtener su guarda, pero los años pasaron y por un motivo u otro, nunca habían iniciado el proceso de adopción correspondiente, resaltando que al iniciarlo en ese momento (2015) es simplemente porque B necesita forjar su identidad y llevar el apellido con el cual se siente realmente identificada, fundando el derecho en lo establecido por el artículo 595 del Código Civil y Comercial y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño solicitando a su vez que se modifique el apellido F por T.

Al iniciar el proceso, se les ordenó a los pretensos adoptantes que se inscriban en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos. Ante esto y según consta a fojas 46 del expediente N° O-2RO-19-F11-15 la Dra. Irene Peruzzi, apoderada de los Sres. T.P.M e I.L.A se presenta e informa que anteriormente el RUAGFA les había rechazado verbalmente la inscripción en el registro, solicitando se oficie al mismo para cumplir con lo solicitado.

En respuesta a esto, el RUAGFA responde que “el Registro... solo inscribe postulantes que aspiran, es decir, de modo previo y anterior a la guarda, en tanto la inscripción es un requisito previo para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos. Que este Registro carece de la competencia para inscribir situaciones como las aquí requeridas” destacando además que “... las inscripciones se realizan de manera genérica no para casos en particular... Que corresponde, en consecuencia, no acceder a lo requerido” (2015, fojas 49 en O-2RO-19-F11-15).

Al tomar conocimiento de esto, la parte actora pide se declare la inconstitucionalidad de los artículos 600 inciso b) y 634 inciso h) del Código Civil y Comercial, fundando en lo establecido por los artículos 17 CIDH, el artículo 10 PIDESC y el artículo 15 del Protocolo de San Salvador. Se debe proceder aquí a redactar lo establecido en cada uno de estos:

Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

(Convención Americana Sobre los Derechos Humanos, Artículo 17)

Los estados partes en el presente pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...

(Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 (XXI), 1966, Artículo 10)

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar...

(Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Artículo 15)

Continuando entonces con el desarrollo del proceso, de lo expuesto se le corrió vista al Fiscal para que resuelva sobre el planteo de inconstitucionalidad, dictaminando en sentido negativo de esta al entender que lo establecido en ambos incisos son requisitos sustanciales del proceso (Nelli A., 2017, fojas 55/56 en Expediente N° O-2RO-19-F11-15). La jueza del proceso, Dra. Revsin, a fojas 58 expresa su adhesión a lo dictaminado por el fiscal, entendiendo que el planteo de la inconstitucionalidad debe ser de “*última ratio*”, aunque sin perjuicio de esto, al concebir que la persona que se quiere adoptar es mayor de edad (B durante el proceso cumplió los 18 años), entiende que se puede permitir una interpretación distinta de las normas ya que el régimen está previsto para personas menores de edad y por ello lo expuesto es una cuestión de excepción. Destaca entonces que

Como la persona mayor de edad puede ser adoptada de manera excepcional (conf. Art. 597 inc. b), esta excepcionalidad permite una interpretación y aplicación diferente del plexo normativo... Por todo ello considero que no corresponde aplicar en el caso concreto la exigencia legal emanada del art. 600 inc. b) CCiv y Com, por cuanto la mayoría de edad alcanzada por la persona que dese ser adoptada corre el eje de protección que tienen las personas menores de edad... y por ello es factible en este supuesto excepcional que se deje sin efecto el requisito de la inscripción en el “registro de adoptantes”. LO QUE ASÍ RESUELVO (Revsin M, 2017, fojas 58 en O-2RO-19-F11-15)

Se puede ver entonces como en este caso la Jueza entiende la excepcionalidad del caso, motivo por el cual declara la inaplicabilidad de dichos artículos, entendiendo que la declaración de inconstitucionalidad es el último extremo al que debe llegarse. Como comentario final a la resolución dictada en autos, la Dra. Revsin (2017, fojas 58 en O-2RO-19-F11-19) dice “... dejo aclarado que la respuesta dada por el registro adolece de graves yerros interpretativos y de un exceso de sus facultades administrativas...”

La excepcionalidad a la que alude la jueza del artículo 597 inciso b) del Código Civil y Comercial, establece que se podrán adoptar personas mayores de edad cuando “hubo



posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada” (Código Civil y Comercial, Artículo 597 inciso b)

Teniendo en cuenta lo expuesto, el día 13 de Julio del año 2018 se dicta la sentencia de los autos mencionados. La misma adiciona a lo ya expuesto con anterioridad, un informe que consta a fojas 37/39 del Equipo Interdisciplinario del tribunal del cual surge que la B.M.F se siente parte del grupo familiar al que pertenece desde su nacimiento, tanto relacional como afectivamente y que su mayor anhelo es realizar su cambio de apellido para afianzar su identidad y su autoestima. A fojas 72 consta el acta de audiencia realizada con los pretendos adoptantes y los futuros hermanos, quienes dan su consentimiento para que se lleve a cabo la adopción.

En los considerando de la sentencia se encuentra el broche de oro de este capítulo, donde se debe recordar que todo inició con una entrega directa y el posterior rechazo del registro de aspirantes a guarda a inscribir al matrimonio que pretendía llevar a cabo la adopción, la misma, establece que el vínculo generado entre estos y la pretensa adoptada se encuentra muy arraigado, planteando esta relación desde el amor, la contención, la asistencia y la cotidianeidad de trato, queriendo que todo esto se refleje en la documentación que identifica a B. Surgiendo también que si bien esta última posee una filiación materna, no existe vínculo ni trato con su madre biológica, destacando que realizaron el trámite hasta el proceso de guarda, no pudiendo avanzar en la adopción ante la negativa del registro a inscribirlos como tales.

Hay un comentario muy importante y acertado por parte de la Jueza, que destaca sobre el modo en que se dio la guarda de B al momento de su nacimiento, la misma dice que

Hasta la sanción de la Ley 24.779, ocurrida en el año 1997, estaba autorizada por Ley lo que se denomina actualmente como “entrega directa”, es decir, que un niño inicie una relación familiar con fines de una futura adopción sin un control jurisdiccional que controle y dirima quienes serán los futuros adoptantes. Mientras se encontraba vigente esa legislación (Ley 19.134), la Sra. F otorgó la guarda de su hija mayor, M, a los Sres. T e I, quienes posteriormente pudieron cumplir con los trámites para efectivizar la filiación adoptiva. En cambio, el nacimiento de B ocurrió con posterioridad, por lo cual los requisitos legales y las condiciones para el otorgamiento de la guarda eran distintos (Revsin M, 2018, sentencia en 0-2RO-19-F11-15)

Por lo expuesto es que la familia T pudo llevar adelante la crianza de dos hermanas en el mismo ámbito, respetando así uno de los principios rectores en la materia, receptada en la anterior y en la actual regulación, motivo por el cual la entrega debe ser declarada legítima y no ilegal. Finalmente y por lo desarrollado *ut supra* y priorizando el vínculo afectivo que se demostró, aferrado por el paso del tiempo y con el consentimiento de la pretensa adoptada

mayor de 10 años tal cual lo dispone el Código Civil y Comercial, se resolvió otorgar la adopción plena a los señores T.P.M e I.L.A de B.M.F, quien deberá ser inscripta con el cambio de apellido solicitado como B.M.T y así portar el apellido de su familia, la que la identifica realmente, estableciendo incluso que a modo excepcional y por los fundamentos expuestos a fojas 58, no se requiere la inscripción en el registro de adoptantes.

A continuación y como refuerzo de los argumentos hasta aquí analizados y detallados exhaustivamente en estos casos desarrollados con anterioridad, se procederá a reseñar y analizar brevemente otros fallos con aplicaciones o interpretaciones similares, sumando entonces nueva jurisprudencia que avala lo hasta aquí expuesto, dando así todavía una mayor firmeza a los argumentos de las inconstitucionalidades planteadas por esta parte.

#### **4.3 Reseña de autos “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa”**

En la ciudad de Río Tercero, Provincia de Córdoba el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Primera Nominación, a cargo de la jueza, Dra. Sánchez Torassa R. (2017), mediante el auto n° 264 dio resolución a la adopción solicitada en el expediente “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa”

La causa inició cuando los actores, quienes se encontraban unidos en matrimonio, iniciaron la demanda solicitando se le otorgue la guarda judicial con fines de adopción plena de una menor de edad, que según dicen y luego se acredita, vive con ellos desde su nacimiento, producto de una entrega directa que realizó su madre biológica hacia ellos. El juzgado entendió que la causa debía resolverse según las disposiciones vigentes, es decir el Código Civil y Comercial atento que la situación de hecho continuaba dándose, por ende no encontrándose agotada esta situación, así debía resolverse.

Ante esto, la parte actora se encontraba con el impedimento plasmado en el artículo 611 del Código Civil y Comercial en cuanto a la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción. A pesar de esto, la Jueza resolvió declarar la inaplicabilidad de la norma mencionada anteriormente en este caso en particular porque se pudo demostrar a lo largo del proceso que la menor de edad, de 10 años al momento de dictar sentencia, tenía un verdadero vínculo afectivo con los pretensos adoptantes y al no contar tampoco con una filiación paterna, correspondía dar lugar a la adopción solicitada, debiendo para esto decretar dicha inaplicabilidad, declarar la situación de adoptabilidad y otorgando la guarda judicial solicitada. Debiendo así resolver contrariando lo normado en la regulación vigente, pero haciendo primar el interés superior de la niña.

Se debe destacar como en este caso se resolvió declarando la inaplicabilidad de lo normado, en este supuesto se resuelve así porque, como se dijo anteriormente, la declaración de inconstitucionalidad debe ser utilizada de *ultima ratio*, es decir, existiendo la posibilidad de resolver de otra forma, debe primar esta, por lo que siempre la declaración de inconstitucionalidad debe ser la última solución posible. Esto no quiere decir que la inconstitucionalidad planteada no exista, ya que se corrobora al resolver de forma contraria a lo estipulado en la legislación vigente.

#### **4.4 Reseña de autos “M.L.A y otro Guarda No contencioso”**

Nuevamente en la provincia de Córdoba, el Juzgado de Familia de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba capital, a cargo de la jueza Eslava G. (2017) bajo el auto interlocutorio n° 35 resolvió en los autos caratulados como “M.L.A y otro Guarda No contencioso”.

La cuestión aquí a resolver fue otra distinta a las causas anteriormente desarrolladas, ya que la resolución dictada en autos debía encontrar una solución al criterio de la aplicación de la norma vigente o el ya derogado por entonces Código Civil velezano. En el caso, nuevamente la parte actora se presenta con el objetivo de conseguir la adopción de un niño del cual se encargaban de sus cuidados desde temprana edad por una entrega directa de parte de su madre biológica. Desde que se inició el proceso, casi en su totalidad estaba vigente la Ley 7676 (Código de procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba), pero al momento de dictar resolución, entró en vigencia la Ley 10305 estableciendo que correspondía brindar la guarda con fines de adopción entendiéndose que de no hacerlo, atento la prohibición establecida en la nueva Ley, se estaría aplicando la misma de forma retroactiva, ya que al momento de consumarse la entrega directa en este caso, la misma estaba permitida, lo que generó en ese momento una expectativa en las partes de obtener el vínculo paterno filial de forma legítima y legal, entendiéndose que incluso de no interpretarse de esta forma, se estaría vulnerando el principio del superior interés del niño.

#### **4.5 Reseña de autos “L. A. E. s/ guarda preadoptiva – adopción”**

En el caso, bajo el número de expediente MJ-JU-M-100782-AR | MJJ100782 se procedió el 7 de Septiembre del año 2016 al dictado de la inconstitucionalidad de los artículos 611 tercer párrafo, 600 inciso b) y 634 inciso h) del Código Civil y Comercial otorgando la guarda con fines de adopción y la adopción plena a la actora, pretensa

adoptante, de dos hermanos. El caso inició con el derogado Código Civil, cuando la actora era maestra de una niña menor de edad, al conocer sobre el fallecimiento de la madre de la niña y la imposibilidad del padre de continuar con los cuidados de la misma y de su hermano, la actora, con expresa autorización del padre, lleva a la niña y su hermano a convivir con ella en su hogar. Luego del paso de los años y de ciertas circunstancias donde el hermano mayor vuelve a tener contacto con su padre, decide volver a vivir con él, pero sin perder el contacto con su hermana ni con la actora, por lo que el mismo pretende continuar con la adopción. Al ver el Juez los vínculos forjados, procede a declarar la inconstitucionalidad de mencionados artículos y otorgar la plena adopción. (Fallos 3519, 2016)

#### **4.6 Reseña de autos “G.M.G. s/ protección de persona”**

En esta oportunidad, el 16 de septiembre del año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa 73.154/05 que tramitó bajo el número de expediente MJ-JU-M-38350-AR, LL, 2008-F-57, demostró cómo el requisito de la previa anotación en el pertinente registro de adoptantes no debe considerarse una norma excluyente o rígida y en toda situación debe velarse principalmente por el interés superior del niño. En el caso la Corte revocó una sentencia que declaraba la situación de adoptabilidad del niño y la consecuente selección de una persona idónea inscripta en el registro de adoptantes para hacerse cargo de sus cuidados sin considerar el vínculo que el menor había formado con una familia la cual tenía una relación afectiva con su madre. Se procedió a revocar dicha sentencia, debiendo los pretendidos adoptantes, quienes habían llevado adelante una guarda de hecho, realizar la evaluación y consecuente inscripción en el registro de adoptantes. (Causa 73.154/05, 2008)

#### **Conclusiones parciales**

Se debe agregar como conclusión al presente capítulo y habiendo analizado los distintos fallos, que por los motivos expuestos, queda demostrado que cada caso es particular y esas particularidades son las que deben ser analizadas e interpretadas por la doctrina y jurisprudencia y no deben ser negadas por la legislación vigente, ya que si bien las excepciones son pocas o son minoría, no pueden dejar de ser contempladas, remarcando nuevamente que la rigidez con la que el Código Civil y Comercial trata la materia, hace que en todo caso, situaciones como las aquí planteadas sean ilegales, debiendo entonces recurrir al planteo de inconstitucionalidades o la inaplicabilidad de ciertos artículos o formalidades exigidas que hacen que no se puedan respetar y que primen principios que ante todo son los que deben destacar, como en el caso expuesto de B cuando se analizó “El caso T”, que en el

supuesto de aplicar la normativa con la rigidez que se supone debe aplicarse, no hubiera primado su derecho a su identidad y su superior interés, principios por los que siempre deben velarse de acuerdo al artículo 595 del Código Civil y Comercial y el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

## **Conclusiones Generales**

Habiendo ya dado un desarrollo a la temática tratada como eje del presente trabajo final de grado, se presenta el siguiente apartado donde se dará un fin al mismo, desarrollando las conclusiones en las que se propone responder a la pregunta de investigación planteada en el apartado introductorio y a todos los objetivos propuestos, dando también una confirmación o refutación de la hipótesis planteada. Para esto, se recuerda que fue lo que se planteó en un principio y se da respuesta a dichos interrogantes.

Se propuso como objetivo principal de este trabajo, responder a la siguiente pregunta: ¿Debe considerarse inconstitucional la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción? Se explayó a lo largo de la redacción de los cuatro capítulos que conforman la presente sobre el interrogante aquí planteado. Luego de todo lo analizado, la respuesta sin duda alguna es si, debe declararse inconstitucional, pero todo tiene un ¿Por qué? que se pasa a responder a continuación.

Lo que se pretende al plantear la inconstitucionalidad de lo normado por el artículo 611 del Código Civil y Comercial, que se recuerda establece la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción, no quiere decir que esta parte no esté de acuerdo con los motivos expuestos por la doctrina que apoyan lo receptado en dicho artículo, siendo que el mismo intenta evitar situaciones ilegales como puede ser la venta de niños, niñas y adolescentes o evitar cosificar a los mismos, dándole un valor material como si de un objeto se tratasen. Lo que aquí se critica es la forma en que esto fue aplicado en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 01 de Agosto del año 2.015. De la forma en la que esto está dispuesto en la normativa mencionada, hace parecer que el mismo contempla todas las posibles situaciones por las que una persona o una pareja podría querer solicitar una adopción, deduciendo que en los casos en que estas personas no estén inscriptas en el registro de adoptantes y hallan llevado a cabo una guarda directa se presupone un ilícito de fondo, de otra forma no podría comprenderse su prohibición absoluta a esta modalidad de entrega. El problema surge cuando luego de los respectivos informes y análisis de distintas situaciones en casos particulares, se demuestra fehacientemente que no hubo ningún ilícito que produjo esa situación de hecho, como por ejemplo se vio en el caso de B al analizar “El caso T”, donde sus pretendidos adoptantes, en un acto de amor, con 3 hijos biológicos y una adoptada, quien incluso es la hermana mayor de B, no pudieron llevar adelante el proceso de adopción de la misma debido a que su madre biológica ni siquiera había realizado los trámites para inscribir su nacimiento en el Registro Civil, dejando pasar el tiempo mientras solucionaban este problema y presentándose años más tarde a solicitar que

se la reconozca a ella como hija, no porque ellos no lo sepan, sin importar el fallo de un juez o no, ella siempre será su hija y ellos sus padres, solamente se estaba pidiendo que se respete su derecho a la identidad y a su superior interés y que esto conste en la identificación legal que ella porta, tal cual lo establece el mismo Código Civil y Comercial en su artículo 595 al establecer los principios que deben regir el proceso de adopción y si en estos casos, artículos como el 611, 600 inciso b) y 634 inciso h), establecen trabas para que se otorguen dichos derechos elemental en la vida de una persona, entonces sí, me permito decir que dichos artículos son inconstitucionales, por ir en contra de lo que establece la misma normativa que da prioridad a mencionados derechos.

Resulta ilógico también presuponer un ilícito en una guarda de hecho por ejemplo en niños mayores de 6 años, ya que como se dijo en su correspondiente capítulo, surge de los mismos informes de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción que solo el 0.7% de aquellas personas inscriptas en dicho registro aceptarían adoptar niños de entre 6 y 12 años de edad, habiendo dicho esto, si un porcentaje tan bajo sería capaz de adoptar a un niño o niña de esa edad, ¿cómo entonces la legislación vigente puede suponer ilícitos de fondo en estas situaciones? Si muy pocas personas son capaces de adoptarlos, muchas menos personas serían capaces de pagar por ese niño o niña, por lo que entiendo, el querer realizar los cuidados básicos de un niño de esa edad, debe deducir que hay un acto de amor y no un ilícito que llevó a consumarlo y además, se le ponen todas las trabas mencionadas anteriormente, como estar inscripto en el registro de adoptantes y de no ser así, ser esta una nulidad absoluta de acuerdo a lo normado por el artículo 634 inciso h) del Código Civil.

Como una posible solución a esto, que respete la postura tomada por el Código Civil y Comercial, para evitar la venta de niños, lo cual sería una aberración muy grande que ocurra, pero no dejando de desconocer estas situaciones planteadas donde fehacientemente se haya demostrado que no existió ningún ilícito de fondo que llevó a consumir la guarda de hecho, como humilde opinión, se propone que dichas nulidades absolutas, deben ser establecidas como nulidades relativas, siempre a criterio del Juez, analizando cada caso en sí mismo y cuando se demuestre la legalidad del acto, el Juez pueda otorgar la guarda con fines de adopción sin tener que recurrir a declarar la inconstitucionalidad de estos artículos.

Habiendo dado finalmente una respuesta al interrogante principal que se planteó, se procede ahora a dar respuesta a los objetivos específicos que se realizaron en la introducción sobre la temática elegida. En este apartado, los mismos fueron los siguientes: Describir cuales



son las etapas que se pueden distinguir en el proceso de adopción y que tipos de la misma existen, evaluar la vulneración de los principios del artículo 595 del Código Civil y Comercial en el mismo cuerpo normativo, analizar la procedencia de la declaración de la nulidad de la adopción al no estar inscripto en el registro de adoptantes, y determinar la improcedencia de los plazos de supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad establecidos en el Artículo 607 del Código Civil y Comercial.

El primer objetivo encuentra su respuesta en el capítulo uno de este trabajo final de grado, al respecto y a modo de resumen de lo expuesto allí, se pueden simplificar las etapas del proceso de adopción con una primera inscripción de los pretendientes adoptantes en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción y su posterior aprobación e ingreso en la lista de espera. Transcurrido el denominado tiempo de espera y ante un niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de adoptabilidad, deben seleccionarse los expedientes de los candidatos entre aquellos que con un orden más próximo, cumplen los requerimientos del caso, procediendo así a una entrevista personal del Juez con estos, quien ordena realizar un proceso de vinculación para la posterior guarda con fines de adopción, finalizando luego con la adopción propiamente dicha.

Con respecto a los tipos de adopción, nuevamente esto fue desarrollado en el primer capítulo de la presente, entre las que se dijo que se encontraban tres tipos distintos de la misma, estos son: Plena, simple y de integración, distinguiendo las dos primeras entre sí por cuanto a los vínculos filiatorios que generan, siendo que en la adopción plena se adquieren todos los vínculos con la familia adoptante y se pierden con la familia de origen, mientras que en la adopción simple solamente se genera el vínculo de hijo y no los demás vínculos con el resto de la familia. En cuanto a la tercera modalidad de adopción, la de integración, la misma consiste en la adopción del hijo del cónyuge o conviviente.

En el segundo objetivo, se planteaba analizar si son vulnerados los principios establecidos en el artículo 595 del Código Civil y Comercial. Ya se dio respuesta a esta temática al responder la pregunta general que se presentó como eje del presente trabajo, a modo de recordatorio igualmente, se resalta que dichos principios son: 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, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva, el derecho a conocer los orígenes y el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, siendo obligatorio su consentimiento para la adopción a partir de los 10 años (Código Civil y

Comercial, art. 595). A lo largo del desarrollo de todo este trabajo y dentro de este mismo apartado de las conclusiones, se dejó en claro que estos principios pueden ser vulnerados si en casos particulares como los aquí analizados, se aplica con la rigidez establecida dentro del mismo código ciertos requisitos fijados como sustanciales, artículos como el 611, 600 inciso b) y 634 inciso h) que no permitirían la adopción en situaciones de guardas de hecho o ante la falta de inscripción en el registro, claramente se estarían priorizando estos requerimientos y al ser así y no otorgar la adopción por dichos motivos, entonces estos artículos están violando los principios establecidos en el artículo 595 de la misma normativa.

Analizar la procedencia de la declaración de la nulidad de la adopción al no estar inscripto en el registro de adoptantes. Este tercer objetivo ya fue respondido conjuntamente con los anteriores por los motivos ya expuestos, se debe destacar solamente que en los casos analizados y en otros análogos de guardas de hecho donde los pretensos adoptantes no se encontraban inscriptos en dicho registro y al no constatarse un ilícito que hubiera dado lugar a la guarda de hecho, se vio como los jueces deciden la inaplicabilidad de dicho requisito para que prime el derecho a la identidad y al superior interés del niño, por lo expuesto, debo concluir que en estas situaciones no es procedente declarar la nulidad de la adopción ante la falta de este requisito.

Como cuarto y último objetivo, se planteó determinar si son improcedentes los plazos de supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad establecidos en el Artículo 607 del Código Civil y Comercial. En este punto se debe decir que no se ha explayado sobre este artículo en particular en el presente trabajo ya que de por sí no tiene relación con los principales ejes temáticos aquí planteados, siendo que en su oportunidad se planteó este objetivo como un complemento y duda personal sobre la procedencia de dichos plazos. Dicho esto, igualmente para dar una respuesta, breve al menos ya que este tema debe ser estudiado exhaustivamente, siendo que incluso podría basarse todo un trabajo final de grado sobre esta temática, se procede a analizar lo normado por el artículo 607 del Código Civil y Comercial. El mismo establece:

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

- a. un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;
- b. los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c. las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

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

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días. (Código Civil y Comercial, Artículo 607)

Se debe destacar que en esta oportunidad se coincide totalmente con lo normado en este artículo por el Código Civil y Comercial, todo esto por los argumentos que aquí se pasan a exponer. El inciso a), es decir la búsqueda de familiares de orígenes se entiende como el respeto al principio establecido en el artículo 595 inciso c) sobre el agotamiento de las posibilidades de permanecer en la familia de origen o ampliada, siendo que si el niño o niña no tiene una filiación establecida, es correcto hacer primar este derecho y la forma receptada en el inciso a) del artículo 611 del mismo plexo normativo se entiende es la correcta, ya que respeta el principio pero le da una celeridad a esta búsqueda para que también prime el interés superior del niño o niña que se encuentra en dicha situación.

El inciso b) del artículo aquí analizado se entiende desde el punto de vista de lo que sucede en una mujer luego del parto conocido como puerperio y siendo que existen situaciones en que una madre podría llegar a desconocer a un hijo o sentir que no lo quiere, esta situación podría estar dada por esa condición y es correcto que se le dé un tiempo a la madre que pasa por eso para rever su decisión. Se debe entonces nuevamente concluir que este plazo es procedente, siempre y cuando durante esos 45 días no se afecten derechos del niño o niña y los mismos tengan los cuidados básicos necesarios en tan delicado momento de su vida, sea en una institución o en una familia de tránsito hasta que transcurra dicho plazo y pueda ser declarado en situación de adoptabilidad.

Por su parte, lo normado en el inciso c) alude a las situaciones en la que se han tomado medidas extraordinarias de protección de derechos, entendiendo que si la situación que dio origen a dicha medida no fue modificada, es correcto declarar la situación de adoptabilidad. Se debe recordar nuevamente que lo aquí respondido a este cuarto interrogante, son análisis a nivel personal, sin examinar doctrina ni jurisprudencia sobre esta temática ya que la misma debe realizarse de manera seria y exhaustiva, no dando lugar a este análisis en el presente trabajo por ser un tema distinto a la inconstitucionalidad de la

prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción aquí desarrollada.

Habiendo dado respuesta a todos los interrogantes planteados, se procede ahora a confirmar o refutar la hipótesis proyectada en el apartado introductorio del presente trabajo. A modo de recordatorio, se debe decir que en la misma se intentó dar una respuesta al interrogante principal planteado de la siguiente forma:

Si se quiere responder al interrogante planteado en el problema de investigación ¿Debe considerarse inconstitucional la prohibición de la consideración de la guarda de hecho a los fines de la adopción? La respuesta tentativa a la misma es si, debe considerarse inconstitucional. Si bien es cierto que la doctrina que se encuentra a favor de la prohibición, tiene argumentos muy validos como el despojar a los niños de “ser objetos” o de tener un valor material y que no deberían ser los padres, aquellos quienes renunciaron a su derecho como tales, los que determinen el futuro de sus hijos, debiendo ser el estado quien asegure la calidad de vida del niño, mediante la adecuada selección de los pretensos adoptantes, en todas estas situaciones no se está venerando el derecho primordial del niño a respetar su interés superior y su identidad, principios básicos de la adopción establecidos en los incisos a) y b) del artículo 595 del Código Civil y Comercial. En casos donde una persona queda al cuidado de un niño o niña y no se vuelve a tener noticias de su madre, sea por el motivo que sea, no se está teniendo en cuenta el vínculo humano forjado entre ese niño y su cuidador, la relación ya establecida en la familia donde se lo acobijo, cuando ese pequeño ya los considera su propia familia, pero las leyes dicen que ese vínculo no importa, que no se debe tener en cuenta su historia a la hora de otorgar la adopción, pasando por alto el principio del interés superior del niño establecido incluso en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un principio rector en la materia.

En este caso debe considerarse inconstitucional a la norma al transgredir principios establecidos en su mismo cuerpo –Código Civil y Comercial-, en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la Constitución Nacional, en su artículo 75 inciso 22) donde se le da jerarquía constitucional a dicho tratado.

En este sentido y sin agregar más palabras, se remite a decir que por lo expuesto en este apartado de conclusiones, es que se coincide totalmente con la hipótesis realizada en su oportunidad, concluyendo entonces que se corrobora que la misma es acertada.

## **Bibliografía**

**Código Civil y Comercial de la Nación;** Aprobado por Ley 26.994, Artículos 594 al 637 inclusive

**Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus;** Tomo II Libro Segundo

**Convención Internacional de los Derechos del Niño;** Ratificada por Ley 23.849

**Ley 25.854;** Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos

**Ley N° 26.061;** Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

**Corte superior de justicia;** en “G., M. G” 16/09/2008, JA 2009-1-15

**Ed. Microjuris.com – Fallos 3519, s/ guarda preadoptiva – adopción** (1 de Febrero de 2017), *microjuris.com* recuperado el 27 de Abril de 2018 de:

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/02/01/inconstitucionalidad-de-las-normas-del-codigo-civil-y-comercial-que-prohiben-otorgar-adopciones-cuando-median-guardas-de-hecho-y-falta-de-inscripcion-del-adoptante-en-el-registro-pertinente/>

**CSJN, “G.M.G. s/ protección de persona –causa 73.154/05”, 16/09/08 MJ-JU-M-38350-AR, LL, 2008-F-57**

**Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de Río Negro,** 2018, fallo en expediente N° D-2RO-3066-F11-16 “P.O S/ ADOPCION SIMPLE”

**Juzgado de Familia N° 11 de la Provincia de Río Negro,** Dra. Moira Revsin, 2018, sentencia en expediente N° O-2RO-19-F11-15 “T.P.M e I.L.A S/ ADOPCIÓN”

**Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Primera Nominación de la Ciudad de Río Tercero, Córdoba,** 2017, fallo en “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa”

**Juzgado de Familia de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba, Córdoba,** 2017 fallo en “M.L.A y otro Guarda No contencioso”

**servicios.infoleg.gob.ar**

**Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes,** Directora Silvia Eugenia Fernández, Edit. AbeledoPerrot, Buenos Aires, Tomo I, 2015

**“La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del Derecho de Familia contemporáneo”,** Herrera, M. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia, Nro. 66, Edit. AbeledoPerrot, 2014, p. 75-113

**“Guía informativa sobre adopción”** del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA), 2015

## **Anexos**



Se adjuntan como anexos al presente trabajo final de grado, la demanda y sentencia de "El caso T", respetando la privacidad de las partes por lo que los nombres y datos personales de los mismos son ocultados.

## **Demanda**

**AL JUZGADO N° 11 POR CONEXIDAD CON CAUSA "TRUCCHI PEDRO MARCLEO E IPALAGUIRRE LAURA ALEJANDRA S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN" (EXPTE. 558-02)**

## **DEMANDA POR ADOPCIÓN PLENA**

### **Señor Juez:**

IRENE PERUZZI, DEFENSORA DE POBRES Y AUSENTES a CARGO DE LA DEFENSORÍA N° 1, en mi carácter de apoderada de los SRES. T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] quienes tienen domicilio real en la calle [REDACTED] ESTA CIUDAD, constituyendo domicilio legal en la calle SAN LUIS 853 1° P. de GRAL. ROCA, a V.S. me presento y digo:

### **1. PERSONERIA**

Conforme surge de la CARTA PODER que adjunto acompaño, he sido designada apoderada del matrimonio T [REDACTED] e I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] a fin de iniciar juicio por ADOPCIÓN PLENA de la adolescente B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] DNI [REDACTED]

### **2. OBJETO**

Que por lo expuesto, y cumpliendo instrucciones de mi mandante, vengo a plantear formal demanda de ADOPCION PLENA, con el objeto de que V.S. otorgue la adopción plena de la adolescente a los SRES. T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] DNI [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] DNI [REDACTED], ello por los motivos que paso a exponer.

### **3. HECHOS**

Que mis poderdantes conviven con B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] (17 años) desde que B [REDACTED] tenía apenas 27 días de vida. Todo ello consta en el expte. de GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN caratulado: "T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN" (EXPTE. 1231-02). Su madre biológica, E [REDACTED] F [REDACTED] DNI [REDACTED] inició un trámite de inscripción fuera de término de B [REDACTED], pero al poco tiempo no quiso continuar más el trámite. Esto es apenas una pequeña muestra del desinterés total por su hija. Por ello, mis poderdantes fueron quienes terminan el trámite de inscripción fuera de término y logran el CERTIFICADO de NACIMIENTO de B [REDACTED]. B [REDACTED] no tiene reconocimiento paterno. Todo ello consta en el EXPTE. caratulado: "F, B.M. S/ INSCRIPCIÓN FUERA DE TÉRMINO" (EXPTE. 1231-02). B [REDACTED] tiene una hermana biológica mayor, M [REDACTED]

A [REDACTED], quién vive con mis poderdantes desde los 40 días de vida, y también ha sido adoptada por el matrimonio, todo ello consta en el EXPTE. caratulado: "T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] S/ ADOPCIÓN PLENA" (EXPTE. 558-02). Existen antecedentes de esta familia desde que nació B [REDACTED]. Todo está documentado en los EXPTES. mencionados. B [REDACTED] ha vivido con el matrimonio T [REDACTED] E I [REDACTED] y sus hijos toda la vida. Es una hija más. En este caso se puede decir que este trámite es una mera formalidad, porque la relación ya está consolidada. En su oportunidad el matrimonio no inició la adopción de B [REDACTED] porque estaban tramitando en forma simultánea la inscripción en el Registro Civil del nacimiento. Por ello no pudieron hacerlo junto con la Adopción de M [REDACTED]. Esta situación surge de la demanda (fs. 2, punto 2 tercer párrafo) del trámite de Adopción de M [REDACTED]. Luego obtuvieron la GUARDA, y de alguna manera fue pasando el tiempo. Hoy este requerimiento es más que nada de B [REDACTED] quién con sus 17 años necesita forjar su identidad y portar un apellido con el cual se sienta identificada. En definitiva, el presente pedido se realiza en consonancia con el nuevo CODIGO CIVIL Y COMERCIAL de la NACIÓN (ley 26694) el que claramente enmarca en su art. 595 los principios rectores en la materia, respetando siempre el "interés superior del niño". Se ha interpretado este interés en el siguiente sentido "...la expresión "interés superior del niño" , consagrada en el art. 3 ° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño." (OPINIÓN CONSULTIVA N° 17 CIDH, párrafo 60)

#### **4. DERECHO**

Fundo el derecho que le asiste a mi poderdante en los siguientes artículos del CODIGO CIVIL, ARTICULO 594..." Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código." ARTICULO 595. Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. ARTÍCULO 620.- Concepto. 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. ARTICULO 625...Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos: a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental; c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción."

Así como también fundo mi derecho en la OPINIÓN CONSULTIVA N° 17 de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sobre la condición Jurídica del Niño del 28 de Agosto de 2002, y en la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, arts. 19, y art. Artículo 20 "...1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.... "(el resaltado me pertenece).

## 5. PETICIONA

Que conforme al art. 595 inc. f peticiono se cite a B [REDACTED] a fin de que preste su consentimiento con el pedido de ADOPCIÓN PLENA.

## 6. PRUEBAS

a) DOCUMENTAL: 1) Partida de nacimiento de la adolescente B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED]. 2) CARTA PODER otorgada a mi favor de los SRES. T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED].

b) INSTRUMENTAL: Se ofrece como prueba instrumental la totalidad de las causas que fueron mencionadas en la demanda, y la totalidad de causas que han tenido a la familia T [REDACTED] E I [REDACTED] como partes.

## 7. PETITORIO:

Por todo lo expuesto solicito:

- a) Se tenga por presentada en el carácter invocado y constituido el domicilio legal indicado
- b) Se convoque a la audiencia con las partes, y con la adolescente.
- c) Por ofrecida la prueba.
- e) Oportunamente haga lugar a la demanda y otorgue al MATRIMONIO T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] la ADOPCIÓN PLENA de la ADOLESCENTE B [REDACTED] M [REDACTED], quién en adelante deberá llamarse B [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED].

Proveer de conformidad,  
Será Justicia.

## Sentencia

GENERAL ROCA, 13 de julio de 2018.

**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados "T [REDACTED] P [REDACTED] M [REDACTED] E I [REDACTED] L [REDACTED] A [REDACTED] S/ ADOPCION (EXPTE. NRO. O-2RO-19-F11-15)" en los que,

**RESULTA:** Que a fs. 8/10 se presentan los Sres. P [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED] (DNI [REDACTED]) y L [REDACTED] A [REDACTED] I [REDACTED] (DNI [REDACTED]), a través de su letrada apoderada, la Dra. IRENE PERUZZI, solicitando la adopción plena de la joven B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] (DNI [REDACTED]), mayor de edad en la actualidad, nacida el [REDACTED]/1998 en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, hija de la Sra. E [REDACTED] F [REDACTED] (DNI [REDACTED]), sin filiación paterna, cuyos datos surgen del acta de nacimiento obrante a fs. 6 de autos.

En el escrito de demanda, presentado durante la minoría de edad de la pretensa adoptada, manifiestan que conviven con B [REDACTED] y la han criado desde que ella tenía 27 días de vida, considerándola una hija más del matrimonio, encontrándose consolidada la relación. Expresan que también integran la familia otros hijos biológicos de la pareja, y una joven de nombre M [REDACTED], quien ha sido adoptada por los actores, y resulta ser hermana biológica de B [REDACTED], por ser hija biológica de la Sra. F [REDACTED]. Se peticiona expresamente que al dictarse la respectiva sentencia, B [REDACTED] quede inscripta con el mismo apellido que sus hermanos, es decir el apellido T [REDACTED]. Fundan en derecho, ofrece prueba y peticionan. Completan esta presentación con el escrito presentado a fs. 11 por derecho propio por la joven B [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED], con el patrocinio letrado de la Dra. MARÍA BELÉN DELUCCHI.

A fs. 12 se tiene por iniciado el proceso, disponiéndose la producción probatoria.

A fs. 17/18 obra respuesta del Tribunal de Superintendencia Penal de esta circunscripción, expresando que los Sres. T [REDACTED] e I [REDACTED] no registran antecedentes penales ni causas en trámite. En igual sentido informa Jefatura de Policía de la provincia a fs. 21, como así también lo hace a fs. 32 y 34 el Registro Nacional de Reincidencia.

A fs. 37/39 obra informe elaborado por el Equipo Interdisciplinario del tribunal. De allí surge: "La Joven B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED], está integrada -relacional y afectivamente- y se siente parte del grupo familiar al que de hecho pertenece desde su nacimiento. El mayor anhelo de la joven -que se corresponde con el afianzamiento de su identidad y autoestima- es

realizar el cambio de apellido de F [REDACTED] por T [REDACTED], lo que está solicitando desde temprana edad, pudiendo expresarlo en forma clara y precisa. El Sr. T [REDACTED] y la Sra. I [REDACTED] son los referentes de la crianza, a quien B [REDACTED] M [REDACTED] reconoce como sus padres y quienes garantizaron desde casi el nacimiento mismo y hasta este momento las necesidades materiales y emocionales de la joven."

A fs. 66/67 se encuentra agregada la pericia psicológica realizada por el Cuerpo Médico Forense de esta circunscripción. De este informe surge que B [REDACTED] ha expresado durante su evaluación que: "Desde que tengo memoria quiero cambiarme el apellido, mis hermanos tenían otro apellido. En la escuela los docentes conocían la situación y me apellidaban T [REDACTED] pero en los actos escolares tenían que decir mi apellido legal, es una situación muy fea. Antes de tener a mi hija ya quería tener el apellido T [REDACTED], no quería que ella quedara registrada con el otro, lamentablemente legalmente sigo con el otro apellido pero yo me presento como T [REDACTED]".

A fs. 72 obra acta de audiencia mantenida con los Sres. B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED], L [REDACTED] A [REDACTED] I [REDACTED], P [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED], T [REDACTED] E [REDACTED] T [REDACTED], M [REDACTED] A [REDACTED] T [REDACTED], N [REDACTED] R [REDACTED] I [REDACTED] T [REDACTED] y P [REDACTED] B [REDACTED] T [REDACTED], quienes concurren con patrocinio letrado. De lo conversado en dicha oportunidad se desprende: "M [REDACTED] expresa su deseo de concluir este trámite de adopción para que quede establecida su filiación del modo que se peticiona en estas actuaciones. Del mismo modo se expresan la Sra. I [REDACTED] y el Sr. T [REDACTED]. Consultados los hijos de los Sres. T [REDACTED] e I [REDACTED] manifiestan que prestan su conformidad con el trámite de adopción que se encuentra iniciado, solicitando se dicte sentencia con la extensión pretendida."

A fs. 73 pasan los autos para dictar sentencia.

**CONSIDERANDO:** Las presentes actuaciones son iniciadas por quienes pretenden la adopción de la joven a quien identifican como su hija desde los primeros días de su vida, y por la propia pretensa adoptada, hoy mayor de edad. Relatan que mantienen entre ellos un vínculo paterno/materno-filial muy arraigado y que es su deseo que esta relación que se plantea desde el amor, la contención, la asistencia y la cotidianeidad de trato se refleje en la documentación que acredita su identidad jurídica.

Surge de las presentes actuaciones, y de las que obran por cuerda, que si bien B [REDACTED] posee filiación materna, no mantuvo trato ni vínculo alguno con la Sra. E [REDACTED] F [REDACTED], sin que

sea necesario en esta instancia analizar y valorar los hechos que han producido este distanciamiento. Los pretensos adoptantes tuvieron a su cargo a B [REDACTED] desde pocos días después de su nacimiento, otorgándole el trato de hija, protegiéndola y asistiéndola tanto afectiva como materialmente, y oportunamente tramitaron la guarda, no avanzando en el trámite de adoptabilidad ante la necesidad de inscribir el nacimiento en el Registro Civil y Capacidad de las Personas.

Hay una cuestión relevante para analizar en este punto sobre el modo en que fue otorgada la guarda de B [REDACTED] al momento de su nacimiento. Hasta la sanción de la ley 24.779, ocurrida en el año 1997, estaba autorizada por ley lo que se denomina actualmente como "entrega directa", es decir, que un niñ\* inicie una relación familiar con fines de una futura adopción sin un control jurisdiccional que controle y dirima quiénes serán los futuros adoptantes. Mientras se encontraba vigente esa legislación (ley 19.134), la Sra. F [REDACTED] otorgó la guarda de su hija mayor, M [REDACTED], a los Sres. T [REDACTED] e I [REDACTED], quienes posteriormente pudieron cumplir con los trámites para efectivizar la filiación adoptiva. En cambio, el nacimiento de B [REDACTED] ocurrió con posterioridad, por lo cual los requisitos legales y las condiciones para el otorgamiento de la guarda eran distintos.

Este análisis permite cuestionar si esa entrega en guarda en forma directa que realizó la Sra. F [REDACTED] hacia los Sres. I [REDACTED] y T [REDACTED] puede ser observada como ilegítima o si debe ser convalidada. Para ello, es necesario completar el análisis de la situación, considerando que esta decisión de la Sra. F [REDACTED] permitió la crianza de las dos hermanas biológicas en un mismo ámbito familiar, principio rector que está receptado en la actual legislación y que también era receptado por la ley sancionada en el año 1997 y tiene raigambre en la Convención sobre los derechos del niño. Por lo tanto, lo que en otras circunstancias podría ser materia de crítica hacia decisión tomada, no lo es en este caso concreto.

Considerándose legítima la guarda de hecho que da origen a esta adopción, cabe continuar con el análisis que profundiza sobre la existencia de lazos afectivos de tipo familiar entre B [REDACTED] y el resto de la familia integrada por la pareja de pretensos adoptantes y sus hijos. Surge que entre todos ellos existe desde el primer momento en que B [REDACTED] fue incorporada al grupo familiar una relación familiar típica de las familias nucleares, dispensándose con los adultos peticionantes un trato de madre/padre-hija y con sus hijos un trato de hermanos, cuestión que se encuentra fehacientemente acreditada con la prueba

obrante en autos, pudiéndose constatar también al momento de celebrarse la audiencia llevada a cabo en este juzgado.

Queda así acreditada la fuerte vinculación y el sentimiento entre B [REDACTED] y los Sres. T [REDACTED] e I [REDACTED] en su trato, y que éste tiene características propias de una relación paterno-filial, absolutamente consolidada y estable, situación que se prolonga desde sus primeros días de vida y continuó sin interrupciones hasta la actualidad.

Esta situación permite verificar cómo ejerce B [REDACTED] el derecho autorreferencial a su identidad, por cuanto es claro que ella se identifica a sí misma como hija de los Sres. T [REDACTED] e I [REDACTED] y así también es como se la conoce en sociedad, evidenciándose que existe entre ellos posesión de estado paterno/materno-filial. Junto con esta apreciación personal, B [REDACTED] no solo se siente su hija, sino también se ve identificada con su apellido familiar T [REDACTED], motivo por el cual peticona la modificación de su apellido de origen por el apellido de sus adoptantes, a modo de quedar registrada con el mismo apellido que tienen sus hermanos. Entiendo que esta conducta es un producto de un obrar autorreferente, autodeterminante y voluntario, que satisface a su identidad personal (en su faz estática).

Por consiguiente, entiendo que están dadas las condiciones que exige la legislación vigente para que se otorgue la adopción plena peticionada, por cuanto B [REDACTED] M [REDACTED] no tiene vínculo con ningún miembro de la familia materna y, contrariamente, sí lo tiene con la familia de los adoptantes, encontrándose completamente integrada e identificada como integrante de ese grupo familiar.

Dejo asentado que no se requiere en autos la inscripción de la inscripción de los Sres. I [REDACTED] y T [REDACTED] en el Registro de Adoptantes, a modo excepcional, por los fundamentos que han sido esbozados en la resolución 58/59.

Por lo expuesto, pruebas obrantes en autos y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 597 inc. b), 617, 619 inc. a), 620, 621, 625, 626, CCiv y Com., art. 33 y 75 inc. 22 CN y art. 18 CADH, **FALLO:**

1) Otorgar a los Sres. P [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED] (DNI [REDACTED]) y L [REDACTED] A [REDACTED] I [REDACTED] (DNI [REDACTED]), la adopción plena de la joven B [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] (DNI [REDACTED]), nacida el día [REDACTED] de 1998, en la localidad de General Roca, provincia de Río Negro e inscrita al Acta [REDACTED], Folio [REDACTED], del libro de nacimientos del Registro Civil de la ciudad de General Roca, del Año 2002 T° III,

hija de la Sra. E [REDACTED] F [REDACTED] (DNI [REDACTED]), sin filiación paterna. El dictado de esta sentencia conlleva el desplazamiento de la filiación materna que se encuentra inscrita.

2) Modificar el apellido de la adoptada, el que a partir de la inscripción de esta sentencia quedará inscripto como T [REDACTED].

3) A los fines de la inscripción de lo ordenado en los puntos 1 y 2 de esta resolución, líbrese oficio al Registro Civil y Capacidad de las Personas con asiento en Viedma, haciéndose saber que deberán emitir una nueva partida de nacimiento en donde figure la nueva filiación, el desplazamiento de la filiación anterior y el nuevo apellido, de modo tal que el nuevo nombre será "B [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED]".

4) Regulo los honorarios de la Dra. IRENE PERUZZI, en la suma de \$ 24.280.- (20 JUS), en aplicación de lo normado en los arts. 6, 7, 8 y 9 L.A. Costas por su orden. Los honorarios se regulan conforme la naturaleza, complejidad, calidad, eficacia y extensión del trabajo desempeñado. Los honorarios regulados no podrán ser ejecutados hasta tanto cese el beneficio de litigar sin gastos, conforme lo establece el art. 78 y ss. Cód. Procesal. Al momento del pago, las sumas indicadas deberán ser depositadas en una cuenta bancaria del Poder Judicial, la que será informada por el organismo respectivo, no pudiéndose entregar en mano a ningún funcionario o empleado judicial.

5) Notifíquese y regístrese.

6) Atento lo informado en la audiencia mantenida en el tribunal en relación a la importancia que tiene para B [REDACTED] M [REDACTED] que en su título del secundario esté registrado su nombre del modo en que se dispone en esta sentencia, líbrese oficio al Ministerio de Educación de la provincia de Río Negro a los fines de poner en su conocimiento que el título a expedir una vez que B [REDACTED] culmine sus estudios deberá tener consignado su apellido actual, es decir, deberá llevar el nombre B [REDACTED] M [REDACTED] T [REDACTED] (DNI [REDACTED]). Por razones de urgencia, líbrese este oficio al momento de adquirir firmeza esta sentencia y sin perjuicio del diligenciamiento que ordena su inscripción en el Registro Civil, haciéndole saber al Ministerio de Educación que podrá requerir que una vez obtenida la nueva partida de nacimiento se completen los trámites que sean necesarios para el otorgamiento de este título.

7) Firme la presente e inscrita en el Registro Civil, líbrese testimonio para la interesada.

DRA. MOIRA REVSIN, JUEZA DE FAMILIA