



TRABAJO FINAL DE GRADUACION – PIA

“PROHIBICIÓN DE LA GUARDA PRE-ADOPTIVA”

DESIRÉE RITA AVELLANEDA

D.N.I 31.357.217

ABOGACIA

2019

AGRADECIMIENTOS

Dedico mi trabajo final de graduación a los que embellecen mis días, Benjamín, Tobías y Mauro.

"Tres segundos bastan al hombre para ser progenitor. Ser padre es algo muy distinto.

En rigor sólo hay padres adoptivos. Todo verdadero padre ha de adoptar a su hijo".

Francoise Dolto

RESUMEN

En la actualidad, son múltiples las situaciones conflictivas que rodean el instituto de la adopción. Una de ellas, es la prohibición plasmada en el art. 611 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Este trabajo final de graduación, conlleva una reflexión crítica acerca de las guardas de hecho pre adoptivas. Particularmente, se busca demostrar la contraposición existente entre lo normativizado y la práctica cotidiana, ya que toma su centro de gravedad de una posible vulneración de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes consagrados en convenciones internacionales.

Palabras Claves: Adopción – Guarda Pre-adoptiva – Vulneración – Interés superior del niño.

ABSTRACT

Currently, there are many conflicting situations surrounding the adoption institute. One of them is the prohibition embodied in art. 611 of the Civil and Commercial Code of the Argentine Republic.

This final work of graduation involves a critical reflection about the guards in fact pre adoptive. Particularly, it seeks to demonstrate the existing opposition between normative and daily practice, since it takes its center of gravity from a possible violation of fundamental rights of children and adolescents enshrined in international conventions.

Keywords: Adoption – Pre-adoptive Guard – Vulneration – Higher interest of the child.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	7
CAPÍTULO 1: ADOPCIÓN. Aspectos generales.....	13
1. Introducción.	14
2. Concepto.....	14
3. Clases.....	16
4. Antecedentes legislativos nacionales. Evolución.....	17
5. Conclusión parcial.....	18
CAPÍTULO 2: GUARDA PRE ADOPTIVA.....	20
1. Introducción.....	21
2. Concepto y propósitos.	22
3. Jurisprudencia Argentina.....	24
4. Conclusión parcial.....	34
CAPÍTULO 3: FUNDAMENTOS PARA LA VALORACION DE LA GUARDA PRE ADOPTIVA.....	36
1. Introducción.	37

2. El interés superior del niño.	39
3. Convención sobre los derechos del niño 1989.....	42
4. Sugerencias para incorporarla al ordenamiento jurídico argentino.....	43
5. Conclusión parcial.....	46
CONCLUSIONES FINALES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	52

INTRODUCCION

En los tiempos que rigen, resulta indispensable que sea nuestro Estado el que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Así, toda vez que en el seno de la familia biológica no se puedan cubrir las necesidades que un menor requiere, esto es, permitirle al niño crecer en un ambiente en el que se le brinde contención, seguridad, educación, alimentación y sanidad, puede ser la adopción un medio de protección para evitar que los menores entren en una situación de desamparo.

En este sentido, como paso previo a una adopción, es necesario tomar conciencia de que una de las vías efectivas de protección y resguardo de menores, es la llamada guarda de hecho pre adoptiva.

En el presente trabajo Final de Graduación se planteó como problema jurídico un interrogante que se pretende resolver a través de este análisis, por ello se plantea si la prohibición plasmada en el art. 611 del CCyC ¿Vulnera derechos fundamentales de los niños/as y adolescentes?

Así, vemos que pese a la regla establecida en el art. 611 del CCyC (relativa a la prohibición de la guarda pre adoptiva de hecho) es necesario establecer si una guarda con este carácter, podría ser considerada a los fines de la adopción de un menor y tomar a ésta como real antecedente de una futura y eventual relación paterno-filial. Planteada la cuestión arriba descrita, y previo a un análisis integral del tema involucrado, se intentará descifrar si estamos en presencia de una contradicción normativa.

Como hipótesis se planteó que, en relación a la guarda pre adoptiva, lo plasmado en el art. 611, vulneran algunos derechos fundamentales de los niños/niñas y/o adolescentes.

Lo cierto, es que los niños carentes de cuidados paténales deben contar con una familia que les pueda brindar los elementos necesarios para su desarrollo integral, y puede ser esa relación jurídica (guarda pre adoptiva), la que produzca la satisfacción de sus derechos fundamentales. Si se produce la entrega directa de un menor, la guarda de hecho a la que se da lugar, nace fuera del sistema de protección y el derecho a la vida familiar de los menores que están garantizados constitucionalmente y sin control jurisdiccional.

Los operadores jurídicos al analizar la situación de una guarda de hecho pre adoptiva, nos encontrarnos con lo estipulado en el Código Civil y Comercial vigente, particularmente en el art. 611 se halla la prohibición de la entrega directa en guarda de niñas/os y adolescentes.

Sin embargo, en nuestra cultura se visualizan infinidad de casos de guardas de hecho, algunas de ellas ya consolidadas por el paso del tiempo. Puede ser que esta guarda sea bien delegada por el/los titulares/es de los derechos-deberes de la responsabilidad parental (cuando el o los progenitores biológicos entregan libremente al menor de edad a otra persona para que éste se encargue de los cuidados de aquel), o bien cuando una persona toma a un niño/a bajo su custodia para asegurarle un bienestar integral. En ambos casos mencionados, esta guarda directa es fruto de una violación de las disposiciones legales hoy vigentes.

Si tomamos la ley como norte, vemos que ésta es restrictiva, ya que prohíbe taxativamente la guarda directa. Pero la aplicación generalizada de lo estipulado en el

CCyC puede afectar sustancialmente la noción siempre invocada de la “protección del interés superior del niño”, toda vez que en el acogimiento pre adoptivo el menor ostente bienestar físico y psicológico, y haya podido desarrollar un vínculo familiar que en nada lo perjudique. Se plantean entonces inconvenientes en la implementación de lo dispuesto en nuestro Código.

El Objetivo general del trabajo fue:

Determinar si en la prohibición plasmada en el art. 611 del CCyC se restringen o violan derechos fundamentales de los niños/niñas y/o adolescentes.

Los Objetivos específicos:

- ✓ Interpretar la noción y alcances de la guarda pre adoptiva de hecho.
- ✓ Analizar del concepto de adopción, su evolución, clases, fundamentos.
- ✓ Interpretar la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de adopción.
- ✓ Analizar la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061).
- ✓ Describir el principio y alcances de la noción interés superior del niño y derecho de ser oído.
- ✓ Indagar importancia de la valoración de la guarda de los menores según tratados internacionales.
- ✓ Distinguir la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como un interés público. Investigar el necesario reconocimiento del abogado del niño.

En este trabajo, se utilizarán en gran medida (ya que muchos trabajos de esta índole nunca se realizan utilizando un sólo tipo) los tipos de investigación descriptiva y exploratoria.

Exploratoria, ya que con ella intentaremos realizar un acercamiento a este tema relativamente nuevo (prohibición expresa plasmada en art. 611 del CCyC sancionado en 2015) y explorarlo para obtener información que dé puntapié al siguiente desarrollo de todo el estudio.

Descriptiva, porque tomaremos situaciones de la realidad actual con el planteo del problema jurídico y se describirán los hechos más sobresalientes o características concretas del tema en cuestión, guarda pre adoptiva de hecho.

En relación a los diversos criterios en materia de jurisprudencia, se caracterizarán posiciones encontradas y luego de analizar los argumentos de estas posiciones, se contrastará dicho análisis con lo normativizado. Es importante destacar siempre que la temática planteada se enmarca dentro de la rama conformada por el derecho de familia.

La estrategia metodológica que se va a adoptar para este trabajo final de grado, es el método cualitativo. Éste nos sirve para poder alcanzar objetividad en nuestro análisis de la realidad.

La recolección de datos que se realizara será procedente siempre que éstos nos guíen hacia a un conocimiento válido y que el mismo tenga una fuerza autónoma y explicativa (Figueras Rábano, García Lasso e Higuera Pareja, 2005).

En lo respectivo a las fuentes de información a utilizar, fueron primarias, secundarias y terciarias o de referencias generales. Yuni y Urbano (2003). Las fuentes primarias contienen información original, publicada por primera vez sin filtraciones, interpretaciones ni evaluaciones previas. (Silvestrini Ruiz, Vargas Jorge, 2008, p.2). Como fuentes primarias se consultaron diferentes normativas vigentes en atería de adopción, entre ellas: Ley N° 13.252, Ley N° 26.061, Ley N° 23.849, 1990, Ley N° 8922, Ley N° 24.779, Ley 25.854, y Ley N° 26.994 Código civil y comercial de la Nación

Las fuentes secundarias son las que “contienen la información primaria, sintetizada y reorganizada” (Silvestrini Ruiz, Vargas Jorge, 2008, pág.3). Se utilizaron en la investigación distintos documentos de doctrina, legislación y jurisprudencia. Se consultaron textos que fijen posiciones doctrinarias sobre el tema tratado, también comentarios a fallos, teniendo en cuenta fallos relevantes de los diferentes tribunales en federales y provinciales en materia de guarda pre adoptiva. Entre los autores que se van a analizar se pueden mencionar alguno de ellos: Andueza Acuña, Belluscio, Bossert, G. A., y Zannoni, E. A.

Las fuentes terciarias son las que se encuentran en artículos especializados que derivan de estudios profundos de la materia y que realizan diferentes apreciaciones sobre temas puntuales desarrollados por doctrinarios. Se consultaron específicamente libros o manuales que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias sobre la prohibición de la guarda pre adoptiva establecida en el código civil y comercial de la nación. Uno de ellos será la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia.

Se abarcará sobre todo jurisprudencia y legislación nacional e internacional, haciendo mención especial de los tratados y convenciones por su relevancia jurídica para el tema en tratamiento.

A los fines de acotar temporalmente el presente, se remonta el estudio (sobre todo lo esencial del desarrollo) a la entrada en vigencia de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir, febrero de 2015 hasta la actualidad.

Luego de formular precisamente el problema jurídico de esta investigación y con el análisis del material recabado, se podrán proveer los elementos que pueden aclarar las preguntas de investigación planteadas y se intentará establecer las bases que sustentan la importancia de las guardas de hecho.

Este trabajo se desarrollará en diversos capítulos. En principio, se van a analizar los aspectos de la adopción, luego se irá avanzando hacia lo específico de la guarda preadoptiva.

En el último capítulo se buscará demostrar la necesidad de incorporar la valoración de estas guardas en un proceso de adopción y con ello llegaremos a la conclusión que resuelva el problema jurídico planteado.

CAPÍTULO 1

ADOPCIÓN

Aspectos generales

Introducción

En el presente capítulo, se van a abordar los aspectos generales de la figura de la adopción, como también su concepto y evolución.

En la actualidad, este instituto de singular importancia tiene presupuestos establecidos en nuestra Constitución Nacional, como así también se encuentran contemplados los principios establecidos en sendas normas Internacionales de protección hacia los menores.

Cabe recordar que, en la contemporaneidad del universo jurídico, son múltiples las situaciones conflictivas que rodean el instituto de la adopción. Muchos debates doctrinarios se encuentran hoy en puja y la mayoría de ellos no han encontrado aún una solución satisfactoria.

1. Concepto

Como primera aproximación a este instituto, se desglosará el verbo que permite la acción que constituye toda adopción.

Adoptar, viene del latín adoptare, este verbo se compone de ad- (idea de acercamiento o asociación) y el verbo optare (elegir, escoger, desear), de modo que el término adoptare denota la intención o deseo de vincular una persona a la vida de uno.

En palabras de Ferrer, Medina y Méndez Costa (2004) se puede aseverar que la adopción puede ser entendida como aquel acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad.

Específicamente en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos como fuente el texto legal de nuestro Código Civil y Comercial que reza en su art. 594

ARTÍCULO 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.

En pensamientos de Zannoni “La adopción es un instituto legislado en nuestro derecho que tiene en miras el beneficio de la niñez carente de un medio familiar apto para su desarrollo físico y espiritual” (Zannoni, 1998, p. 511).

Puede decirse que la mirada de este instrumento, fundamentalmente está puesta en la protección de los menores, y que tiene raigambre constitucional y cuando cumple sus fines (protectorios) plasma los principios convencionales de magnitud.

Se puede reconocer a este recurso, como una institución de orden público y que la misma conforma una de las vías de protección más efectivas de la infancia desvalida.

Desde el lugar de los menores, la adopción como oportunidad, adquiere una trascendencia sin comparación, ya que les permite acceder a un derecho fundamental que es de crecer y desarrollarse en una familia.

Una cuestión no menos importante, es centrar el foco en los derechos de los pretensos adoptantes, particularmente aquellos que por situaciones biológicas no pueden procrear. Estos encuentran en la Adopción el bálsamo para superar la frustración que podría significar no poder tener hijos.

3. Clases

Para determinar las clases de adopción existentes, se recurre nuevamente al CCYC, en éste, se encuentran expresas las siguientes clases de adopción:

- **Adopción Plena**

Es plena cuando el hijo adoptado pasa a conformar la familia del adoptante, de modo que se rompen todos los vínculos con la de origen. Entonces, bajo esta modalidad el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico. Con esta adopción se confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica o de origen.

- **Adopción Simple**

Es simple cuando se genera un vínculo solamente entre la persona adoptada y el adoptante, pero no respecto de la familia de este último. Es decir, el niño/a en cuestión no es ni primo, ni sobrino, ni hermano del resto de los miembros del núcleo familiar, parentesco que sí se configura en el caso anterior. Asimismo, es importante mencionar que este tipo de adopción es revocable.

- **Adopción de integración**

Es aquella por la cual resultará posible que una persona adopte al hijo del cónyuge o del conviviente, la finalidad sería entonces, integrar a la familia. Es decir, permite adoptar a hijos de la pareja de un hombre o mujer con los que ya se ha constituido una nueva familia.

4. Antecedentes legislativos nacionales. Evolución

Como uno de los principales antecedentes legislativos nacionales que se pueden mencionar, hallamos la (Ley N 13.252¹, 1948) en ella, se estableció que el vínculo que se formaba en una adopción, solo tendría alcances entre adoptante y adoptado. Esta normativa, tomaba al menor acogido como hijo legítimo. Lo expuesto en este sentido, denota la importancia jurídica e histórica de esta ley ya que, en ese entonces nuestro país reconoció la figura de adopción.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la normativa mencionada en el párrafo anterior, la práctica cotidiana de velar por los menores desamparados (hoy interpretada como guarda de hecho) era desarrollada por un grupo de mujeres denominado “Damas de Beneficencia”, dicho grupo fue creado por Bernardino Rivadavia en 1823.

La mencionada Ley de Adopción 13.252 fue mutando en las Leyes 23.264 (1985) y Ley 23.515 (1987). Luego en el año 1990, se incorporó mediante Ley 23.849 la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, adquiriendo en 1994 rango constitucional.

¹ Ley de adopción de menores (B.O. 29/09/48), Sancionada el 15 de septiembre de 1948. Disponible en www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13252

El 1 de abril de 1997 fue publicada la Ley 24.779, esta modificó el régimen de la adopción, introduciendo su reglamentación dentro del articulado del Código Civil.

En el año 2004, se dicta la Ley 25.854, en este cuerpo normativo se crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Dicho registro fue reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008; y primordialmente este instituto tiene por objeto formalizar la nómina de inscriptos a nivel nacional previa evaluación de rasgos teóricos, científicos y sociales que tuviesen de los pretendientes adoptantes.

Finalmente, nuestro Código Civil y Comercial, introdujo significativas modificaciones realizadas en materia de adopción.

Otro importante antecedente es la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, 2005).

5. Conclusión parcial

En el presente capítulo se comenzó con la explicación de la figura de la adopción, como también su concepto y evolución, donde se puede evidenciar una marcada protección de los menores desde el Poder Judicial Nacional en cumplimiento de sus fines (protectorios) plasmando los principios convencionales de magnitud.

Se debe tomar al instituto adoptivo, como un medio por el cual nuestra sociedad puede encontrar solución a un flagelo conformado por un sinnúmero de niños abandonados y desprotegidos.

Como se puede apreciar, la adopción se instituye como un remedio social, ético y jurídico de invaluable valor ya que permite solucionar, al menos parcialmente, la problemática de la niñez desvalida.

Existieron antecedentes legislativos que fueron evolucionando, en un primer momento la mencionada Ley de Adopción 13.252 fue mutando en las Leyes 23.264 (1985) y Ley 23.515 (1987). Luego en el año 1990, se incorporó mediante Ley 23.849 la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, adquiriendo en 1994 rango constitucional y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061, 2005).

Por otro lado, en 1997 la Ley 24.779 modificó el régimen de la adopción y finalmente, nuestro Código Civil y Comercial, introdujo significativas modificaciones realizadas en materia de adopción.

Ahora bien, como proceso, tal cual está establecido en nuestro CCyC debe tenerse en cuenta que no puede interpretarse esta normativa en un sentido sumamente restrictivo, en el cual se deba aplicar un procedimiento estático y rígido.

CAPÍTULO 2

GUARDA PRE ADOPTIVA

1. Introducción

En el ámbito de la Adopción, una de las situaciones con mayor complejidad a resolver, las conforman las llamadas las guardas de hecho o guardas generadas a través de la entrega directa de niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores.

En este capítulo, se intentará decodificar que se entiende por ‘guarda’, para ello es necesario distinguir sus propósitos y como ha sido la recepción de esta práctica en el derecho argentino.

Cabe mencionar que el presente trabajo gira en torno a la guarda de hecho siempre que la intención final del guardador sea la de pasar por el proceso de adopción y que en este proceso sea valorado el tiempo compartido con el menor vulnerable tenido a su cargo, cuestión esta última expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico actual.

La guarda pre adoptiva, no debe confundirse con otros supuestos de guarda, como la mera guarda judicial, o con la guarda que surge de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental transitoria. Además de la guarda con fines de adopción otorgada judicialmente existe “la guarda de hecho”, esta situación no fue contemplada específicamente por la ley de adopción y ante la realidad innegable de la existencia de menores que se encuentran en “guarda de hecho” y la inexistente solución de naturaleza legislativa relativa a los efectos a dar a la guarda de hecho, resulta necesario abordar este tema.

2. Concepto y propósitos

Como inicio y considerando la figura de adopción tal cual está plasmada en CCYC, gran parte de la doctrina concuerda en que ha sido acertada la decisión de incorporar a la sanción de la nueva norma, la recepción del criterio constitucional-convencional (tomando y retomando los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño).

Sin embargo, sobre el tema en relación a la guarda pre adoptiva de hecho, existen posturas como la de Belluscio (1994), que manifiestan que la prohibición de la valoración de la guarda de hecho, " aparece en el código como una norma inelástica". (p.299)

En este punto, el CCyC desconoce los vínculos humanos y también se coloca en una posición alejada de los propios principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, toda vez que obliga a los Jueces a no tomar en consideración lo cotidiano en la vida de un menor, esto es, la realidad que circunda a ese niño/a y/o adolescente.

Por otra parte, la doctrina es pacífica al momento de considerar que la adopción es una institución que se construye siempre a partir de los derechos de los niños/as y adolescentes y no desde el lugar de los adultos.

Así, tomando como eje la perspectiva del interés superior del niño, es innegable que ese principio debe ser aplicado como la consideración primordial a tener en cuenta a la hora de la valoración de los pretensos adoptantes de un menor.

La guarda pre adoptiva de un niño o niña es aquella que se otorga con fines concretos de adopción. Se discierne por el juez inmediatamente después de haber declarado éste la situación de adaptabilidad mediante sentencia judicial.

La guarda de hecho, por el contrario, está expresamente prohibida, así lo reza

los arts. 611 y 634 del CCYC:

“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 transitoriamente 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 delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

(Código Civil y Comercial, 2014).

Este cuerpo normativo es también preciso en cuanto a la no admisión de la entrega directa de los niños, niñas y adolescentes, cuando la misma haya sido mediante escritura pública o acto administrativo (recordemos que en algún momento concurrían estas situaciones y así se dieron lugar a numerosas irregularidades). Esta decisión deja ver el buen tino del legislador al prohibir estas cuestiones.

Retomando el artículo 611, el código deja en claro que se faculta al juez a separar a ese menor de la familia guardadora. Así vemos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, denota poco margen de flexibilidad frente a una entrega de guarda directa y al mismo tiempo establece las bases para que en la consolidación de un proceso, el solo

criterio de los jueces (a cargo de cada caso) sea el elemento decisorio para separar al menor de la familia guardadora.

3. Jurisprudencia Argentina

En este apartado se van a explicar de manera sintética y sistematizada, algunos fallos. Para comenzar, a continuación, se expone un fallo que ilustra el tema en cuestión, guarda pre adoptiva.

- **Autos:** " T.; L.C S/ GUARDA PREADOPTIVA”
- **Tribunal:** Cámara de Apelación. Juzgado de Familia n° 2. Sala III
- **Fecha de sentencia:** 28/04/2008
- **Cita:** Expte. N° 34427/8 recuperado <http://www.saij.gob.ar/>
- **Partes:** T.; L.C S
- **Hechos:** En este se plantea la situación de apelación por parte de la madre biológica de un menor, ante la decisión del Juez de primera instancia de declarar la adoptabilidad del menor, privar de la patria potestad a sus padres y entregárselo a sus tíos para que le brinden los cuidados necesarios mediante una guarda judicial.
- **Antecedentes procesales:** En primera instancia se declaró la adoptabilidad del menor.
- **Derecho:** Se fundamenta en el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño donde expresamente se contempla que:

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. [.....]”.

Como refuerzo para el magistrado, el artículo 30 de la ley 2.561 (Regula el Registro Único de adoptantes de la Provincia de Neuquén) dispone: “Excepciones. El juez podrá apartarse del orden remitido por el Registro a través de resolución fundada, en los siguientes casos: b) Cuando la guarda con fines de adopción fuere solicitada por miembros de la familia extensa...”. (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 306 inc. 5 del Cód. Civil; art. 22 y ss. de la ley 2.561).

- **Resolución:** La decisión de la cámara fue en la misma línea que la del Juez de primera instancia, y encuentra su fundamento en la voluntad de los padres expresada en sentido de la entrega de la menor, como así también el señalamiento de parientes cercanos al padre para que llevaran a cabo el cuidado de la niña. La madre no puede alegar entonces que debe primar en la crianza la familia biológica, ya que ellos mismos expresaron en sede judicial su voluntad de entregarla a otra familia para su cuidado.

Ahora bien, se debe tener siempre que sea posible, que el menor quede en el ámbito de la familia biológica, pero en este caso analizado, la manifestación expresa de dar al menor en adopción, constituye una excepción que nuestra justicia debe tomar por

válida. Tanto si se invoca el Interés Superior del niño del caso bajo tratamiento, como así también los derechos de los guardadores.

Con lo expresado en párrafos precedentes, ha quedado demostrado que la adoptabilidad del vulnerable ha estado comprobada desde el inicio de la cuestión, máxime si se presta atención al aval expreso de ambos progenitores. Sin dejar de lado que la niña hace más de un año convive con los guardadores como se explico en este fallo.

Existe jurisprudencia Nacional que avala la resolución de la Cámara I y que fue mencionado en este fallo donde se expone que la jurisprudencia nacional ha sostenido en casos similares que:

“Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, 19 G., C. Z. S/GUARDA PREADOPTIVA”, EXP. N° 38.066/8, sala I, constituye la excepción la situación de la menor que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores -donde permaneció desde su nacimiento- y desarrollo evolutivo y emocional excelente, pues el interés superior del niño consiste en no modificar su actual situación fáctica a fin de evitar el perjuicio que le originaría el trasplante, en tanto la madre biológica prestó su consentimiento de entregarla con fines de adopción y el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino impuesto por la presión familiar, sin que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno”.

En definitiva, como se adelantó, en este fallo, se rechazó la apelación considerándose que no existían agravios a la apelante que hicieran modificar o revocar la decisión del Tribunal de Primera instancia.

A continuación, se va a analizar un fallo interesante, este proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caratulado “Fornerón e hija vs. Argentina”, desde una doble perspectiva: la identidad biológica y el vínculo paterno filial y familiar por adopción plena.

- **Autos:** “Fornerón e hija vs. Argentina”
- **Tribunal:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Fecha de sentencia:** 29 de noviembre de 2010
- **Cita:** Serie C No. 242
- **Partes:** Actora: Fornerón. Demandada: Argentina
- **Hechos:** En el caso Fornerón e hija, la Corte Interamericana de Derechos Humanos El 29 de noviembre de 2010, sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Fornerón e hija en contra de la República Argentina, originado en una petición presentada por Leonardo Aníbal Javier Fornerón y por Margarita Rosa Nicoliche. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija biológica.

Luego de vencido el plazo de una prórroga solicitada por Argentina, la Comisión sometió el caso al Tribunal debido a la falta de cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado y a la consecuente necesidad de obtener justicia y protección efectiva de los derechos a la protección a la familia y del interés superior de la niña, así como la necesidad de que el Estado modifique su ordenamiento jurídico en materia de venta de niños y repare de manera integral las violaciones a los derechos humanos del presente caso.

El caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica. La niña fue entregada por su madre en guarda pre adoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años.

- **Antecedentes procesales:** La Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. El proceso de guarda otorgada judicialmente no fue llevado adelante con la debida diligencia, incumpliendo de este modo con los requisitos legales y con los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los menores de edad, su interés superior y el principio de no discriminación.

- **Fecha de remisión del caso a la Corte IDH:** 29 de noviembre de 2010

- **Petitorio de la CIDH:** La CIDH solicitó a la Corte IDH que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento, y por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija. - Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes coincidieron con lo alegado por la CIDH. - Fecha de la audiencia ante la Corte IDH: 11 de octubre de 2011

- **Derecho:** El derecho a la identidad biológica de la niña y el vínculo paterno filial y familiar adoptivo pleno la cuestión central ético jurídica de los argumentos de la Corte IDH respecto a la revisión judicial supranacional del procedimiento judicial de filiación adoptiva en la Argentina. Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 17 (Protección a la Familia), Artículo 19 (Derecho de niño), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 8 (Garantías Judiciales).

- **Resolución:** De este fallo se pueden extraer varios puntos, en primer lugar, se debe resaltar la importancia del derecho a la identidad como atributo de la personalidad en materia de Derecho de Familia conforme los tratados internacionales.

En segundo lugar, lo establecido en relación a la filiación biológica y el interés superior del niño conforme las convenciones y tratados internacionales. Aquí radica uno de los elementos fundamentales entre el principio de verdad biológica y el

derecho a la identidad. El principio de verdad biológica es en beneficio del hijo que ha sido procreado. En este sentido, en el fallo se analizó si el derecho paterno filial biológico del Sr. Fornerón puede complementarse en la actualidad con el interés superior de su hija y su sentido de pertenencia con su familia adoptiva, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y las circunstancias especiales del caso o si, por el contrario, el interés superior de su hija es permanecer en su actual núcleo familiar adoptivo conforme a su bienestar y desarrollo integral.

La Corte IDH consideró violado el derecho a la identidad biológica de la niña y el derecho paterno filial de su padre biológico, el Sr. Fornerón. Adicionalmente, la Corte IDH concluyó que el Estado argentino no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia, ni el requisito de excepcionalidad de la separación de padre e hija, al no tener en cuenta el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción, la firme voluntad del Sr. Fornerón de cuidar a su hija y no estar separado de ella; con el agravante que los procedimientos de guarda judicial y régimen de visitas, duraron más de tres y diez años, respectivamente.

Por lo tanto, se puede afirmar que el fallo analizado, fortalece la institución de la Patria Potestad, al centralizar el derecho de la niña en miras a consolidar y respetar la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, social, jurídica y familiar) (Basset, 2011).

La Corte IDH exige que el Estado argentino proteja todos los elementos de la identidad de la hija del Sr. Fornerón, debiendo prestar asistencia y protección

apropiada para que la niña establezca vínculos familiares con su padre biológico conforme las Convenciones y los Tratados Internacionales

Otro fallo importante de mencionar es un caso planteado en Neuquén:

- **Autos:** M. C. Y D. J. S. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION" Expte. N° 1673.
- **Tribunal:** Juzgado a de Familia y Penal de Menores de Villaguay
- **Fecha de sentencia:** 8 de noviembre de 2016.
- **Cita:** Recuperado en www.colectivoderechofamilia.com
- **Partes:** Actora: M. C. Y D. J. S.
- **Hechos:** Estando vigente el Código Civil de Vélez, se presentó una pareja para promover una acción de Guarda con fines de Adopción de una niña bajo la figura del "acogimiento familiar", donde se efectivizó la entrega de la guarda de la misma., quien en ese momento tenía menos de un año de edad. Del análisis de la causa, surge que la relación de pareja guardadora, era comprometida y estable. Por lo tanto, puede asumirse que esa familia posee las connotaciones que llevan a conceptualizarla como un hogar propenso para que G.N.C. siga desarrollando su vida. Además, la pareja mencionada tiene dos hijos: C. A. E.- y J. D.-, que conviven con la menor y a quienes G. afecta profundamente, siente y trata como hermanos.

- **Antecedentes procesales:** Se manifestó precedentemente, que el instituto de la adopción tiene como fundamento la protección de la minoridad desamparada, el tratamiento del caso debe abordarse entonces desde la noción siempre invocada “superior interés del menor” y por ello, se declaró la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, otorgando la guarda con fines de adopción de la niña G.
- **Derecho:** Artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, otorgando la guarda con fines de adopción de la niña G.
- **Resolución:** Para establecer la preservación del interés de la niña en este caso particular, resulta necesario analizar y tener en cuenta los efectos nocivos que sobre su integridad psicofísica podría causarle la posible sustracción del grupo familiar que la pequeña siente como propio y al cual se siente integrada, no como un objeto circunstancial, sino como un miembro más.

Se tomó en consideración que la menor, había permanecido con esta familia desde antes de cumplir un año de vida, (la mayor parte de su existencia) reconociéndolos como sus padres e integrándose satisfactoriamente en este seno familiar, situación que necesariamente se deberá respetar.

En estas circunstancias, al tener en cuenta el contexto integral de vida de la menor, los antecedentes y demás elementos pertinentes, se pudo justificar la permanencia de la niña en la familia que tiene su guarda. Así, se atiende al interés superior de la niña, ya que ésta se encuentra satisfactoriamente incorporada a la familia guardadora. Respecto del origen de la guarda nacida de una medida de protección

excepcional, configura una situación de excepción a lo prescripto por la ley 9985 y art. 634 inc. h del código civil y comercial.

En el presente caso, ante la clausura de la norma, se deben dejar de lado las consecuencias que el impacto de dicha decisión tendría en la vida concreta de la niña. Si se focaliza en la excepción de la norma provincial, no podríamos concluir, en base al interés de la niña, que las personas que detentan la guarda están relevadas del requisito de la inscripción; pues el nuevo código civil sanciona la sentencia que fuera otorgada a aspirantes que no reúnen dicho requisito, con la nulidad absoluta. Entonces, ante la clara disposición que exige para ser adoptantes la inscripción en el registro bajo pena de nulidad absoluta (art 600 inc. b, art 634 inc. h), corresponde concluir la inconstitucionalidad de estas normas a los fines de proteger el interés de la menor.

La resolución de guarda que analizamos tiene como objeto la adopción, por lo cual, si no consideramos la constitucionalidad de las normas referidas, podría ser atacada de nulidad. Entonces, no hacer lugar a la guarda solicitada implicaría apartar a la niña de quien ella considera sus padres, desoyendo su voz y afectando su interés al provocarle -con una decisión en tal sentido- un trauma, afrontando además el riesgo de adaptabilidad de la menor al nuevo contexto impuesto.

El fallo fue novedoso y es resulta importante en este análisis, porque el Juez de familia resolvió declarar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, por resultar contrario al primer apartado del art. 3 de la Convención de los Derechos

del Niño, en relación con su apartado segundo primera parte y con el primer apartado del art. 8 y el primero del art. 21 de igual cuerpo normativo internacional; y en razón de lo dispuesto por el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Finalmente se otorgó la guarda con fines de adopción de la niña.

4. Conclusión parcial

En el presente capítulo se realizó un análisis sobre las llamadas las guardas de hecho o guardas generadas a través de la entrega directa de niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores, determinando sus propósitos y como ha sido la recepción de esta práctica en el derecho argentino.

Las normas argentinas reconocen expresamente el derecho de familia, sobre todo en esta rama adquieren primordial interés aquellos derechos que se sustentan en el principio del interés superior del niño, considerando a este como rector del sistema jurídico en materia de garantías otorgadas a los menores y adolescentes.

El enfoque de nuestro marco normativo en materia Civil, se encuentra en coherencia con la incorporación de los tratados internacionales en protección de los derechos humanos y en los procesos de adopción deben respetar los derechos humanos fundamentales ahí establecidos, por lo que en este punto no se encuentran contradicciones normativas, de hecho la legislación que prohíbe la guarda de hecho lo hace enfocándose en el superior interés del niños, y ello se vio reflejado en las posturas analizadas de los Tribunales.

Luego del análisis de esta práctica (existente en nuestra sociedad) conformada por la guarda de niños, niñas y adolescentes, es importante destacar que dentro del proceso a

cargo del sistema judicial argentino, vigente, no se toma en consideración el periodo o la calidad de las relaciones que se hubiesen forjado durante una guarda, ya que en virtud de lo dispuesto en el Art. 6111, el juez está facultado a separar al menor de esta familia que lo acogió en su seno, para otorgarle la posibilidad de adopción a otras partes (inscritos en el registro correspondiente).

Del análisis jurisprudencial habiendo analizado tres decisiones de diferentes tribunales, Corte IDH, Cámara y juzgado de primera instancia, independientemente de las resoluciones tomadas por los magistrados en los casos concretos mencionados, se evidencia un mismo criterio en cuanto la prevalencia del interés superior del niño en la resolución de cada una de las causas mencionadas. En todos los casos analizados se tuvo especial atención en determinación de la situación jurídica de los menores en relación a su identidad los vínculos familiares, centralizándose el derecho de los menores en miras a consolidar y respetar la identidad genética, biológica, social, jurídica y familiar de cada uno de ellos.

CAPÍTULO 3

FUNDAMENTOS PARA LA VALORACION DE LA GUARDA PRE ADOPTIVA

1. Introducción

En el presente apartado, se tratará de brindar fundamentos y alternativas (ó mecanismos) para que los magistrados puedan adoptar posturas basadas en el marco normativo, pero entendiendo cada caso desde la importancia y consecuencias que traerán sus decisiones en la vida de los niños, niñas y adolescentes involucrados en un proceso.

En una instancia guarda las relaciones que el niño pueda desarrollar (siempre que estas sean satisfactorias de los intereses de aquél) son un fundamento de peso para otorgar crédito a los guardadores.

Es necesario que el juez a cargo de un proceso de adopción, considere aquellos vínculos que se forjaron durante la guarda, ya que si bien estas relaciones no surgen de factores biológicos (familias de origen) han sabido llenar ese vacío poniendo a disposición del niño condiciones – merituables – tanto materiales como espirituales.

Una de las herramientas de las que puede valerse un magistrado son el apoyo de peritos o equipo de personas de diversas disciplinas, que mediante procedimientos (pericis) podrán ayudar a identificar las condiciones socioeconómicas y emocionales en las que se encuentre el menor sometido a proceso.

Como se mencionó, el magistrado debería tener como apoyo en su evaluación, un equipo interdisciplinario que lo ayudara a resolver las distintas instancias. En este sentido es importante mencionar la reciente aprobación del abogado del niño en nuestra provincia de Córdoba. Este profesional, tiene un rol fundamental, asistir y patrocinar a los niños,

niñas y adolescentes, permitiendo que estos menores tengan una efectiva defensa y restitución de los derechos consagrados y reconocidos.

Así mismo, siempre que sea posible, el juez también deberá oír la voz de los actores involucrados, la del menor con especial énfasis.

Antes del otorgamiento de un menor en adopción, el juez debe tener el mayor grado de certeza respecto del estado integral del niño, los provechos que se obtuvieron en una guarda y si esta es perjudicial o no para el menor. Este magistrado deberá manejarse distinguiendo la voluntad de adoptar de la familia guardadora con la realidad del menor al tiempo del proceso. Tomando en cuenta los índices y señales del desarrollo del menor en el seno familiar y evaluar como se ha producido toda la readaptación de este desprotegido en la nueva familia, cuyos vínculos no surgieron de las relaciones biológicas parentales.

Es menester resaltar que una separación de esta familia guardadora puede ocasionar un mal mayor y secuelas a corto y largo plazo. No se debe perder de vista que, en primera instancia se trata de menores que ya sufrieron un desapego de su familia de origen, es decir, estos seres vulnerables ya han pasado por situaciones de abandono y el proceso de incorporación a una nueva familia.

Entonces, es necesario que el juez en todos los procesos de adopción custodie el cumplimiento de los derechos del niño en relación a no ser separado de sus familiares biológicos (como así también el mantenimiento de su identidad y orígenes de ser posible) cuando esta posibilidad es frustrada, resulta conveniente revisar los procedimientos y constatar que, a modo de tesis en las situaciones analizadas en este trabajo, cuando hay una guarda preadoptiva de hecho, este magistrado deberá considerar la misma, sopesar y

evaluar minuciosamente las causas bajo las cuales nació esa guarda, las consecuencias que la decisión de separar al menor de esa familia guardadora causaría y tener siempre la guía y valores del interés superior del menor.

En síntesis, si bien el juez del proceso debe velar por el cumplimiento de los derechos del niño en relación a no ser separado de sus padres biológicos, pero existen circunstancias en que éstos no se encuentran en la familia de origen y han sido integrados en una familia guardadora, resulta relevante que ante estas situaciones se ajusten de los procedimientos para la valoración de esa guarda pre adoptiva, evaluando minuciosamente las causas y consecuencias de todas las decisiones que se tomen en un proceso en relación del niño primordialmente pero también teniendo en cuenta la familia guardadora.

2. El interés superior del niño

Este principio puede ser interpretado de diversas formas, cada una de ellas será válida en la medida en que respeten el eje del mismo (los niños/niñas y adolescentes como destinatarios) y su función protectora.

Para el presente trabajo, se toma a esta noción como un principio regido por un conjunto de acciones y procesos destinados principalmente a componer una garantía de desarrollo integral para este sector de la población sustancialmente vulnerable.

Si se pretende determinar esta acepción en un concepto técnico jurídico, la noción de interés superior puede parecer imposible de determinar con exactitud. Ello en cuanto posee muchos elementos subjetivos haciendo depender su significación de la valoración que realiza el operador jurídico.

Se debe notar fundacionalmente que este principio es el resultado de lo pregonado en convenciones internacionales y en nuestra cultura jurídica, ha tenido recepción en todos los ámbitos tanto a nivel nacional como provincial.

A nivel nacional, la Ley 26.061 – sancionada el 28 de setiembre de 2005 – tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos reconocidos en la ley mencionada ut supra, están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes, que por esta ley corresponden a los órganos gubernamentales del Estado, habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales pertinentes a los fines de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Principalmente, en el artículo 3 de la ley 26.061, se encuentra el principio rector de todo este instituto de protección, hablamos del *Interés Superior Del Niño*, para esta reglamentación, la noción de interés superior corresponde a la máxima satisfacción posible de todos los derechos reconocidos para los niños/niñas y adolescentes.

Es menester recordar que esta ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes fue concebida con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales, en especial aquellos consagrados en la CDN².

A nivel Provincial se dictó la Ley N° 9.944 de promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba, en el fuero de niñez, juventud y violencia familiar.

El interés superior del niño, entonces, resulta un derecho sustantivo, pero a la vez constituye un principio jurídico interpretativo fundamental, que sirve como marco para analizar cualquier otro derecho, norma y/o disposición que atañe al ejercicio de sus derechos. Sus disposiciones son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles, intransmisibles y tienen por objeto la “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, mediante la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos consagrados y reconocidos.

Respecto de esta normativa, recientemente se ha reformado y ampliado derechos y garantías, tomado relevancia en esta reforma la incorporación de la figura del abogado del niño. Este profesional ejercerá la defensa en los casos en un menor sea víctima o en aquellos en que, con su consentimiento, requiera de su intervención.

Los honorarios de este abogado del niño están a cargo del estado, configurándose de esta forma una medida de real protección y asistencia por parte del Estado. Así, con este

² Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2017) recuperado en <https://www.mpf.gob.ar>

cambio se vislumbra el afianzamiento de una serie de instituciones que tienen por objeto la aplicación de los procedimientos que garanticen el ejercicio y goce de los derechos por parte de los menores.

3. Convención sobre los derechos del niño 1984.

La Convención sobre los derechos del niño, ha marcado un radical cambio de paradigma con relación a la mirada sobre la infancia y adolescencia. A partir de ésta convención, comienza a vislumbrarse un avance y amplitud de garantía para el goce de los derechos de los menores, ya que se toma en consideración a los niños como sujetos titulares de derechos fundamentales.

Así se dio paso a una nueva corriente que marca una gran diferencia de la mirada anterior. Esta última consideraba a los niños como dependientes de los adultos que sólo debían ser disciplinados, tutelados, protegidos y controlados.

Con este cambio se comenzó a dotar a los menores de derechos similares a los que tenían los adultos. Este importante avance que significó el reconocimiento de derechos específicos, gira en torno a principios fundamentales de la Convención como ser el derecho a la vida, la supervivencia y de desarrollo, y a lo discriminación.

Desacuerdo con lo mencionado, estamos en presencia de una obligación para los estados respecto de adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores. Es importante hacer mención de que los niños poseen derechos que corresponden a todos los seres humanos, tanto adultos como niños, pero también están dotados de derechos especiales derivados de su condición, como

contrapartida están los deberes específicos (para atender aquellos derechos especiales de los niños) y los activos de estos deberes son la familia, el Estado y la sociedad en general.

Definitivamente con la incorporación de la convención se da un cambio desde el modelo tutelar de los menores hacia una protección integral de los derechos de los cuales estos ostentan titularidad.

En esta convención, se destaca el “interés superior del niño”, siendo este el eje sobre el cual deben promoverse políticas públicas y tomarse las decisiones administrativas o judiciales, con el fin de hacer plenamente efectivos sus derechos.

Particularmente en el artículo 3.1 de la Convención se deja expresa constancia de que toda medida de institución pública a privada, tiene que tener en cuenta este interés supremo para la toma de cualquier decisión. Ya en el artículo 3.2 se indica que se debe asegurar el cuidado y protección, teniendo en cuenta el juego de todos los derechos, los de los niños y adolescentes, y los derechos y deberes de los padres.

4. Sugerencias para incorporarla al ordenamiento argentino

Los motivos que lleven a una persona a entregar un menor en “guarda de hecho” con fines de adopción pueden ser variados y múltiples. La complejidad de la naturaleza impide analizarlos a todos, pero se pretende dar algunas sugerencias para incorporarla nuevamente al ordenamiento jurídico.

Para suplir lo que establecía la antigua normativa sobre la práctica pre adoptiva, la cual como hemos analizado ha sido criticada por la doctrina y especialmente por los

legisladores, es que se excluía del ámbito judicial las guardas pre adoptivas y por lo tanto se hallaban excluidas de todo control generándose un sinnúmero de situaciones irregulares.

El juez no se encuentra obligado en todos los casos a convalidar las guardas de hecho, sino que tal como se planeó en el apartado anterior, actúa como garante del interés superior de niño ponderando en todo momento su estabilidad psicofísica, teniendo en cuenta si los peticionantes reúnen las condiciones mínimas adecuadas para que en la oportunidad pertinente se les otorgue la adopción. (Ludueña, Liliana G., 2001).

Se considera, como lo expresa la Dra. Zampini en su fallo resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2° en fecha 23/9/99 en los autos “M.M.B.”, que deben tenerse en cuenta diferentes factores que hacen a la estabilidad del menor, a su salud psicofísica como lo son el factor tiempo, la relación paterno filial originada que crea vínculos que se encuentran íntimamente ligados al principio de identidad del niño.

Como explica Kemelmajer de Carlucci., A (1998):

“Lo principal es el ser humano y sus necesidades; eso es lo que debe proteger y amparar la ley, en vez de poner al hombre en situación de rendirse incondicionalmente ante normas que, a través de una lectura desajustada a su finalidad, puedan no ser las idóneas para solucionar un caso o no ser aplicables debidamente al caso””
(p.28)

La adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la realidad no es tarea fácil ni sencilla, es necesario articular un texto coherente, sin contradicciones y con la menor cantidad de lagunas jurídicas.

Es importante destacar que, si bien no todas las situaciones de guardas de hecho surgen en contextos ilícitos o irregulares, el legislador debe adoptar una visión que pueda clarificar la forma de producirse las mismas en nuestro sistema, sobre todo por la gran cantidad de realidades en las que se advierten maniobras que evidencian una disparidad absoluta entre los pretendientes adoptantes –guardadores- y progenitoras biológicas que entregan (p.250)

A lo largo de la historia existieron variadas propuestas elaboradas a fin de regular las guardas de hecho, primero permitiéndolas y ahora prohibiéndolas, lo óptimo sería una posición intermedia.

En esta línea de pensamiento el Dr. Jáuregui, (2011) explica que:

“quien tenga bajo su cuidado un niño por haber sido encomendada dicha función transitoria o definitivamente por alguno de sus padres debe comunicar fehacientemente dentro de las 24 hs. la situación al defensor de menores o al organismo técnico-administrativo competente, quienes procederán inmediatamente conforme a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 5°, 8°, 9°, 18, 21 y concs.) y de la ley 26.061 (arts. 3°, 7°, 11, 29, 31 y concs.). El deber de aviso también pesa sobre todo ciudadano que tome conocimiento del hecho”. (p.131)

Esta propuesta efectuada por el autor en el año 2011, marca uno de los aspectos que mayormente dificultan la viabilidad de la procedencia de las guardas directas en relación al factor tiempo en las prácticas originadas en guardas de hecho.

Es decir, el factor tiempo es un elemento determinante a fin de poder actuar debidamente sin consolidar situaciones que pueden aparejar vulneración de derechos de algunas de las partes, máxime el derecho de todo niño/a o adolescente de desarrollarse y vivir en su familia de origen. (Jáuregui, Rodolfo G., p. 131).

5. Conclusión parcial

En el presente capítulo se brindaron fundamentos y alternativas para que los magistrados puedan adoptar posturas basadas en el marco normativo para que sus decisiones sobre causas que involucren a los niños, niñas y adolescentes involucrados sean beneficiosas para su crecimiento y desarrollo integral.

Para un niño, transitar por este tipo de situaciones que se caracterizan por su gran inestabilidad no podría ser beneficioso. Pero lo cierto y real es que estas en nuestra cultura existen múltiples casos con estas características y no pueden ser soslayados.

Es por eso que el ordenamiento jurídico debe resolverlo normativamente, sobre todo para cuando aparezcan situaciones de guardas en la que el fin superior sea el bienestar íntegro del menor.

Dado el caso de que un menor deba afrontar un proceso judicial, donde es el juez quien debe evaluar el otorgamiento de la guarda, resulta indispensable que en esa evaluación el juez tenga en cuenta “el interés superior del menor” y también como ha sido el desempeño de la familia guardadora.

En este capítulo se resalta el interés superior del niño en su función protectoria destinada principalmente a componer una garantía de desarrollo integral para este sector de la población sustancialmente vulnerable como son los menores.

Respecto a la normativa se puede determinar que existe un nuevo paradigma que amplía derechos y garantías, tomando relevancia en esta reforma la incorporación de la figura del abogado del niño en los casos en un menor sea víctima o en aquellos en que, con su consentimiento, requiera de su intervención.

Conclusión Final

En el presente trabajo final de grado se analizó la sistematización del CCyC en relación a la prohibición de la guarda pre adoptiva plasmada en el art. 611, con el objetivo de determinar si la prohibición del art 611 viola derechos fundamentales de los niños/niñas y/o adolescentes.

Luego del análisis integral de la figura planteada se puede verificar la hipótesis planteada, ya que los niños carentes de cuidados paténtales, tienen derecho a contar con una familia que les pueda brindar los elementos necesarios para su desarrollo integral, y puede ser esa relación jurídica (guarda pre adoptiva), la que produzca la satisfacción de sus derechos fundamentales. Motivo por el que se considera que se están violando los derechos fundamentales a los menores al negar la guarda pre adoptiva.

Si se produce la entrega directa de un menor, la guarda de hecho a la que se da lugar, nace fuera del sistema de protección y el derecho a la vida familiar de los menores que están garantizados constitucionalmente y sin control jurisdiccional.

El instituto de la adopción y guarda, al igual que otros temas sensibles que aborda el derecho de familias tiene un fuerte impacto a nivel social como jurídico. Debido a ello, el legislador ha tenido que sortear grandes problemas y que son fuertemente cuestionados y debatidos dentro del universo jurídico e incluso apuntado por la opinión pública en general.

En este contexto, se observa que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación adopta una decisión legislativa en relación a uno de los temas más complejos en torno a la

adopción, es decir, la guarda de hecho y su clara prohibición como regla y las excepciones a la misma.

Así, vemos que pese a la regla establecida en el art. 611 del CCyC, es necesario establecer si una guarda con este carácter, se plantea la posibilidad de ser considerada a los fines de la adopción y tomar a ésta como un real antecedente de una futura relación jurídica paterno-filial que con la normativa actual desprotege a los menores que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Planteada la cuestión arriba descrita, y previo a un análisis integral del tema involucrado, se puede determinar que estamos en presencia de una contradicción normativa ya que el código civil prohíbe la figura que está garantizada constitucionalmente.

Lo cierto, es que, a mi criterio, los niños carentes de cuidados paténciales deben contar con una familia que les pueda brindar los elementos necesarios para su desarrollo integral, y puede ser esa relación jurídica de la ya analizada guarda pre adoptiva de hecho, la que produzca la satisfacción de sus derechos fundamentales subsanando el problema de investigación planteado.

Resulta relevante realizar el ajuste de la normativa vigente, sobre todo para tratar resolver aquellos casos y situaciones particulares. Deberá reevaluarse las consecuencias que se han producido a partir de la tajante prohibición establecida en el CCyC esencialmente en el art. 611. Tomar en cuenta también, que un apartamiento del menor de la familia guardadora puede producir perjuicios no sólo en el niño, niña o adolescente, sino también considerar las secuelas que ese alejamiento producen en el seno de esa familia guardadora.

En la realidad, no obstante, la regulación mencionada del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, que da lugar a que los operadores jurídicos partan de la base de dicha prohibición, si en el caso concreto se da un supuesto genuino que responda un “honesto vínculo de socio afectividad”, en base a lo establecido en art. 7 del decreto reglamentario de la ley 26061, se deberá comprobar estos supuestos y habilitar la viabilidad de este tipo de guardas.

En el tema abordado en el presente trabajo, se puede vislumbrar la imperiosa necesidad de modificación de la prohibición plasmada en el CCYC respecto de la guarda, así como también es innegable que ante una carencia o vacío normativo en el tema central de este escrito, deberá instrumentarse un aparato legal que contenga situaciones de Guarda, las regule y controle, ya que es el sistema normativo el que debe constituir una especial garantía de protección para los aquellos casos en que los titulares de los derechos socavados sean los menores. Deberá entonces, revisarse los alcances que tienen hoy las medidas de protección para que el menor pueda dejar de ser víctima de una norma inelástica y logre desarrollarse en un seno familiar (aunque este último no sea el de origen o biológico) acorde a sus necesidades.

No puede dejar de señalarse la especial gravedad que trae asimilada no tener en cuenta las secuelas que tiene toda medida que restrinja derechos así sea parcialmente, ya en el preámbulo de la convención de Derechos del Niño, está establecido a todas luces, que los niños por su carácter de menores requieren cuidados especiales, esto es así por la situación en la que se encuentran, en muchas oportunidades están en situación de violencia, abandono por parte de la familia de origen y también es menester resaltar que se encuentran en condición de debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Sin lugar a dudas, la normativa en la materia debería ajustarse a la realidad social; por ello, resulta necesario que sea transformada y modificada en base a los hechos y a la realidad que determinan un derecho útil y que esté al servicio de la sociedad en el marco de un Estado de derecho.

Bibliografía

Doctrina

- ANDUEZA ACUÑA, E (1979). Derecho de menores. Buenos Aires: Fondo Editorial Común.
- BASSET, Úrsula C. (2011). Derecho del niño a la unidad de toda su identidad. Buenos Aires: La Ley
- BOQUE MIRO, R. (1999). Compilación de notas referidas al derecho de menores. (2da ed.). Córdoba: Ed. Alveroni Ediciones.
- D´ ANTONIO, D. H., (1997). Régimen Legal de la Adopción. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- FANZOLATO, E. I (1998) La filiación adoptiva. Córdoba: Ed. Advocatus.
- HERRERA, MARISA “El Decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil”, Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-de-la-reforma-del-codigo-civil-por-marisa-herrera/>
- JÁUREGUI, RODOLFO “La guarda de hecho y la Adopción: necesidad de reforma del Código Civil”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, noviembre 2011, n° 52, Editorial Abeledo Perrot.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA- HERRERA, MARISA- LLOVERAS, NORA (directoras) “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014.
- LLOVERAS, N. y SALMON, M. (2009). El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- LOPES, C. (1999). Algunos problemas de la adopción en Argentina puestos de manifiesto por la corte interamericana de derechos humanos. Instituto del derecho del niño facultad de ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Ed: UNLP.
- TARDUCCI MONICA “Maternidades en el siglo XXI”, Ed. Espacio, Bs. As. 2008.

Artículos de periódicos.

- Nota en diario La voz del Interior. “En Córdoba, 2.800 anotados y cada vez menos adopciones”. 14 de mayo de 2017 de: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/en-cordoba-2800-anotados-y-cada-vez-menos-adopciones>.
- Nota en diario La voz del Interior “Otorgan guarda preadoptiva de un niño al docente que es su "referente afectivo”” 10 de mayo de 2017. Disponible en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/otorgan-un-docente-la-guarda-preadoptiva-de-un-nino-por-ser-su-referente-afectivo>
- Nota en diario Clarín “El juez que le dio prioridad al amor antes que a la ley y avaló una adopción directa” 02 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/juez-dio-prioridad-amor-ley-avalo-adopcion-directa_0_HJ9Otkxwb.html.

- Nota en diario La Nación. “Adopción, guarda provisoria e interés del niño”. 02 de junio de 2018. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/2140198-adopcion-guarda-provisoria-e-interes-del-nino>
- Nota en diario La voz del Interior. “Córdoba ya cuenta con la figura del abogado del niño: qué alcance tiene y por qué es importante”
<https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/cordoba-ya-cuenta-con-figura-del-abogado-del-nino-que-alcance-tiene-y-por-que-es-importante>

Legislación

- Ley Nacional N° 13.252. B.O 29/09/1948. Establece la adopción de menores.
- Ley Nacional N° 23.849. B.O 22/10/1990. Convención sobre los derechos del niño
- Ley Nacional N° 24.779. B.O 01/04/1997. Adopción.
- Ley Provincial N° 8922. B.O. 30/05/2001 2011. Registro único de adopciones de Córdoba.
- Ley Nacional N° 25.854. B.O 08/01/2004. Reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008
- Ley Nacional N° 26.061. B.O 26/10/2005. Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Ley Nacional N° 26.994. B.O. 01/10/2014. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Jurisprudencia

- “FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso sentencia de 27 de abril de 2012.
- "T., L.C S/ Guarda Preadoptiva" CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN.1998/04/01. G., A. V.LA LEY, 1998-F, 64 CApel. Juzgado de Familia n° 2. Sala III - (Expte. N° 34427/8) (2008).
- "M., M.S.S. S/guarda" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 27/05/2015.
- “L., A. SOBRE GUARDA PREADOPTIVA”, Expte. N° xxxx/06 y su conexo “L., A. E. SOBRE ADOPCIÓN”, Expediente N° xxx4/07. ADOPCIÓN PLENA e INCONSTITUCIONALIDAD - 7/9/2016. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario
- R. M. C. Y D. J. S. S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCION" Expte. N° 1673.- Villaguay, 8 de noviembre de 2016.- Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/02/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-Y-PENAL-DE-MENORES-VILLAGUAY-ENTRE-RIOS.-Adopci%C3%B3n.-Inconstitucionalidad-arts.-600-611-y-634-CCyC..pdf>
- C., J. G. -CONTROL DE LEGALIDAD (Expte. N° xxx), Villa Cura Brochero 2017/03/27, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/05/Jurisprudencia-Familia-26.05.pdf>.

- “N. A. M. M. I. s/ adopción” Expte. N° 63.903 – JUZGADO DE FAMILIA N° 1 DE CORRIENTES – 10/05/2017.
- "Autoridad de Infancia Provincial s/Petición medida excepcional" - JUZGADO DE FAMILIA N° 2 DE RÍO GALLEGOS (Santa Cruz) – 11/07/2017 (Sentencia firme).
- “G. A s/ adopción” – TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 7 DE ROSARIO (Santa Fe) – 08/08/2017 (Sentencia no firme).
- “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa" - JUZGADO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA N° 1 DE RÍO TERCERO (Córdoba) – 09/08/2017 (Sentencia no firme).

Sitios web consultados

- La ley on line