



# TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

## GUARDA DE HECHO

ARGUMENTOS JURÍDICOS A FAVOR Y EN CONTRA DE SU  
PROCEDENCIA COMO GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.

**Luna, Virginia Elisa**

**D.N.I.: 26.047.005**

**VABG24474**

**ABOGACIA  
2019**



## **AGRADECIMIENTOS**

A mi esposo Roberto.

A mis padres Nelly y Bernabé.

A mi hermano Bernabé.

## **RESUMEN**

En el ámbito legal, doctrinario y jurisprudencial, la procedencia o no de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción ha generado y sigue generando discusiones cargadas de argumentos jurídicos tanto a favor como en contra de su aceptación.

El presente trabajo de investigación propone evidenciar la contradicción que surge ante la prohibición de la guarda de hecho, y los fundamentos de los magistrados cuando bajo determinados supuestos, la misma resulta judicialmente procedente como guarda con fines de adopción.

Palabras Claves: Derecho, Guarda de hecho, Procedencia, legalidad.

## **ABSTRACT**

Both in legal, doctrinal and jurisprudential fields, the origin or not of the de facto guardian as guardian for adoption purposes has generated and continues to generate discussions loaded with legal arguments both for and against their acceptance.

This research paper proposes to demonstrate the contradiction that arises from the prohibition of the guard in fact, and the foundations of the magistrates when under certain assumptions, it is judicially appropriate as a guardian for adoption purposes.

Keywords: Law, Guard fact, Origin, legality.

## ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	8
<i>Capítulo 1. Derechos del Niño. Marco Legal</i> .....	11
<b>1.1 Instrumentos Internacionales. Convención sobre los derechos del niño</b> .....	11
<b>1.2 Ordenamiento Jurídico Nacional: Ley N° 26.061. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 25854 Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos</b> .....	13
1.2.1 Ley N° 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. ....	13
1.2.2 Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.).....	15
1.2.3 Ley N° 25.854, Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.....	16
<b>Conclusiones Parciales</b> .....	17
<i>Capítulo 2. Adopción. Guarda. Medidas de Excepción.</i> .....	18
<b>2.1 Derecho de Familia</b> .....	18
<b>2.2 Adopción</b> .....	19
<b>2.3 Sistema de Protección Integral: Medidas de Protección y Excepcionales.</b> .....	22
<b>2.4 Guarda con fines de adopción: guarda de hecho. Régimen Legal anterior y vigente.</b> .....	26
<b>Conclusiones parciales</b> .....	30
<i>Capítulo 3. Posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho.</i> ....	31

<b>Introducción.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Antecedentes Doctrinarios.....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 Antecedentes Jurisprudenciales.....</b>	<b>34</b>
3.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Forneron.....	35
3.2.2 Suprema Corte de Justicia de la nación.....	35
3.2.3 Supremos Tribunales Provinciales.....	38
3.2.5 Jueces y Tribunales de Familia Provinciales.....	43
<b>3.3 Antecedentes Legales.....</b>	<b>44</b>
<b>Conclusiones Parciales.....</b>	<b>47</b>
<i>Capítulo 4: Posiciones contrarias a la admisibilidad de la Guarda de Hecho.</i>	
.....	48
<b>Introducción.....</b>	<b>48</b>
<b>4.1 Antecedentes Doctrinarios.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2 Argumentos legales.....</b>	<b>54</b>
<b>4.3 Antecedentes Jurisprudenciales.....</b>	<b>59</b>
4.3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Forneron.....	59
4.3.2. Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	65
4.3.3 Cámara de Apelaciones.....	66
<b>Conclusiones Parciales.....</b>	<b>70</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>71</b>
<b><i>BIBLIOGRAFIA.....</i></b>	<b>78</b>

## INTRODUCCIÓN

En el territorio argentino la normativa interna que regula el proceso de adopción establece la prohibición de la guarda de hecho por escritura pública, acto administrativo o en forma directa otorgada por progenitores o familiares del niño según lo consignado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN. Asimismo, se regula el Registro de aspirantes a la guarda con fines preadoptivos.

No obstante, la citada prohibición legal, se presentan ante el sistema judicial casos de guardas de hecho surgidas fundamentalmente de la entrega directa por parte de la progenitora, solicitando su validación al momento de peticionarse formalmente la guarda preadoptiva del niño. Esto pone a los magistrados frente a la disyuntiva de convalidar estas guardas de hecho originadas en contradicción y violación a la norma del CCCN o por el contrario, disponer la separación del niño de ese ámbito de inserción familiar en el que en la mayoría de los casos ha transcurrido un periodo extenso de tiempo.

La procedencia o no de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción ha generado controversia en la doctrina identificándose un sector que sostiene su admisibilidad y otro que sustenta la posición contraria, fundamentándose ambos enfoques en argumentos jurídicos a favor y en contra de su aceptación. Esta contradicción también se evidencia en los fallos judiciales en uno y otro sentido.

Así las cosas y ante la situación trazada la autora se interroga, ¿Los argumentos a favor de la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción se ajustan a derecho?

La hipótesis planteada al respecto estipula que la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines preadoptivos en base a la relatividad del ordenamiento legal frente a realidades de hecho consolidadas en el tiempo y la consideración del interés superior del niño en cada caso concreto, según lo establecido por las leyes al respecto y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, se ajusta a derecho.

El presente trabajo de investigación se propone evidenciar la contradicción que surge ante la prohibición de la guarda de hecho, cuando bajo determinados supuestos la misma resulta judicialmente procedente como guarda con fines de adopción.

Se considera el tema de relevancia jurídica para explicitar los supuestos de excepción a la aplicación de la normativa vigente, bajo los que se admite la guarda de hecho. Por otra parte, resulta de importancia para dar certeza jurídica al niño



garantizando la prevalencia del principio del interés superior y a quienes se han inscrito en el registro único de aspirantes a la guarda con fines de adopción.

El objetivo principal del trabajo es determinar la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción. Entre los objetivos secundarios o específicos se analizan los argumentos jurídicos a favor y en contra de dicha procedencia, se conceptualiza la naturaleza jurídica de la guarda, se estudia la regulación legal vigente respecto de la guarda con fines de adopción. Asimismo, se analiza la regulación respecto de la guarda de hecho en el código civil derogado y en el CCCN, se identifican las modalidades de guarda de hecho posibles, plazos y condiciones en la toma de medidas excepcionales que transforman a las mismas en guarda de hecho, se desarrolla y analiza jurisprudencia a los fines de establecer los aspectos tenidos en cuenta por los magistrados en los casos en que han legitimado o no la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

Para llevar adelante el trabajo de investigación, la metodología a utilizar es de tipo cualitativa, y el tipo de investigación es descriptivo – correlacional. Se trata de dos tipos diferentes de estudio que se combinan en función de la pregunta de investigación formulada, a fin de conocer la relación o grado de asociación que existe entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto en particular. La elección de combinar estos dos tipos de estudio se fundamenta en que, primero deberá realizarse una descripción de los argumentos jurídicos sostenidos por las posiciones a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho como guarda.

Dentro de las fuentes a utilizar se destacan las primarias, libros doctrinarios, legislación y jurisprudencia. Como fuentes secundarias se utilizan trabajos sobre reelaboración de otras producciones que permiten una rápida visión del contenido, como manuales y compilados de las incidencias del CCCN. Por último, dentro de las fuentes terciarias se utilizan títulos de revista, otras publicaciones periódicas, y artículos digitales.

El trabajo está estructurado en cinco capítulos a saber; el primero de ellos aborda el marco de referencia conceptual, los instrumentos internacionales y el marco legal regulatorio. El segundo capítulo desarrolla los conceptos de adopción, guarda y medidas de excepción. El tercer capítulo aborda las posiciones a favor de la admisibilidad de la guarda de hecho con los argumentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales. El cuarto capítulo analiza las posiciones contrarias a la admisibilidad

de la guarda de hecho junto con los argumentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, arribando por último a las conclusiones.

## **Capítulo 1. Derechos del Niño. Marco Legal**

### **Introducción**

En este capítulo se realiza un breve recorrido por el ordenamiento jurídico nacional que regula aspectos vinculados; por una parte; a la guarda con fines de adopción; y por otra; a la prohibición de la guarda de hecho con dichos fines.

En torno a lo reglado por este marco normativo se discute y define la procedencia o no de situaciones de guarda de hecho como guarda con fines de adopción, por lo que se considera relevante presentar en este capítulo el contenido específico de las normas sobre estas figuras.

En este sentido, las disposiciones legales respecto de ambas figuras se encuentran en la constitución nacional; en pactos y tratados internacionales por ella incorporados en art. 75 inc. 22; en el Código Civil y Comercial de la Nación, en la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Ley 25.854 Adopción. Registro Único.

La estructura jurídica señalada plasma el principio fundamental del interés Superior del niño, a partir del cual se delinea el sistema integral de protección de derechos de los niños y adolescentes; que implica al Estado en su faz administrativa y judicial.

### **1.1 Instrumentos Internacionales. Convención sobre los derechos del niño.**

El análisis de los argumentos jurídicos de las posiciones a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción, implica asumir un enfoque sistémico e integral considerando esta controversia un debate específico que remite a consideraciones de carácter general, fundamentales para su comprensión.

En este sentido, es imprescindible realizar precisiones respecto de la estructuración del ordenamiento jurídico nacional.

A partir de la mitad del siglo XX nuevos paradigmas jurídicos y de transformación del estado se imponen, con el advenimiento de los derechos humanos y la llegada del Estado constitucional de derecho, que en Argentina se inicia con la sanción de la Constitución en 1853 y las reformas posteriores dando lugar al surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

positivizado en tratados luego de la Segunda Guerra Mundial (Figuerola, 2014, p.101).

Es con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que ingresa en nuestro país, el paradigma de los derechos humanos, incorporados en el art. 75 inc. 22<sup>1</sup> “confiriéndole la misma jerarquía de la constitución a declaraciones y tratados o pactos de derechos humanos, encabezando el vértice del ordenamiento jurídico argentino, formando parte del bloque de constitucionalidad federal” (Bidart campos, 2016, p.25).

A los fines de este trabajo resulta de importancia señalar que los instrumentos internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22, contienen disposiciones normativas referidas a los derechos del niño, resultando específico de la regulación de estos la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en Argentina con la sanción de la Ley 23.849, en septiembre de 1.990, con la realización de reservas y declaraciones respecto de artículos vinculados a la adopción internacional, a la definición de persona, a la utilización de niños en conflictos armados y a la planificación familiar.

La Convención implicó a nivel mundial el pasaje de un modelo de la “situación irregular al de la protección integral, reforzado por la Ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes a nivel nacional” (Herrera, 2.014, p. 18).

Este cambio de paradigma en la concepción del niño como un objeto de tutela de Estado a un sujeto de derechos, claramente regulados y contenidos en los tratados internacionales, impacta en el ordenamiento jurídico nacional tanto a nivel de normas como de prácticas administrativas y judiciales, debiendo garantizarse derechos tendientes a satisfacer integralmente necesidades específicas propias de la etapa

---

<sup>1</sup> **Artículo 75 inc 22.** Corresponde al Congreso. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

evolutiva por la que atraviesa N.N. y A. , las cuales quedan abarcadas por el interés superior del niño, principio rector del sistema de protección de derechos. Tanto la normativa internacional como nacional operativizan este principio, a partir del concepto autonomía progresiva y sus indicadores edad y grado de madurez suficiente.

Por su parte el preámbulo de la convención sobre los derechos del niño expresa:

El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad (Constitución Nacional, CDIH, 2.015, p. 98).

El articulado de la Convención hace referencia a la evolución de las facultades del niño (art.5° y 14.2) y a la evolución de su madurez (art. 12), al impulso que debe darse a su desarrollo (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art.32.1) etc.

Una visión integral del ordenamiento jurídico implicará que toda figura relacionada con los derechos humanos de N. N. y A. no puede contrariar a la Convención específica ni a los demás instrumentos internacionales incorporados en la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

## **1.2 Ordenamiento Jurídico Nacional: Ley N° 26.061. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 25854 Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.**

### **1.2.1 Ley N° 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.**

En el marco normativo internacional presentado en el punto previo, se encuentran los pilares del sistema que dan contenido a la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las N. N. y A. derogando la ley N° 10.903 de Patronato de menores y todo su sistema.

En la letra de la ley se plasma el cambio de paradigma pasándose de una norma cuyo sistema consiste en la tutela estatal del niño – objeto, a la protección del niño - sujeto de derechos, sentando bases mínimas a nivel nacional que disponen el funcionamiento del Sistema de Protección Integral regulando la función administrativa del estado a través de los órganos locales de aplicación de la ley, las medidas de

protección y excepción a instrumentar y derechos reconocidos a niño, niñas y adolescentes.

En cuanto al ámbito provincial, esta ley es la base sobre la que las provincias adecuarán sus legislaciones en caso de contar con ellas en tanto otras deberán dictar sus normativas en coherencia con la ley nacional.

El sistema de protección integral de derechos que propone y regula la ley nacional incluye a todos los actores y efectores de las políticas públicas involucrados en la atención y el trabajo con niños especialmente con aquellos en situación de vulneración de derecho conformando una red interinstitucional de intervención que deberá ser generadora de medidas de protección de derechos, las cuales una vez agotadas y con resultados negativos, habilitan a recurrir como última instancia a las medidas excepcionales. La evaluación de la necesidad de estas se encuentra a cargo de los órganos administrativos locales creado por la misma ley, que funcionan a modo de bisagra entre las acciones del estado administrativo y la intervención jurisdiccional.

En este trabajo uno de los interrogantes planteados es si las medidas excepcionales pueden considerarse un acto administrativo de entrega directa que configura una guarda de hecho prohibida por el art. 611<sup>2</sup> de Código Civil y Comercial, cuando no se cumplen debidamente las condiciones de su procedencia, especialmente cuando se produce un exceso en los plazos de su duración.

En cuanto a la estructura de la ley 26.061<sup>3</sup> y contenido se identifica una primera parte de disposiciones generales, en la cual se encuentra en su art. 3 el interés superior del niño con la correspondiente definición; “se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (Ley N° 26.061, 2.005). Se considera que esta inclusión textual del principio rector de sistema le otorga al mismo una legitimidad

---

<sup>2</sup> **Artículo 611.-** Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

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

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

<sup>3</sup> Ley 26.061. Ley De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes. Sancionada: septiembre 28 de 2005. Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005

legal que fortalece su relevancia al momento de la toma de decisiones administrativas y/o judiciales, respecto a establecer dispositivos institucionales que garanticen la efectivización de los derechos numerados en la ley y la intervención en situaciones de lesión y/o vulneración de derechos los N. N. y A.

Este principio del Interés Superior del niño es el argumento central de las posiciones a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho. Atendiendo a la definición de este brindada por la Ley se considera que la satisfacción de derechos planteada en esta requiere como condición previa que se encuentre efectivizado el derecho a crecer y desarrollarse en una familia, en la que se encontrarán los adultos responsables de garantizar los demás derechos y necesidades del N.N. y A.

Considerando que este interés se define en cada caso concreto, se coincide con los argumentos de las posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho, los cuales admiten la misma valorando condiciones como la situación integral del niño en el centro de vida y núcleo familiar de los guardadores, los vínculos establecidos, el tiempo de convivencia transcurrido, la identidad adquirida entre.

En tanto se disiente con las posiciones contrarias respecto a la valoración que realizan de este principio, puesto que de sus argumentos surge una sobrevaloración del cumplimiento de las formas establecidas por la ley para que una guarda sea procedente a los fines de la adopción, dejando fuera de consideración los supuestos valorados por la posición contraria.

### **1.2.2 Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.)**

En este capítulo en referencia al tema abordado se señala que el código, teniendo en miras principios y tratados internacionales de rango constitucional y la ley específica de los derechos de la niñez y adolescencia; establece claramente la prohibición de la guarda de hecho; ya sea por entrega directa o mediante escritura pública o acto administrativo, expresando que: “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” (CCCN, 2014). La reforma de 2015 mantuvo la prohibición de la guarda de hecho que sostenía el derogado código civil en su artículo 318, ampliando el contenido de este, en el texto del art. 611 ya citado con anterioridad, con disposiciones relativas a las facultades del Juez en estos casos.

### **1.2.3 Ley N° 25.854, Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines**

#### **Adoptivos.**

Esta ley crea el Registro único de aspirantes a guarda con fines de adopción, derogando el artículo 2° de la Ley N° 24.779 que incorporaba al código civil disposiciones relativas a la adopción, estableciendo la creación de un registro nacional obligatorio que requería la adhesión de las provincias para su funcionamiento, invitando a estas a suscribir convenios con el Ministerio de Justicia de la Nación sede del registro.

De modo que “estaba pensado para funcionar como registro de segundo grado, es decir para centralizar en único registro los datos de diferentes registros” (Medina, 2.009, p.1).

El objeto de su creación es dar transparencia a la evaluación y selección de los pretensos adoptantes, mediante la intervención de equipos interdisciplinarios, a fin de garantizar al niño el derecho a vivir en familia, en un grupo adecuado, al mismo tiempo que asegura la igualdad de oportunidades a los aspirantes a la guarda preadoptiva.

Las condiciones y requisitos que implica la inscripción, evaluación, y posterior selección de aspirantes a la guarda preadoptiva configuran un dispositivo preventivo de la comercialización y el tráfico de niños.

Establece requisitos de la nómina de aspirantes; domicilio, integración de la nómina con la lista de en todas las provincias que adhieran al presente registro y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lugar de inscripción, datos a consignar, profesionales que integran los equipos interdisciplinarios que evaluarán a los postulantes, conformación del legajo y resultado de las evaluaciones a consecuencia del cual se elaborarán dos listados de aspirantes los admitidos o denegados.

Dispone el plazo de un año calendario de vigencia de la inscripción en el registro, luego de lo cual se deberá en forma personal ratificarse personalmente por los interesados, lo que de ocurrir produce la exclusión automática de los mismos.

En este capítulo se establece como requisito esencial de los peticionantes, hallarse en condición de admitidos en el correspondiente registro para acceder al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos.

Finalmente establece que no es necesario inscribirse en el registro cuando se trate de una adopción integrativa.



## **Conclusiones Parciales**

Teniendo en cuenta el breve recorrido realizado por los instrumentos legales que conforman el ordenamiento jurídico vigente, se identifican en este los pilares fundamentales que hacen a la configuración de un efectivo Sistema de Protección de derechos de la Niñez y Adolescencia.

La estructura piramidal – jerárquica, característica de nuestro ordenamiento normativo, presenta una visible unidad y coherencia, reflejada de modo descendente, desde la cúspide de la pirámide en que se ubica la constitución nacional junto a los tratados de derechos humanos, hasta las leyes provinciales.

En este sentido exceptuando al artículo 611 del Código Civil y Comercial, la mayoría de los instrumentos no contiene referencia explícita a la prohibición de la guarda de hecho en las condiciones en que el CCCN lo hace. No obstante, se identifican en la citada normativa los argumentos jurídicos, presentes en leyes, doctrina y jurisprudencia, sobre la procedencia o no de la guarda de hecho.

Es decir que las posiciones a favor y en contra de esta guarda se sustentan en este mismo marco legal, pero asumiendo perspectivas diferentes; tal como se señaló respecto al principio rector del sistema: el interés superior del niño ya sea para negar o convalidar una guarda de hecho.

Los principios y fundamentos constitucionales atravesados por las doctrinas en relación a la niñez y adolescencia, la numeración de los derechos específicos de estos sujetos, los dispositivos institucionales de intervención con sus correspondientes medidas (aspectos estos contenidos y regulados por nuestra legislación) tienen su aplicación en situaciones concretas de vulneración de derechos a través del estado en su faz administrativa y jurisdiccional, ambas con la finalidad de garantizar y efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **Capítulo 2. Adopción. Guarda. Medidas de Excepción.**

### **Introducción**

En este capítulo siguiendo la perspectiva de análisis de lo general a lo particular se presentarán; en primer término, los cambios sustanciales producidos en el derecho de familia a partir de la sanción del código civil y comercial de la nación, que implico que esta rama del derecho diera reconocimiento legal a situaciones de hecho no reguladas hasta su sanción, de las cuales se mencionarán algunas de las más relevantes.

Posteriormente se desarrollará el instituto jurídico de la adopción identificando el entrecruzamiento que se produce entre los roles administrativo y judicial del estado, a través del articulado del CCCN y la ley 26.061, a las que se considera complementarias, prestando especial atención a las medidas de protección y excepcionales, ya que estas últimas podrían configurar un acto administrativo de entrega directa ante el incumplimiento de uno de sus requisitos fundamentales que es el tiempo de duración de la medida.

Finalmente se abordarán los conceptos y regulación legal de la guarda con fines de adopción de acuerdo con lo establecido en el art. 611 y siguientes del CCCN y la prohibición de la guarda de hecho, tanto en el actual régimen como en el derogado código civil.

El desarrollo de estos contenidos posibilitará avanzar dentro del ordenamiento jurídico vigente hacia los contenidos específicos que definen y regulan las figuras objeto de este trabajo de investigación, sentado bases sólidas legales para el análisis en capítulos posteriores, en que se presentará jurisprudencia de las posiciones a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción.

### **2.1 Derecho de Familia.**

En nuestro país las normas que regulan el derecho de familia se encuentran en preceptos de nivel constitucional e infra constitucional.

El derecho de familia es, según la definición de Belluscio (2002), el conjunto de normas jurídicas que reglamentan las relaciones familiares, o en un concepto más amplio, predica que el derecho de familia es una rama del derecho civil compuesta por las normas jurídicas que regulan las relaciones familiares y cuasi familiares.

Esta rama del derecho presenta entre sus características fundamentales; la de contener en la mayoría de sus preceptos el orden público familiar. Esto tiene como

consecuencia que no se rigen las relaciones de familia por la autonomía de la voluntad e intereses individuales, sino que se impone sobre ambos; el interés familiar del Estado, es decir, el orden público. Esto implica que las normas, que regulan el derecho de familia son imperativas y no supletivas.

No obstante, lo señalado existe una limitada autonomía de la voluntad, que puede ejercerse en la medida que no afecte los contenidos del orden público que inspiran la respectiva institución familiar.

Esta rama del derecho tuvo cambios significativos en la regulación de sus institutos que se sistematizó a través del articulado del nuevo CCCN, en lo referido específicamente a las relaciones de familia.

Tales modificaciones encuentran su correlato en las profundas transformaciones que tanto la sociedad como la familia han experimentado en las últimas décadas, que dada la habitualidad de su ocurrencia requerían ser normativizadas por el derecho, en este caso de familia.

## **2.2 Adopción.**

Tal como se indicará en la introducción del capítulo se entiende que este instituto jurídico implica un proceso, surgido de los textos del CCCN y la Ley 26.061, que a su vez evidencia el entrecruzamiento entre ambos cuerpos legales, considerándose a las medidas de protección y excepcionales como las bisagras que generan el puente entre uno y otro sistema legal.

La sanción de la ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes puso en vigencia el nuevo paradigma que considera al niño como un sujeto de derecho, con capacidad de ejercicio de estos, acorde a la adquisición de autonomía progresiva, fundada en su edad y grado madurez para comprender las situaciones que lo afectan, las alternativas de solución y la posibilidad de una participación en la toma de decisiones que le conciernen.

Desde esta perspectiva el CCCN presenta en su artículo 594<sup>4</sup> el concepto de adopción la cual tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir 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.

---

<sup>4</sup> Artículo 594. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.

Es decir, se trata de un instituto jurídico destinado a proteger los derechos de la niñez y adolescencia, en este caso a vivir y crecer en una familia que por causas específicas no es la biológica. De acuerdo con esto se considera que:

\*la adopción debería ser la excepción, la última opción, luego de agotadas todas las instancias de intervención de las políticas públicas apuntadas al fortalecimiento familiar,

\*no se trata de garantizar el derecho de los adultos a ser padres sino el de los niños a crecer en familia.

En este sentido la familia es el ámbito natural en que se garantiza al niño la cobertura de sus necesidades / derechos desde su gestación, crecimiento y desarrollo hasta alcanzar progresivamente su autonomía. En esta tarea es acompañada por el Estado que proporciona los recursos que responden a necesidades de mayor complejidad como la atención de la salud, la educación formal, ingresos básicos para cobertura de necesidades (AUH) entre otras, a fin de efectivizar derechos por él reconocidos.

Para el niño crecer en familia implica la adquisición de valores, modos de ser y estar en la sociedad, de asimilar la cultura que lo rodea y de la que es parte. Este ciclo normal en que se garantiza y efectivizan derechos a la niñez y adolescencia, puede verse alterado por situaciones de vulneración de estos, que activan los mecanismos dispuestos por la ley 26.061, para la restitución de los derechos vulnerados y en su caso para el inicio del proceso de adopción, también regulado legalmente por el CCCN.

El paradigma de la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes acorde a lo sostenido en los textos de los tratados y leyes locales que le otorgan existencia legal, tiene como prioridad al niño sujeto de derechos, planteando todos los mecanismos y dispositivos de intervención para que este se desarrolle y crezca en su centro de vida, que en general es el que comparte con su familia de origen, donde se desarrolla su cotidianeidad

El ámbito familiar se considera privado y preservado de la intromisión de las instituciones estatales, lo que no implica que ante situaciones de vulneración o lesión de derechos no se deba intervenir, por el contrario, esto último resulta obligatorio. Se trata de identificar el punto de equilibrio entre lo público y lo privado, la intervención obligatoria que corresponde al estado ante la vulneración de derechos y el necesario respeto por la intimidad de la familia.

Otro aspecto que da cuenta del entrecruzamiento entre las leyes 26061 y el CCCN, son pilares en que se fundamenta y legitima el sistema de protección integral de los derechos de los N. N. y A., en el plano nacional e internacional, y los principios que rigen la adopción, explicitados en el artículo 595 del CCCN:

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 de la Nación, 2.014, p.266).

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia para que la familia pueda cumplir con esta responsabilidad

Afirma Herrera (2014), las políticas públicas tendientes al fortalecimiento familiar son uno de los ejes centrales o columna vertebral del mencionado Sistema de Protección Integral y por ello, en la regulación de la adopción y más precisamente en la enumeración de sus principios se expresa el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. ¿Cómo saber cuándo se han agotado estas instancias? Cuando se han desplegado diferentes acciones destinadas al fortalecimiento de la familia de origen y ello no ha dado resultados satisfactorios, no siendo beneficioso para el niño permanecer en el núcleo social de pertenencia. (p.57).

Es en este punto en el que entrelazan y articulan las políticas públicas de carácter preventivo y asistencial, las medidas de protección, las de excepción, y la declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

Por último, se mencionan los demás capítulos correspondientes a este título a fin de tener una visión completa de la regulación del instituto de la adopción a través

del articulado del CCCN (2.015) que establece en el capítulo 1: acerca de las disposiciones generales, los mencionados artículos 594 y 595; capítulo 2: declaración judicial de la situación de adoptabilidad, capítulo 3: Guarda con fines de adopción, Guarda de hecho. Prohibición, capítulo 4: juicio de adopción, capítulo 5: tipos de adopción: a) plena, b) simple, c) de integración, y capítulo 6: nulidad e inscripción, nulidades absolutas, nulidad relativa, normas supletorias, inscripción (art. 596 a 637).

### **2.3 Sistema de Protección Integral: Medidas de Protección y Excepcionales.**

#### *Medidas de Protección Integral de Derechos.*

Retomando la idea expresada en el apartado precedente en el que se señalaba el entrelazamiento y articulación entre las políticas públicas de carácter preventivo y asistencial, las medidas de protección, las de excepción, y la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, interesa realizar las siguientes consideraciones respecto de este vínculo.

De lo planteado hasta el momento surge claramente que los derechos humanos de NN y A, en nuestro país adquieren rango constitucional con la incorporación de la Convención sobre los derechos del niño mediante art. 75 inc. 22 cuyos, principios, pilares y postulados son plasmados en el ordenamiento nacional, ley 26.061 y en los ordenamientos locales, dando origen al sistema de protección integral de derechos de los NN y A.

Tal como se expresó, este sistema implica mecanismos de intervención que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos a este grupo social. Compromiso que atraviesa al estado en su faz ejecutiva, legislativa y judicial debiendo asegurar dispositivos necesarios y adecuados para resolver situaciones de vulneración de derechos.

Partiendo de considerar al niño como sujeto de derecho que requiere la protección integral de los mismos en todas las dimensiones de su vida, se plantea que dentro del sistema de protección se genera un proceso de intervención, legalmente establecido, cuyo fin es garantizar los derechos del niño acorde su autonomía progresiva.

Ante situaciones de vulneración se inicia este proceso que pone en movimiento al sistema integral con las medidas de protección cuya responsabilidad corresponde a instituciones que operativizan las políticas públicas de niñez y adolescencia de carácter

social, sean estas de emergencia, asistencia o prevención. Al respecto señala la ley 26.061 (2.005) que las medidas de protección son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

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

Continúa el texto de la ley:

Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias... Son medidas de protección comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: las tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; asistencia integral a la embarazada; inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar, cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa, tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes, y asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa (Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niño y Adolescentes, 2.005, pp. 1010 -1011).

Siguiendo el proceso antes mencionado dentro del sistema, ante el resultado negativo de esta primera intervención y continuando la situación vulneración de derechos, la ley dispone la intervención de los organismos administrativos locales pertinentes creados por la norma con el objeto de preservar, restituir o reparar las consecuencias de estas situaciones contemplando también aquellas que impliquen amenaza o violación de derecho y garantías de uno o varias N. N. y A. individualmente considerados, pudiendo los mismos tomar nuevas medidas de protección o excepcionales.

Al no lograr el cese de la situación de vulneración de derecho, resultando imposible que el N. N. y A. continúe en ese contexto familiar de origen o ampliado, el O.A.L.<sup>5</sup> evalúa y decide la separación del niño de este y la inserción en otro ámbito de manera transitoria hasta que se decida si regresará con su familia o integrará otro núcleo familiar a través de la adopción.

Finalmente, cabe señalar que será la gravedad de la situación la que determine que la primera intervención de protección sea realizada por el efector del sistema que sea pertinente, o resultando el proceso descrito inverso, es decir, iniciarse con la toma de medidas excepcionales para la restitución inmediata de los derechos.

*Medidas Excepcionales.*

Estas junto a las medidas de protección, conforman el sistema de protección integral de derechos. Se las define y regula a partir del artículo 39 a 41, estableciendo que:

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

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niño y Adolescentes, 2.005, p. 1011)

Continúa el articulado estableciendo los plazos de duración de estas medidas:

Serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente

---

<sup>5</sup> Órgano Administrativo Local de Protección de Derechos.



deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes (Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niño y Adolescentes, 2.005, p.1011).

Finalmente, la norma indica los criterios para la adopción de las medidas establecidas en el artículo 39:

- a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;
- c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;
- d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;
- e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;
- f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo (Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niño y Adolescentes, 2.005, p.1012).

Como lo establece la ley estas medidas son tomadas por el órgano administrativo local con control judicial, cumplido los plazos establecidos por la ley y sus prorrogas en función del principio de garantizar el interés superior del niño, efectivizando en este caso su derecho a vivir en familia, es el órgano judicial competente el que debe continuar interviniendo y decretar la finalización del trabajo con la familia de origen y el comienzo del proceso de adopción. Para esto el CCCN

establece una regulación que puede dar lugar a la adopción de un niño tras un determinado proceso, que desde una mirada integral implica dos instancias judiciales: la declaración de situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha.

A los fines de este trabajo resulta relevante considerar el cumplimiento de los plazos previstos por la ley para la finalización de las medidas excepcionales, *¿Pueden las medidas excepcionales cuando se incumplen sus plazos y condiciones considerarse un acto administrativo que genera una guarda de hecho?* Este contenido se desarrollará oportunamente en los siguientes capítulos al abordar la guarda de hecho.

No obstante, puede adelantarse que el incumplimiento de estas medidas fundamentalmente en lo relativo a los plazos con el transcurso del tiempo (más de un año) genera una situación irregular en la que el niño convive con la familia cuidadora con una medida sin vigencia y sin ninguna una figura específica que regule la nueva situación que resulta equiparable a una guarda de hecho originada en un acto administrativo, cuyo origen es legal.

#### **2.4 Guarda con fines de adopción: guarda de hecho. Régimen Legal anterior y vigente.**

En el marco del proceso de adopción, en el capítulo que regula la guarda con fines de adopción, el art. 611 del código civil y comercial de la nación (2.015); establece la prohibición de la guarda de hecho. Su procedencia o no a los fines de la adopción ha generado controversia en la doctrina, identificándose un sector que sostiene su admisibilidad y otro que sustenta la posición contraria, fundamentándose ambos enfoques en argumentos jurídicos a favor y en contra de su aceptación.

Esta contradicción también se evidencia en los fallos judiciales en uno y otro sentido; es decir; convalidando estas guardas en algunos casos y en otros no. Teniendo esto en cuenta surge el interrogante por *¿Cuáles son los argumentos jurídicos a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción?*

En principio debe señalarse que este interrogante no resulta válido si se tiene en cuenta la prohibición del art. 611 del CCN.

Lo que posibilita este cuestionamiento, la hipótesis y el análisis de los argumentos jurídico a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho es que, no obstante, la citada prohibición legal se presenta ante el sistema judicial casos de

guardas de hecho solicitando su consideración al momento de peticionarse formalmente la guarda preadoptiva del niño resultando judicialmente convalidadas.

Esto implica que la autoridad judicial al dictaminar sobre estas situaciones posicionadas en el marco legal vigente debe evaluar las disposiciones de este y las situaciones fácticas puestas a su decisión que hacen al desarrollo integral del niño y la garantía de su interés superior.

De modo que la decisión judicial de la procedencia o no de la guarda de hecho, implica discernir entre; acorde lo establecido por el artículo 611 del CCCN, separar del núcleo familiar conocido al niño, vulnerando el derecho a mantener su centro de vida, crecer y desarrollarse con su familia conocida, dada la ilegalidad de la situación de guarda de hecho en que se encuentra, o bien, en consideración a los factores señalados, convalidar esta guarda a los fines de la adopción, lo cual está en contradicción con la prohibición legal establecida por el CCCN.

La doctrina ha definido la guarda y el concepto de guarda de hecho afirmándose que la guarda como figura jurídica, regula legalmente una situación natural, habitual y propia de las relaciones de familia; la cotidiana convivencia entre sus miembros; que comprende, además, el deber familiar /parental de garantizar la efectivización de los derechos y necesidades del niño, funcionando la norma como un factor de protección respecto de la posible vulneración de estos. La necesidad de la injerencia del estado en este ámbito privado se sustenta en la relación asimétrica de poder entre los dos polos de esta relación familiar que son: por una parte, los adultos (padres) y por otra los niños (hijos).

Expresa Santangelo que la doctrina distingue cuatro clases de guarda:

- a. Guarda originaria: que es la que corresponde a los padres.
- b. Guarda derivada: que es la que ejerce el tutor.
- c. Guarda delegada: tiene característica de aparecer desmembrada de la responsabilidad parental, desvinculada de ella ya que la ejerce quien es designado por el padre tutor, o en su caso institución estatal y/o judicial que ejerce su cuidado; y es delegada porque se le otorga al guardador la función que le corresponde a estos.
- d. Y por último la guarda de hecho que se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación el juez, por propia decisión, toma un niño a su cargo. Esta guarda fáctica no es delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad alguna, ya sea administrativa o judicial y por lo tanto no existe

evaluación alguna de la idoneidad del guardador ni del interés del niño. Sin embargo, quien ejerce la guarda de hecho asume una función de protección respecto del niño que, si bien se desarrolla en un marco de precariedad, no puede negarse que produce consecuencias jurídicas y deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo (Santangelo, 2.003, pp. 48-49).

Teniendo en cuenta la regulación actual del CCCN; en los artículos 611 a 614; en los que se especifica lo relativo a la guarda con fines preadoptivos, se considera de importancia considerar el principal antecedente legislativo respecto de esta figura; la Ley Nacional N° 24.779/97. Esta da estricto carácter judicial a la guarda, suprimiendo expresamente la guarda otorgada por escritura pública u órgano administrativo desdoblando el proceso judicial para obtener la adopción; por una parte, el proceso para la guarda con fines de adopción y luego el procedimiento judicial de adopción propiamente dicho, antes se requería solo el juicio de adopción.

Retomando el trabajo de Santangelo manifiesta la autora que:

Con anterioridad a la sanción de la ley 24.779 , se consideraba suficiente que la guarda previa del menor se acreditara al momento de solicitar la adopción dado que para estas leyes se trataba de una situación fáctica que no necesitaba aprobación del juez...de la redacción del art. 11 de la ley 19.134 se deducía la posibilidad de que el menor fuera entregado en guarda por ante órgano administrativo o bien por instrumento público...Esta práctica mereció numerosas críticas de la doctrina, ya que excluía del ámbito judicial las guardas preadoptivas y por lo tanto se hallaban excluidas de todo control generándose un sinfín de situaciones irregulares...la ley 24.779 establece por primera vez un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, en el cual el juez deberá discernir la guarda de quien o quienes pretenden adoptar al niño en el futuro (Santangelo, 2.003, p. 49).

Es en la mencionada ley en su artículo 318 que se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores por escritura pública o acto administrativo, es decir la guarda de hecho.

Los dos últimos puntos analizados, tipos de guarda y el principal antecedente legislativo, dan cuenta de la evolución; por una parte; del derecho respecto de la regulación de estas guardas de hecho donde hay aceptación en tanto se mantienen fuera de la órbita jurisdiccional, pasando a la expresa prohibición de estas en la normativa vigente; y por otra parte; de la doctrina que avanza a través de las controversias en el reconocimiento e introducción, mediante sus elaboraciones

conceptuales, de los cambios de paradigmas, principios y pilares sobre los que se ha sustentado el derecho de la niñez y adolescencia.

Se identifica también en la legislación un cambio en dos sentidos:

\*uno hacia la flexibilización en cuanto a la disminución de los requisitos de edad y tiempo de guarda preadoptiva previo a la adopción definitiva,

\*el segundo hacia el aumento de las restricciones y actual prohibición expresa en el CCCN respecto de la guarda de hecho cualquiera sea su modalidad de otorgamiento mediante el art. 611 del mismo, estableciéndose además por ley la creación de un Registro Único de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción, a través del que se regula todo lo vinculado a las guardas preadoptivas.

Tal como surge de lo expuesto hasta el momento en este trabajo y de los fallos judiciales que se analizarán en el capítulo tres y cuatro, se afirma que en general y en la mayoría de los casos ha prevalecido la posición doctrinaria a favor de la procedencia de la guarda de hecho, fundada en el interés superior del niño.

Junto a este marco legal vigente se encuentra la situación fáctica de convivencia del niño con la familia guardadora, prolongada en el tiempo, que implica fuertes vínculos psico – emocionales, una dinámica de funcionamiento e identidad como grupo familiar y la cobertura de las necesidades básicas del niño, que constituyen a la vez sus derechos.

Esta posición doctrinaria no obliga al Juez a validar en todos los casos estas guardas de hecho, sino que deberá analizar en cada situación todos los elementos citados entre otros para su valoración al momento de decidir sobre la continuidad o no de la guarda, su procedencia, consideración a los fines de la adopción o el cese de esta.

Tanto en estas situaciones a valorar por el Juez como en aquellas guardas de hecho originadas legalmente en las medidas excepcionales prolongadas en el tiempo se coincide con los argumentos sostenidos por las posiciones a favor presentados en los párrafos precedentes, por los que las guardas de hecho deberían ser procedentes a los fines de la adopción, es decir, equiparables a la guarda preadoptiva, legalmente regulada.

Finalmente, una breve presentación y reflexión respecto de la normativa vigente a partir de la sanción del CCCN.

El código unificado asume una modalidad de regulación de las distintas ramas del derecho que contiene que puede caracterizarse como esencial, general, de

presupuestos mínimos posibilitando de esta manera su convivencia sin contradicción con legislaciones específicas de las áreas por el reguladas como en este caso el derecho de familia.

Este señalamiento resulta útil respecto a tanto a la Ley 26.061 (2.005) como a la ley 25.854 de creación del registro único de aspirante a la guarda con fines de adopción (2.003), ambas anteceden al nuevo código, el cual reconoce principios y conceptos contenidos en estas, que profundiza y amplía.

En cuanto a la guarda de hecho, como se ha expresado a lo largo de este capítulo, el código establece su prohibición lo cual resulta coherente y complementario a lo normado en la ley 25.854.

En síntesis, actualmente la guarda de hecho no es procedente a los fines de la adopción acorde la norma legal vigente estando regulados los requisitos para la validez de la guarda a los fines de la adopción.

### **Conclusiones parciales**

A partir de precisar el ordenamiento jurídico que regula la guarda con fines de adopción, siguiendo el criterio de lo general a lo particular, en principio se han señalado los cambios a nivel de derecho de familia, considerando que es una de las ramas que más modificaciones ha experimentado lo cual encuentra su correlato en las transformaciones experimentadas por la familia, lo cual da lugar a nuevas relaciones que ha requerido del reconocimiento y regulación del derecho.

A los fines de este trabajo adquieren relevancia las disposiciones del CCCN respecto de la adopción, visualizando a este instituto jurídico como un proceso cuyo punto de partida es la guarda con fines preadoptivos, siendo el art. 611 el que regula la prohibición expresa de las guardas de hecho surgidas de las entregas directas, especificando que no serán consideradas a los fines de la adopción.

En este proceso adquiere un rol fundamental el Estado a través de su faz administrativa con el Sistema de Protección Integral de Derechos (Ley 26.061) en tanto política pública, el cual, agotadas sus estrategias de intervención frente a la vulneración de derechos de un N.N. y A., da paso a la otra faz del estado, la judicial a fin de definir la situación del niño a través del proceso de adopción.

Finalmente se han presentado situaciones en que la guarda de hecho ha sido convalidada en el ámbito judicial, esto fundamentado en el Interés Superior del niño, teniendo en cuenta el caso particular y los vínculos familiares establecidos.

## **Capítulo 3. Posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho.**

### **Introducción.**

En este capítulo, afirmando la existencia de posiciones antagónicas respecto de la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción, se presentarán los argumentos jurídicos sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia, en los que se encuentran los fundamentos para la admisibilidad de esta.

Cabe señalar que se toma como central el fallo Forneron en este capítulo y en el siguiente en que se desarrollaran las posiciones contrarias a las que a continuación se presentan. Esto dado que al recorrer los argumentos brindados en las diferentes instancias judiciales en que el caso se debatió se encuentran fundamentos de ambas posiciones; en este capítulo interesan los que sostienen de la admisibilidad de la guarda de hecho con fines a la adopción.

### **3.1 Antecedentes Doctrinarios**

La doctrina ha defendido el derecho de los padres de elegir el guardador de sus hijos, entendiendo que el art. 318 del código civil derogado prohibía el otorgamiento en guarda con fines de adopción por intermedio de escritura pública. No obstante, lo mencionado no constituye una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni imposibilita a los progenitores elegir quiénes van a ser los guardadores de sus hijos ya que todo lo que no está prohibido está permitido. Esta posibilidad se desprende del ejercicio de la responsabilidad parental admitiéndose la autonomía de la voluntad materna en la selección de los futuros adoptantes.

Se ha expresado, también que:

La intervención del estado en las relaciones de familia siempre es subsidiaria de la voluntad familiar, esto implica que los organismos estatales competentes sólo pueden tener injerencia en la guarda de los menores cuando los padres no han realizado previsiones sobre ello, de lo contrario se incurría en contradicción con el principio de subsidiariedad de la intervención pública (Fernández, 2014, p. 20).

Otro de los argumentos que expresados a favor del derecho de elección de los progenitores es que en el mismo ordenamiento existen normas que lo permiten en relación con otros institutos, tal como el anterior artículo 383 (actual art. 106) que

admitía -y continúa haciéndolo- esta facultad de la designación por el padre del tutor para sus hijos menores.

Con relación a esta argumentación manifiestan desde esta posición, que los jueces deben tener la misma actitud con los progenitores que eligen a quien dar sus hijos en adopción que con la mujer que designa un tutor testamentario. Tratándose en el tema de la tutela, cualquiera sea su tipo, el juez es quien debe discernir el cargo del tutor previa evaluación de idoneidad de quien pretende su ejercicio. Analógicamente esto debería aplicarse a la adopción, es decir, que la madre puede elegir y entregar en guarda a su hijo, ya que en ambos casos el juez deberá evaluar y verificar las condiciones de los designados antes de admitir la tutela o sentenciar la adopción.

Es desde esta concepción que se cuestionan las razones por las cuales los progenitores no deberían ser acompañados por el Estado en la toma de esta decisión tan trascendente:

Existe un prejuicio negativo en relación con este acto decisorio, fundado en la situación de pobreza de las madres, la presunción de actitudes fraudulentas y la generalización de estas conductas como ilícitas, cuando prima el principio jurídico de buena fe y la inocencia (Fernández, 2.014, p.291)

En el marco de esta postura del derecho de los progenitores se ha afirmado que, considerando la totalidad del ordenamiento jurídico, desde una visión integral, no se encuentra ninguna norma positiva, ni principio de Derecho que prohíba a una mujer elegir a quien va a entregar a su hijo con miras de adopción. Por el contrario, se afirma que la madre tiene el deber de proteger a su hijo y “es en esta regla del Derecho Natural que encuentra su fundamento su derecho a entregarlo en guarda, a quien quiera, por los motivos que considere, siempre que estos sean lícitos y no pongan al niño en peligro” (Fernández, 2.014., p. 292).

Se acuerda con lo planteado en el desarrollo de este argumento considerándose que esta autonomía de la voluntad debería extenderse al progenitor (padre) en todos los casos en que esto sea posible, a fin de evitar futuros conflictos judiciales por la custodia del niño, plan de parentalidad etc., entre este y los guardadores elegidos solo por la madre como sucedió en el caso Forneron, según lo refleja el relato de los hechos del fallo judicial que se analizará.



Para quienes sostienen esta visión, emerge centralmente la consideración del principio rector del sistema de protección integral; el “interés superior del niño” que debe ser considerado en cada caso concreto.

Esta argumentación implica contraponer, por una parte; el considerar cada situación particular debido al citado principio, lo que tornaría admisibles las situaciones de guarda de hecho; y por otra; la aplicación de la prohibición legal que imposibilita la misma.

En este sentido, la autora de este trabajo sostiene como contenido que define el principio del Interés Superior del niño; la efectivización de los derechos de estos, la debida atención y cobertura de sus necesidades, la relación entablada con los guardadores, los fundamentos de la elección de los progenitores del niño, el tiempo de convivencia transcurrido desde la entrega del niño al momento de analizar la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción, la cual priorizando los fundamentos señalados debería ser admitida por el Juez.

Algunas voces se han interrogado respecto de la operatividad del mecanismo registral frente a la redacción del artículo 611 cuestionando:

La prevalencia de este instrumento ante la falta de adhesión de varias provincias, esto dado que las mismas no quieren ver violada su autonomía en lo que respecta a la selección de adoptantes y la imposibilidad de armonizar el listado nacional con los listados provinciales; señalan la comparación entre una minoría de provincias adherentes al sistema y las ajenas a él, sumado a las normativas provinciales proclives a priorizar la adopción en a favor de adoptantes domiciliados en la provincia donde se decretó la adoptabilidad del niño, que por lo general suele ser su lugar de nacimiento... Otra de las críticas a la opción legislativa adoptada (art. 611) ha dicho; la mujer que entrega en guarda a su hijo no tiene ninguna obligación de entregarlo al Estado, para que se haga cargo del niño o para que lo institucionalice, vaya a saber dónde, ya que no existe en nuestro país un registro de lugares donde se puede institucionalizar. Sea cual fuere la condición social o económica de la mujer ésta puede elegir a quien entregar a su hijo y la no admisión de este principio es un acto de violencia contra la misma que contraría sus derechos humanos básicos. Del mismo modo que se propone la no intervención judicial esto se extiende a los organismos del sistema de Protección integral de derechos de infancia (Fernández, 2014, p. 313).

Continúa Fernández (2.014) su análisis afirmando que también se ha dicho que es absolutamente coherente con el sistema del CCCN el respeto a la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

Así en un sistema que establece como tercera forma de filiación la “voluntad procreacional” y acepta los convenios de gestación por otro y respeta que la madre gestante entregue a su hijo a la madre social por voluntad de ambas, no puede negarse a respetar la voluntad de la madre biológica de entregar a su hijo en adopción a la persona de su elección menos cuando la une vínculo de afecto o parentesco (Fernández, 2.014, p. 315).

Prosigue con otro de los fundamentos que se han dado para la defensa de la autonomía materna es una pretendida relación “pobreza – intervención estatal”, se ha dicho; no se advierte porque la mujer de condición humilde no tiene iguales derechos para elegir quien guardará a su hijo.

Se ha defendido también que el reconocimiento de la entrega directa como acto jurídico, hace innecesaria la intervención de los efectores del sistema de protección de derechos, correspondiente al ámbito del Poder Ejecutivo por no hallarse el niño en situación de vulneración de derechos.

Finalmente cabe señalar que la adopción es un instituto jurídico que tiende a garantizar el derecho del niño a vivir en familia cuando la suya de origen no puede o decide no criarlo, no es una política pública, por lo cual el análisis de esta figura al igual que de los argumentos respecto de la procedencia o no de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción, siempre será jurídico.

### **3.2 Antecedentes Jurisprudenciales**

Para el desarrollo de este punto se presentan fallos en los que se argumenta y sentencia en favor de la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

En la Jurisprudencia, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cómo los tribunales Superiores de las provincias, y demás instancias provinciales, registran precedentes en los que han relativizado el requisito de inscripción en el registro de aspirantes, frente a realidades de hecho, consolidadas por el paso del tiempo y los

vínculos generados en la convivencia familiar, fundando estas sentencias en el argumento del interés superior del niño, tal como sostiene el artículo tres de la Convención de los Derechos del Niño.

### **3.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Forneron.**

Respecto de este fallo se analizarán los argumentos brindados en las instancias jurisdiccionales provinciales y nacionales previas a la intervención del organismo internacional, ya que en las mismas se falló en favor de la admisibilidad de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

En junio de 2.000, en la provincia de Entre Ríos, nace la niña M, hija la Sra. Enríquez y del señor Fornerón, a la que la progenitora entrega al matrimonio B- Z, residente en la ciudad de Buenos Aires, en guarda a los fines de una futura adopción, hechos estos ignorados por el progenitor. La entrega realizada por la progenitora se documentó en acta formal con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria.

En agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. El proceso judicial que concluye en 2005 con la adopción simple de la niña, en los distintos fundamentos presentados por los magistrados de las instancias judiciales surgen los argumentos a favor de la procedencia de esta guarda.

En cuanto al proceso, de acuerdo con el relato de los hechos, el Sr. Fornerón desde el nacimiento de M. manifestó su intención de hacerse cargo de su hija, realizó ADN que confirmó su paternidad, reconoció legalmente a la niña, fue llamado a comparecer cuando el matrimonio B-Z-solicitó la guarda judicial ante el juez y expresó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada, es decir, de lo planteado resulta viable presumir una posición a favor de la entrega directa por parte de la progenitora (sin tomar en cuenta la oposición del padre) en función del derecho de la madre de poder decidir a quién entregar a su hijo para adopción.

En los fallos a favor de la procedencia de esta guarda de hecho, resultó determinante el factor tiempo, ligado a los vínculos familiares generados por la niña con el grupo familia a través del transcurso de este.

### **3.2.2 Suprema Corte de Justicia de la nación.**

“Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/ guarda preadoptiva”. Sentencia. 19 de febrero de 2008. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Abstención: Petracchi, Argibay”.

En el presente caso la guarda de hecho de la niña V.A.M. se origina en la entrega directa por parte de la progenitora de esta, asimismo el matrimonio se encontraba inscripto en el Registro de Aspirantes a la guarda con fines de Adopción, en el que fueron aceptados.

Posteriormente a que la niña les fuera entregada inician el proceso de guarda preadoptiva, cuya solicitud fue rechazada por la Juez de grado, quien declaró a la menor en estado de patronato, disponiendo la inmediata entrega a ese Juzgado informando a su vez, a la Asesora de Menores para que designe una familia acogedora que cuide de la niña, hasta tanto se defina su situación. Ante esto el matrimonio interpone los recursos correspondientes a cada instancia jurisdiccional previa a la C.S.J.N., que recibe el caso para resolver.

La Suprema Corte otorga la guarda con fines de adopción de la niña al matrimonio solicitante G.-D., en el fallo se plantean e identifican los argumentos jurídicos que fundamentan dicha resolución, tomados del dictamen de la Procuradora Fiscal y de los recursos presentados por el matrimonio G-D. Tanto en estos como en la argumentación de la procuradora resulta posible identificar postulados de las posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho.

El primero de ellos hace referencia a la no existencia en el ordenamiento jurídico de una norma o disposición que prohíba a una mamá entregar a su hijo a los fines de la adopción, esto implica el reconocimiento de la autonomía de la voluntad materna en la selección de los futuros adoptantes.

En este sentido se cuestiona que la intervención estatal -judicial orientada a reintegrar a la niña a la familia biológica, además de no respetar la voluntad materna conlleva una injerencia del estado directa y central en las decisiones respecto de la niña, contrariamente a lo que sostienen las citadas posiciones, respecto a dicha intervención, la cual debe ser subsidiaria de las relaciones de familia.

Se considera que tanto el matrimonio como los jueces que fallaron en el proceso, tomaron como eje el interés superior del niño, pero considerando el contenido de este desde perspectivas opuestas.

Es decir, para el matrimonio al igual que la procuradora, debe valorarse dicho interés en función del caso concreto, de la realidad de la niña, priorizando su bienestar integral y evitar futuras consecuencias que perjudique su adecuado desarrollo.

En tanto para los jueces, las normas y disposiciones del proceso de adopción que en este caso no fueron debidamente cumplimentadas, vulneran dicho principio. Este razonamiento implica rigidez frente al caso.

Se considera que frente a estas situaciones de guarda de hecho que solicitan ser consideradas procedentes a los fines de la adopción por el órgano judicial, al momento de sentenciar, los magistrados deberán procurar el justo equilibrio entre la valoración del caso concreto; y las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico; donde el eje prioritario sea el interés superior del niño y la garantía de sus derechos, en este caso especialmente el crecer y desarrollarse en una familia.

“M. M. S. s/ guarda”. Sentencia. 27 de mayo de 2.015. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.”

La niña M.S.M. nacida en 2012 en CABA desde su quinto día de vida se encuentra al cuidado de la solicitante de la guarda mediante entrega efectuada por la madre biológica de la niña, documentada en un instrumento privado. La guardadora inició el proceso judicial de guarda con miras a la adopción del bebé.

En diciembre de 2013 la Juez ordenó la derivación de la niña a un hogar de tránsito o familia de acogimiento a designar por la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad, decidiéndose finalmente su inclusión en un hogar convivencial, al que la niña ingresó en 2014, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por el Ministerio de la Defensa.

Esta decisión fue apelada por la guardadora ante la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que revocó la sentencia de primera instancia y ordenó la urgente restitución de la niña a quien fuera su guardadora de hecho, previa entrevista personal con esa parte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara que revocaba el fallo de primera instancia; por lo que ordenó restituir a la menor a su guardadora de hecho.

Del relato de los hechos del caso surge que el modo en que la guardadora accede a la niña resulta contrario al ordenamiento jurídico vigente. No obstante, tal como

argumentan las posiciones a favor de la guarda de hecho, la entrega directa permitió en este caso, el pleno ejercicio de autonomía de la voluntad materna, es decir su facultad de elegir a quien dar a su hija en adopción, según lo declarado por la misma ante la Juez de primera instancia.

A pesar de esto se decide la separación de la niña de la pretensa adoptante, lo cual, siguiendo la línea de análisis planteada, implica por parte de la magistrada una aplicación rígida de las disposiciones normativas respecto del proceso de adopción, la guarda preadoptiva y la prohibición de la guarda de hecho, por encima de los derechos en este caso concreto de la madre biológica y de los que definen el interés superior del niño.

En esta definición lo que subyace al conflicto jurídico planteado, es la relación afectiva, ya establecida por la niña y su guardadora, por lo que se considera que el conflicto a discernir por los magistrados intervinientes es en este caso entre las disposiciones normativas (leyes) que regulan las relaciones de familia, específicamente el proceso de adopción y los derechos del niño, regulados por la ley 26.061.

Se considera que dicho conflicto se supera en la prudente valoración del caso concreto a la luz del interés superior de la niña, configurado en este caso por mantener la situación de convivencia con su guardadora, es decir, la pertenencia y permanencia en un espacio que garantice estabilidad para su desarrollo integral. En otras palabras, que se mantenga su centro de vida hasta el momento junto a la guardadora, hecho que efectiviza el derecho a crecer y desarrollarse en familia.

El cambio de situación que determina el fallo de primera instancia somete a la niña nuevamente a la vulneración de sus derechos; suponiendo otra separación afectiva, otra entrega, esta vez judicial a una familia conforme lo establece el proceso legal, que conlleva una nueva adaptación al grupo familia al que ingresará, de lo que resulta imposible determinar el impacto que tendrá en el normal desarrollo psico- emocional de la niña y las posibles consecuencias negativas sobre este.

### **3.2.3 Supremos Tribunales Provinciales.**

“V. A. / medida de abrigo. 29 de agosto de 2.017. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Hilda Kogan, Eduardo Julio Pettigiani, Héctor Negri, Eduardo Néstor De Lazzari, Daniel Fernando Soria, Luis Esteban Genoud y Carlos E. Camps –secretario.”

Se considera necesario realizar dos señalamientos previos a la exposición y análisis de los argumentos jurídicos de este fallo.

El primero de ellos es con referencia a la significación del concepto medida de abrigo. En el marco de la Ley N° 26.061, a las que las provincias deben adherir dictando sus normativas específicas en materia de niñez y adolescencia, es que la provincia de Buenos Aires sanciona la Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, N° 13.298, y sus complementarias, modificatorias, decretos reglamentarios y administrativos.

Es en las disposiciones del decreto reglamentario 300/05 y en la resolución Ministerio de Desarrollo Humano 171/07,05 que se encuentra la denominación medidas “abrigo” y en el caso de este último, se presenta la opción de la guarda institucional, regulando, ambas medidas, en forma genérica la permanencia excepcional y provisional del niño fuera de su ámbito familiar, por lo que resultan equiparables a las excepcionales dispuestas por la Ley N° 26.061.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón confirmó la sentencia de primera instancia que, a su turno, revocó la guarda de los niños A. V. y M. V., oportunamente otorgada al matrimonio integrado por A. E. M. y G. J. M., y dispuso el reingreso del menor M. al "Hogar de Niños Pastor Pascual Crudo" ordenando la realización, con carácter de urgente, de una nueva búsqueda y selección de aspirantes que satisfagan las necesidades y requerimientos de los niños. Se interpuso, por los señores G. J. M. y A. E. M., recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En agosto de 2017, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para pronunciar sentencia definitiva en la causa “V., A. Medida de abrigo”.

El Tribunal hace lugar al recurso presentado y revocar la sentencia impugnada, por lo que corresponde mantener la guarda con fines de adopción de M. con el matrimonio compuesto por los señores G. J. M. y A. E. M.

Tal como se aclara en los señalamientos realizados previo a exponer el fallo, la carátula de autos da cuenta de que se trata de una guarda de hecho otorgada en el marco de las medidas de abrigo, dispuestas por el sistema de promoción y protección de derechos de la provincia de buenos aires. Estas resultan equiparables a las medidas excepcionales de la ley 26.061, ambas implican que los órganos o servicios de protección local de derecho, transitoriamente excluyan al niño del núcleo familiar de

origen, para permanecer en otra familia (cuidadora, alternativa) o en una institución creada a tal fin.

Es decir, en función de la revocatoria de las instancias anteriores de la guarda otorgada, conforme al marco legal de la provincia en que se presenta el caso, la misma puede ser considerada como entrega mediante acto administrativo con control de legalidad, este último judicial.

En este caso se evidencian los argumentos jurídicos de las posturas a favor de la procedencia de la guarda de hecho, todos ellos dando contenido al interés superior del niño entre los que se destacan la consideración de los derechos del niño por encima de los requisitos y formalidades legales, razonar considerando las particularidades del caso concreto, valorar el centro de vida a partir de los lazos afectivos creados por el niño con la familia a la que reconoce como propia, en la que adquiere estado de hijo e identidad puesto que convive con esta desde los cinco meses y el tiempo transcurrido como factor de consolidación de este vínculo familiar.

Se observa la importancia dada al momento de confrontar la situación de hecho con el derecho, a los informes periciales de las áreas psicológica y social, analizados a la luz del ordenamiento jurídico vigente a nivel nacional y provincial, siendo el eje central de este análisis el interés superior del niño. El cual se define en relación con las circunstancias particulares de este caso de garantía y efectividad de los derechos del niño M. en su núcleo familiar actual, los cuales, al no encontrarse vulnerados, permiten priorizar esta situación de hecho sobre normativas y requisitos legales

“G. L. G. y A. I. H. / guarda y tenencia con fines de adopción plena- Casación Civil. 27 de marzo de 2.014. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. Eduardo José Ramón Llugdar -Sebastián Diego Argibay - Raúl Alberto Juárez Carol. Dra. Isabel M. Sonzini de Vittar- Secretaría.”

En este caso el Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero (2.014), admite una guarda de hecho considerándola válida a los fines de la adopción fundamentando esto en la comprensión en este caso particular de que se encuentra debidamente garantizado el interés superior del niño y que debe privilegiarse por encima de los requisitos formales que en este caso tuvieron un cumplimiento irregular.

En este sentido se hace referencia a que la guarda se originó a partir de que la madre biológica le entregó al niño en forma directa, a los solicitantes dejando



constancia de ello en una escritura pública. Se considera a este instrumento como prueba del tiempo transcurrido de convivencia por el niño con sus guardadores.

En el caso planteado se presentan los argumentos ya conocidos de las posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho; la autonomía de la voluntad materna para entregar a su hijo en adopción a personas de su elección, dado que no existe prohibición expresa para esta conducta y el trascurso del tiempo (6 años de convivencia) que ha consolidado vínculos afectivos, la inserción del niño en el núcleo familiar que garantiza todas las necesidades y derecho para su crecimiento y adecuado desarrollo integral.

### **3.2.4. Cámaras de Familia, de Apelaciones Civil y Comercial.**

“C. N. J. y B. C. H. | guarda con fines de adopción de la menor A. L. A. 19 de febrero de 2.010. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santiago del Estero. Dres. Luis César Mansilla, Azucena Brunello de Zurita y Raúl Lima. Dra. Cecilia Ausar de Pena, secretaria.”

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santiago del Estero (2.010) consideró procedente la guarda de hecho como guarda con fines de adopción en favor del matrimonio solicitante.

En el presente caso la madre biológica entrega en forma directa a su hija a quienes desde ese momento resultan guardadores de hecho de esta. Uno de los argumentos frecuentes de las posiciones a favor de la procedencia de este tipo de guarda a los fines de la adopción es el de la no existencia de una disposición legal que expresamente prohíba la autonomía de las madres para elegir a las personas a quienes desea entregar a sus hijos en guarda con fines de adopción.

El Juez para conceder la guarda o rechazarla debió ponderar las situaciones presentadas, de la familia biológica, de los pretensos guardadores, valiéndose de los informes técnicos, lo cual remite a considerar el tiempo transcurrido desde la entrega directa y los vínculos afectivos establecidos, todo ello bajo consideración primordial del niño, omitiendo valorar estos aspectos, denegando la guarda considerando que los guardadores no se encontraban inscriptos en el RUAGA.

Otro de los argumentos se vincula a esta falta de inscripción puesto que se sostiene respecto de este requisito al igual que del art. 611, una excesiva rigidez normativa que debe ceder ante el principio del Interés Superior del niño, cuyo contenido se define en cada caso particular.

“P. M. M. | guarda con fines de adopción (Expte. N° 8208). 8 de abril de 2014. Justo J. de Urquiza-Ricardo I. Moreni-Liliana Pelayo de Dri. Jorge I. Orlandini-secretario”.

En este caso la Cámara se confirmó la sentencia por la que se admitió la guarda preadoptiva solicitada, la peticionante no se hallaba inscripta en el Registro Único de Aspirantes y hacía dos años que la niña convivía con la actora.

Para así decidir los Magistrados fundamentan su resolución en primer término en el Interés Superior del Niño cuya definición debe realizarse considerando las condiciones particulares de cada situación, encontrándose presentes los argumentos de el transcurso del tiempo de convivencia de la niña con la actora y los vínculos afectivos consolidados entre ambas. Se entiende que estos aspectos se complementan definiendo en su contenido la garantía del derecho a vivir y crecer en una familia, a contar con la cobertura de necesidades básicas de subsistencia y las psico – emocionales, ocupar un rol en las relaciones intrafamiliares, es decir, la niña se encuentra emplazada en el estado de hija, y de adquirir los valores familiares compartidos, que delinean los modos de ser, estar y relacionarse en sociedad.

Del relato y fundamento del fallo surge que esta entrega es realizada por la madre, pero no en forma directa a la actora sino a los organismos del estado correspondientes, que toman acorde la ley los faculta una medida Excepcional.

Al respecto se ha planteado en este trabajo como interrogante si estas medidas ante el incumplimiento de los plazos establecidos para su vigencia incluyendo la prórroga hasta un año, se constituyen en un acto administrativo de entrega que en estas condiciones deviene en una guarda de hecho.

A este cuestionamiento se responde de manera afirmativa encontrando antecedentes tanto a nivel jurisprudencial como en los hechos que configuran este caso y en otros casos. Tal afirmación se fundamenta en que se dan en este tipo de casos la totalidad de los argumentos que se ha venido plantando en los casos previamente analizados con la salvedad de que la entrega no es directa por la progenitora sino que es a través de un acto administrativo por parte del organismo estatal correspondiente, que ante el transcurso del tiempo que excede al legalmente establecido configura una guarda de hecho.

Finalmente se identifica en este caso el debate que se ha señalado que implica a la guarda de hecho centrado en que consolidadas estas situaciones fácticas, los

guardadores se presentan ante los magistrados correspondientes a fin de solicitar que se considere procedencia de estas a los fines de la adopción, incumpliendo con los requisitos que la ley dispone para esta figura.

### **3.2.5 Jugados y Tribunales de Familia Provinciales.**

“L. A. E. | guarda preadoptiva – adopción. 7 de septiembre de 2016. Tribunal Colegiado de Familia de Rosario. Marcelo José Molina. Tania Camila Roimeser, secretaria”.

Los hechos de este caso inician con una entrega directa, seguida por una guarda judicial. Asimismo, se abordan diversos aspectos que hacen los argumentos jurídicos a favor de la guarda de hechos que se ha expresado en los capítulos y fallos precedentes; consideraciones respecto al interés superior del niño, a los vínculos con los guardadores y a nivel legal o de derechos la oposición entre dicho interés vs la rigidez de la aplicación de la ley en su prohibición de la guarda de hecho.

La Sra. L., docente de la escuela a la que concurre el niño mayor de la familia, al que conoce en esa institución, toma conocimiento del fallecimiento de la madre del niño acordando con el padre llevarlo a su casa para brindarle contención, transcurrido un tiempo de esto el progenitor consiente que el niño conviva con la familia de la solicitante con la que ha establecido fuertes lazos afectivos a lo que se agrega su imposibilidad de hacerse cargo de su hijo. Posteriormente Sra. L., en 2.007, presenta un escrito en el que expuso que el hijo del Sr. R., E.C., se encontraba conviviendo con su familia desde unos meses antes por lo que amplió su solicitud de adopción a la hermana del año de 1 año y 6 meses. El Juez concedió la guarda preadoptiva.

Este caso presenta la particularidad de que el proceso judicial desarrollado en el tiempo implicó hechos y actos jurídicos que en su gran mayoría se produjeron durante la vigencia del Código Civil, fundamento normativo de las decisiones judiciales tomadas en esa oportunidad.

El magistrado valora en forma positiva del nuevo CCCN, el plasmar en la definición del instituto de la adopción que la finalidad de esta es garantizar al niño el derecho a crecer y desarrollarse en una familia que cubra las necesidades materiales y afectivas del niño cuando esto resulta imposible para la familia de origen.

En el mismo análisis se plantea que existen situaciones fácticas configuradas de manera tal que no pueden subsumirse en la figura de guarda que el instituto de adopción

regula, expresando además que, a luz del ordenamiento jurídico integralmente considerado, se produce una colisión entre los casos y las disposiciones normativas.

Esta situación que expresa el Juez es la que da origen al problema de investigación de este trabajo, existiendo una guarda de hecho, consolidados los vínculos familiares por el transcurso del tiempo, los guardadores concurren ante el Juez competente a fin de solicitar se considere este tipo de guarda a los fines de la adopción, lo cual se encuentra expresamente prohibida por el art. 611 del C.C.C.N.

En este caso además de los argumentos mencionados, en coincidencia con las posiciones doctrinarias a favor de la guarda de hecho fundamenta su procedencia en el principio del interés superior del niño, definido en cada realidad de ese niño o esa niña, en el desarrollo de su cotidianeidad, priorizando su bienestar integral por encima de las normativas vigentes cuando de la rigidez de su aplicación se vulneran los derechos del niño.

A modo de conclusión se afirma que en la mayoría de los fallos presentados las posiciones respecto de la prohibición de la guarda de hecho contenida en el art. 611 resulta inaplicable para algunos magistrados y para otros inconstitucional, sentenciando en todos casos considerados en este punto la procedencia de la guarda de hecho, por entrega directa de los progenitores, o en otros casos por la prolongación de medidas excepcionales, sustentando esto el interés superior del niño.

### **3.3 Antecedentes Legales**

En este apartado se indagará sobre los argumentos legales a favor de la admisibilidad de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

En principio se afirma que tanto en doctrina como en jurisprudencia se encontraron argumentos a favor de la procedencia de dicha guarda.

Esto no ocurre al indagar respecto de los fundamentos legales, ya que dicha guarda se encuentra expresamente prohibida por la Ley N° 26.994; Código Civil y Comercial de la Nación tal como se desarrolló oportunamente.

No obstante, esta prohibición legal se afirma que, en el ordenamiento jurídico vigente, se identifican dos argumentos que fundamentan la admisibilidad de la guarda de hecho, estos son:

a) el principio del interés superior del niño, contenido en la Constitución Nacional por art 75 inc. 22, en las Leyes Nacionales (26.061 y CCCN) y provinciales.

b) las declaraciones de inaplicabilidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 611.

Ambos se encuentran vinculados, ya que la declaración de inconstitucionalidad se sustenta en el interés superior del niño, entendido este en un sentido amplio e integral.

A continuación, algunas consideraciones respecto de ambos argumentos.

*a) El Interés Superior del Niño.*

Se ha señalado que el interés Superior del Niño se encuentra contenido en la Constitución Nacional y en las leyes nacionales y provinciales. Con esto se hace referencia que dicho principio está literalmente expresado en los textos de estas normas; art. 3 C.D.N., art. 3 de la Ley N° 26.061, art. 595 inc. a de la ley 26.994 (C.C.C.N.) y en las leyes provinciales.

En el capítulo 1 de este trabajo se hacía referencia a la organización jerárquica de nuestro ordenamiento jurídico, que, en relación con el principio en análisis, implica que el mismo adquiere supremacía constitucional frente a las normas ubicadas por debajo de la Constitución.

Esto permite concluir, siguiendo el orden normativo que las resoluciones judiciales, sobre las que los magistrados ejercen control de constitucionalidad, deben resultar coherentes y adecuadas ha dicho principio. Por lo que resulta fundamental explicitar el contenido de este, definición ya realizada por la doctrina y fallos judiciales.

En este sentido se reitera la definición de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

El Superior Interés del Niño es el conjunto de elementos necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (“P.R.A. / Inscripción de Nacimiento fuera de término, 2.015, p.3 ).

La facultad del control de constitucionalidad es lo que posibilita que en las sentencias los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad del artículo 611 del CCCN.

*b) Las declaraciones de inaplicabilidad, inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 611.*

En este punto se presentan aspectos relevantes del trabajo de Burgués (2.018), Génesis del artículo 611 del CCCN. Los primeros embates judiciales.

La autora comienza el trabajo presentado la plataforma fáctica de los planteos y sus resoluciones, en síntesis, de lo en ellos expuesto afirma que:

A partir de los casos de guarda de hecho planteadas ante la justicia, en la resolución de estas se declara la inconstitucionalidad del art. 611 del CCCN...En la mayoría de los casos planteados se hace lugar a la demanda, ponderando la preeminencia del vínculo afectivo y familiar creado en función de la identidad dinámica de los niños involucrados, las manifestaciones de éstos, el derecho a desarrollarse en un ámbito familiar, los principios de realidad y estabilidad a la luz del interés superior...Luego de un análisis del marco constitucional-convencional aplicable a los casos, llevan a los magistrados a declarar la inconstitucionalidad del artículo 611, por cuanto no ampara y ni exceptúa de la prohibición, el vínculo existente basado en una genuina relación socio afectiva, entendiendo que la rigidez de la norma no deja margen alguno para aplicar una lectura de sistema, sino todo lo contrario. Precisan que, la lectura de la norma en función de los artículos 1 y 2 del CCyC, es lo que demanda la declaración de su inconstitucionalidad – inconvencionalidad. (Burgues, 2.018, p. 6).

Los fallos plantean una contradicción de la norma del art. 611 y el marco regulatorio constitucional e internacional de los derechos humanos que no puede;

Superarse o saldarse apelando al diálogo de normas, es decir, no cabe una interpretación de la norma diversa fundada en la integración normativa, por lo que corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad -en función del desarrollo jurisprudencial vinculado al «control de convencionalidad»- de las normas locales respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, a los fines de convalidar la guarda adoptiva en tales circunstancias. (L., A. s/ guarda preadoptiva», y conexo «L., A. E. s/ adopción», Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 2016 Sentencia 2379, p. 8).

Continúa la autora presentando los argumentos de inconstitucionalidad del art 611 sostenidos por los jueces en sus fallos. Así cita textualmente de la sentencia R. M. C. Y D. J. S. s/ guarda con fines de adopción, Villaguay, 8 de noviembre de 2016 y S.R.M. Y A.A. s/ guarda preadoptiva, Goya, Corrientes, 20/9/2017:

La solución que plantea el citado artículo resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socio afectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el CCyC...lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socio afectividad o identidad dinámica como claramente se dio en autos y por ello de adoptarse una postura, rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño...de no declararse la inconstitucionalidad del art 611 CCyC atento su imposible compatibilización con el ordenamiento jurídico ...encontrándose la niña en situación de adoptabilidad como aquí se decretará, no se le podría resguardar y asegurar la permanencia en esta familia acogedora, que ha deseado y encontrado ya, relación genuina basada en el afecto y en la voluntad como únicos elementos de una realidad sociológica, que beneficiará a la niña. (R. M. C. Y D. J. S. s/ guarda con fines de adopción, Villaguay, 2016 y S.R.M. Y A.A. s/ guarda preadoptiva, Goya, Corrientes, 2017 p. 6).

En los casos que la autora analiza, así como los presentados en este trabajo se observa que prevalece la valoración del vínculo establecido, del derecho a crecer en una familia por sobre la inscripción en el registro de aspirante a la que no se considera como necesaria e imprescindible. Estos argumentos son reiterados en otros fallos.

### **Conclusiones Parciales**

En conclusión, tanto de la doctrina como de jurisprudencia, surge que la aplicación de la prohibición de valorar la guarda de hecho a los fines de la adopción (art. 611, tercer párrafo, CCCN) implica una interpretación literal que no es coherente con la valoración del superior interés del niño y del derecho a una familia, tornándose una prohibición inflexible. Esto lleva a plantear el necesario control de legalidad que permita plantear una solución favorable al interés del niño.

## **Capítulo 4: Posiciones contrarias a la admisibilidad de la Guarda de Hecho.**

### **Introducción.**

En este capítulo se presentan los argumentos jurídicos sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia, en los que se encuentran los fundamentos para denegar la validez de la guarda de hecho a los fines de la adopción.

Como en el capítulo tres, se toma como central el fallo Forneron desarrollaran las posiciones contrarias a la procedencia de la guarda de hecho. Esto dado que al recorrer los argumentos brindados en las diferentes instancias judiciales en que el caso se debatió se encuentran fundamentos de ambas posiciones; en este capítulo interesan los que sostienen la imposibilidad de validarla.

### **4.1 Antecedentes Doctrinarios**

Los argumentos de quienes sostienen la posición jurídica contraria a la procedencia de la guarda de hecho permiten una comprensión integral y coherente de la controversia sostenida entre sus defensores y opositores en la doctrina, ya que como se presentará a continuación, los fundamentos de unos son analizados y debatidos por los otros, impactando la posición asumida en el ámbito legislativo (modificaciones, derogación y sanción de nuevas leyes) y de las decisiones judiciales.

A fin de brindar una rápida visión de los argumentos en debate por parte de ambas posiciones se presenta el siguiente cuadro.

<b>Argumentos Jurídicos de las dos posiciones.</b>	
<b>A favor</b>	<b>En contra</b>
-La autonomía de la voluntad materna en la selección de los futuros adoptantes.	-Condicionamiento de la autonomía de la voluntad de la madre por necesidad socio – económicas, entrega del niño a cambio de recursos.



<p>-Preconcepto negativo sobre este acto decisorio vinculado a pobreza de las madres, actitudes fraudulentas y conductas ilícitas, cuando debe primar el principio de buena Fe, de inocencia y la autonomía de la decisión materna.</p> <p>-En una perspectiva general e integral, no existe norma positiva, ni principio de Derecho que prohíba a la mujer elegir a quien entregar a su hijo en guarda. Se invoca artículo 19 de la constitución Nacional Principio de reserva.</p> <p>Tampoco en una visión específica los artículos 318 del CC (derogado) y 611 del CCC, prohíben la mencionada modalidad de entrega.</p> <p>-Principio de subsidiariedad de la intervención del estado en las relaciones de familia respecto de la voluntad familiar.</p> <p>-Normas en el mismo ordenamiento que permiten la designación de los progenitores y a su elección de un tutor testamentario para sus hijos menores, considerándose que debería aplicarse por analogía esta figura para guarda de hecho y adopción.</p>	<p>-La guarda de hecho originada en la entrega directa facilita y potencia el tráfico y compraventa de NNA, la exposición a situaciones de mendicidad y maniobras para eludir el proceso de adopción legalmente regulado.</p> <p>- La elección directa de los progenitores resulta una conducta antijurídica que implica la violación de normas de orden público del derecho de familia, contenidas específicamente en la regulación del régimen de responsabilidad parental establecido por el CCCN.</p> <p>-Principio del interés superior de niño que genera el deber del estado de garantizar sus derechos a través de políticas públicas de protección integral ante la vulneración de derechos.</p> <p>-Prevalencia del orden público en materia de familia y adopción.</p>
--	---

<p>-La relación psico-socioafectiva consolidada por transcurso del tiempo entre los futuros adoptantes y adoptado.</p> <p>-Rigidez de la prohibición establecida por el art. 611 del CCC.</p> <p>-Críticas al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.</p> <p>-La consideración de cada caso en particular, a fin de determinar la convalidación de la guarda de hecho, siempre y cuando no existan actos ilícitos o contrarios a la moral y el orden público.</p>	<p>-Invalidez de la invocación del mero transcurso del tiempo como factor determinante a favor de la admisión de la guarda de hecho consolidada en el tiempo.</p> <p>-El código vigente, las leyes 26.061 y 25.854 del Registro único de Aspirantes tienen por objetivo que el proceso de adopción sea transparente, legal, preventivo del tráfico de niños, con las necesarias evaluaciones de los equipos interdisciplinarios que garanticen la selección adecuada de adoptantes y en consecuencia priorice el derecho del niño a vivir en familia no el de los futuros adoptantes a ser padres.</p>
<p>El interés Superior del Niño. Este principio es invocado como fundamento esencial y transversal de los argumentos de ambas posturas.</p>	

El análisis del enfoque contrario a la procedencia de la guarda de hecho requiere precisar los elementos esenciales que la constituyen, identificándose:

-los sujetos: el niño, niña o adolescentes, la progenitora y/o su familia de origen, y los guardadores de hecho (futuros adoptantes).

-el vínculo entre ellos generado de manera informal, solicitando con posterioridad su reconocimiento legal a los fines de la adopción.

-el acto o acción de entrega. Es en la relación entre estos que se encuentran los principales cuestionamientos de la doctrina, cuyos aportes en este sentido resultaron fundamentales para llegar a la actual prohibición, previo que hasta 1.997, esta guarda mediante escritura pública era válida legalmente.

Ante el caso concreto de un niño que se encuentra en guarda de hecho a la cual fue entregado en forma directa por su progenitora o familia biológica y presentándose a consideración judicial su convalidación a los fines de la adopción, es el momento en

que deberá evaluarse el vínculo del niño con el grupo familiar conviviente, el origen de la entrega y la relación entre la madre y los guardadores.

Los dos últimos aspectos mencionados son determinantes a fin de establecer las condiciones en que se produjo la entrega, puesto que la autonomía de voluntad de la madre puede haber sido influida por sus condiciones de necesidades socio - económicas, por lo cual recibe a cambio de la entrega del niño recursos materiales (dinero o especies).

De modo que el niño es considerado como un objeto o cosa, asumiendo la relación progenitora – guardadores características que la equiparan a un vínculo contractual, que en muchos casos resulta incluso plasmado en escritura pública.

Se considera el nacimiento de las guardas de hecho, mediante la entrega directa, el momento definitorio del carácter lícito o ilícito de estas.

La autora de este trabajo considera que no es posible sostener la ilicitud de todas las entregas directas que dan origen a las guardas de hecho entendiéndola como una transacción comercial – contractual que esta posición señala, negando a la progenitora toda capacidad y posibilidad de decidir por sí y su hijo.

Se cree que en el contexto socio- cultural actual, a través de procesos históricos y políticos se llega a una redefinición de la familia y las funciones de cada uno de sus miembros. Sin profundizar en los cambios producidos, se señala la importante transformación respecto al rol asumido y asignado socialmente a la mujer afirmándose que las motivaciones por las que decide dar un hijo en adopción son múltiples.

De modo que se revaloriza la autonomía de la voluntad de la progenitora, sin por esto negar la existencia de casos en los que el origen de la guarda de hecho pudo ser ilícito.

Tal como se indicó anteriormente durante años, hasta 1.997 que se sancionó la ley 24.779, fue legal la guarda de hecho, incluso exigían al adoptante acreditar que había tenido al niño bajo su guarda por un periodo de dos años (ley 13.252) que posteriormente se redujo a seis meses (ley 19.134) anteriores a solicitar la adopción. La legislación nada establecía respecto de cómo el niño había llegado a convivir con los adoptantes, de manera que, al no estar prohibida, ni regulada, se admitía la entrega directa por los progenitores, por los patronatos e instituciones del estado, y los citados intermediarios.

Por esto la importancia del cambio en la legislación relativa a la adopción, que, en relación con los vacíos indicados en la legislación anterior, estableció taxativamente:

La guarda con fines de adopción sólo puede ser otorgada por un juez, previo cumplimiento de los requisitos procesales y sustanciales establecidos con tal fin ...prohibir la entrega en guarda de los menores mediante escritura pública o acto administrativo (Ley N° 24.479, Código Civil, arts. 316, 317 y 318, p. ).

Ante estas situaciones de origen ilícito, pero a la vez no reguladas normativamente, la ley 24.479 según se desprende de su articulado, tuvo la finalidad de la intervención judicial en la entrega de la guarda con fines de adopción para garantizar los derechos de N. N. y A., evitando el tráfico de niños y dando transparencia y al proceso de adopción.

Finalmente se analiza *la incidencia del factor tiempo* en la procedencia de las guardas de hecho.

La convivencia del niño en un grupo familiar con el cual establece; relaciones afectivas, adquiere identidad, desarrolla su personalidad y ocupa una posición en este, conforma una situación fáctica consolidada a través del tiempo, nacida como una guarda de hecho implica un condicionante de importancia a valorar al momento de sentenciar su procedencia o no como guarda con fines de adopción.

Esta perspectiva del tiempo transcurrido se vincula fuertemente con el interés superior del niño y en especial con su derecho a vivir y desarrollarse en una familia. No obstante, esto las guardas originadas y mantenidas bajo la modalidad de hecho son ilegales, dada la prohibición del art. 611 del CCCN.

En este sentido Cataldi (2.016),

Que el interés superior del niño no se relaciona con la mera invocación del transcurso del tiempo al cuidado de los pretensos guardadores / adoptantes...el tiempo no puede convalidar situaciones de hecho en derecho cuando la ley no las prevé, es decir, violentando la ley, por temor a crear un nuevo perjuicio, ni aun tratándose de la vida de un niño en sus primeros meses y años de vida tan importantes para su estructura psicológica (Cataldi, 2.016, p. 2).

En relación con el tiempo, se considera de importancia realizar una distinción en el origen de la guarda de hecho, consolidada por transcurso de este; por una parte, las ya mencionadas ilícitas surgidas de la entrega directa; y por otra; las resultantes de medidas excepcionales del sistema de protección integral de derechos, que incumplen

los plazos establecido manteniéndose por más de los 90 días fijados por ley, durando meses y años.

En cuanto a las primeras que se encuentran expresamente prohibidas por el código vigente, la ilicitud de la entrega se vincula a situaciones en las que resulta posible presumir que los pretensos adoptantes, mediante “acuerdos” con la progenitora logran su deseo de ser padres, evitando como ya se expresó seguir el proceso marcado por ley.

Se afirma que el recurrir a este tipo de estrategias, se encuentra estrecha relación con el factor tiempo, dado que hay una fuerte resistencia a los momentos y requisitos que implica el proceso de adopción, respecto del cual existe una presunción de lentitud, demora, años de espera etc., por lo que estos pactos con la familia de origen llevan a la entrega “inmediata” del niño a los pretensos adoptantes, dando comienzo así a una guarda de hecho.

En cuanto a las medidas excepcionales, en este trabajo se planteó como interrogante si estas pueden considerarse un acto administrativo de entrega directa que configura una guarda de hecho, cuando no se cumplen debidamente las condiciones de su procedencia, especialmente cuando se produce un exceso en los plazos de su duración. La respuesta al mismo resulta afirmativa fundada en las condiciones de incumplimiento de plazos señaladas, considerándose que mediante un acto administrativo legal realizado por el órgano administrativo local consistente en una entrega directa se da origen a una guarda de hecho.

El Sistema de Protección Integral de Derechos establecido por la ley 26.061, establece el organismo encargado de la aplicación de dicha ley y las herramientas legales con las que cuenta a fin de garantizar la protección de los NNA, que son las medidas de protección integral y las citadas medidas de excepción.

Ambas configuran un proceso de intervención estatal que se inicia con la detección de una situación de vulneración de derechos, la cual se buscará superar mediante la restitución de estos, fortaleciendo a través de los dispositivos institucionales, creados por las políticas públicas, a la familia biológica del niño. Fracasadas estas intervenciones, se recurre a las medidas excepcionales de protección que implican brindar al niño un espacio alternativo a su familia para garantizar sus derechos.

Este es el punto de transición hacia la definición de la situación del niño respecto a su integración a otro grupo familiar distinto del propio; y a la vez resulta un momento

crítico en el que pueden originarse guardas de hecho, en este caso por acto administrativo del órgano estatal.

Dentro de los espacios alternativos en que son alojados los niños en este periodo de transición interesa el de las familias de acogimiento, cuidadoras etc. lo que implica el cuidado temporario del niño hasta la resolución de su situación jurídica.

Estas medidas bajo la modalidad descripta establecen que:

Cuentan con 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 (Código Civil y Comercial de la Nación, 2.014, art. 607, pp. 268 -269).

Al incumplirse estos plazos prolongándose la convivencia del niño en la familia por meses y/o años se configura la guarda de hecho por acto administrativo legal, generándose un mecanismo que permite acceder a la adopción en forma rápida surgiendo la entrega dentro del marco legalmente establecido.

La autora de este trabajo disiente respecto del cuestionamiento planteado por las posiciones contrarias a la admisibilidad de la guarda de hecho, respecto a que el factor tiempo no puede priorizarse por encima de lo establecido y/o prohibido por la ley, dado que convalidar una guarda de hecho fundada en este factor legitima actos ilícitos donde el niño es cosificado vulnerándose su interés superior. El contenido de este último se delimita en cada caso concreto, considerándose que el tiempo no se valora en función a su mero transcurso, sino en la cotidianeidad que el niño desarrolló en su único centro de vida conocido y su vínculo con el grupo conviviente a partir del cual ha definido su identidad y su modo de ser y estar en familia y en sociedad. La misma situación se da respecto de las medidas excepcionales en las que el origen de la guarda de hecho es lícito a partir de la entrega realizada por un organismo del estado que posteriormente incumple los plazos establecidos por lo que se considera en estos casos que debe admitirse la procedencia a los fines de la adopción de esta guarda.

#### **4.2 Argumentos legales**

En este apartado se realizará una breve descripción de los argumentos legales contrarios a la admisibilidad de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

En esta perspectiva de oposición se verifica la existencia de normativa tanto derogada como vigente que regula la prohibición e invalidez de esta modalidad de guarda, a diferencia de lo que ocurre en la búsqueda de estos argumentos en las posiciones a favor.

Cabe destacar que esta prohibición no existió siempre, por el contrario, en la legislación derogada era una condición la guarda de hecho para acceder a la adopción, a través de las modificaciones legislativas pasó de ser aceptada por la ley a su actual prohibición.

En nuestro país, se sanciona en 1.948 la primera ley de adopción, N° 13.252, en la que era un requisito para la adopción haber cuidado al niño durante dos años previo a la misma, con lo cual se validaba la guarda de hecho e incluso se la exigía como condición para la adopción, pero nada se reglaba respecto a cómo y quién otorgaba esa guarda, es decir, existía un vacío legal respecto de la entrega a los pretensos adoptantes del niño.

Esto generó que en la práctica los niños eran entregados en guarda tanto por un tribunal como por el organismo administrativo denominado Consejo Nacional del Menor y gran parte de las adopciones se originaba en la solicitud de personas que ya se encontraban criando a un niño que sus padres le habían entregado...hacia fines de los años '60 existía un consenso generalizado sobre la necesidad de reformar esa limitada ley, y uno de los aspectos que se criticaban era el tiempo de guarda mínimo requerido. Dos años resultaba un plazo excesivamente largo para quienes querían promover la adopción, ya que proveería a los niños abandonados...de una estabilidad familiar y emocional...esencial para el desarrollo de su personalidad (Villalta, 2.011, p.109).

Se sanciona entonces la ley N° 19.134, en 1.971 que establecía la reducción del tiempo previo a la adopción a un año y respecto a su origen en esta oportunidad la legislación no dejó vacíos, por el contrario, legitimó esta figura a través de la regulación legal de la entrega directa, lo que generó críticas debido a que al establecer como permitida la entrega directa bajo diversas modalidades, favorecería el comercio y el tráfico de niños que se buscaba prevenir.

Finalmente, en 1.994 con la introducción de la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional se inicia en principio en la letra de este instrumento, y a través de ella en el discurso, una transición del paradigma de la situación irregular;

“niño objeto”; al de la protección integral “niño sujeto”, lo cual se va a plasmar en la legislación relativa a estos sujetos del derecho.

En el caso de la adopción en 1.997 se sanciona la Ley N° 24.779 que pone fin a la entrega directa por escritura pública mediante su prohibición estableciéndose: la intervención judicial obligatoria, el consentimiento de los padres y ordenando la creación de un Registro Único de Aspirantes a la Adopción.

*\*Código Civil derogado: art. 318.*

La Ley N° 24.779, incorporada al Código Civil (derogado), en su artículo 318, prohíbe expresamente la entrega en guarda de “menores” mediante escritura pública o acto administrativo, por lo que la guarda con fines de adopción deberá ser judicial. La finalidad de esta regulación era poner fin a situaciones de ilicitud tales como el tráfico y compraventa de niños.

No obstante, en la regulación respecto de la figura de la guarda nada se establece respecto a la legalidad o no de las entregas directas realizadas por la madre biológica acordada con los guardadores por fuera de la órbita judicial. Esto dejó un vacío legal dando lugar a dos tipos de interpretación.

La primera de ellas de carácter restrictivo que sostiene que el Juez es el único competente para decidir quiénes van a ser los guardadores del niño, no teniendo ningún tipo de autoridad para tomar tal decisión los padres biológicos.

Por otra parte, se señala el carácter subsidiario de la adopción; agotadas todas las medidas posibles para que el niño permanezca con su familia biológica y resultando imposible que otros familiares se hagan cargo, procederá la declaración judicial de adoptabilidad, resaltando en este sentido este carácter, el rol del estado y del Juez.

En cuanto a la segunda interpretación respecto del artículo 318, antes mencionada, la misma es de carácter amplio, dentro de ella se encuentran los argumentos a favor de la decisión de la madre biológica de quienes serán los futuros adoptantes de su hijo, lo cual fue oportunamente desarrollado.

*\*Código Civil y Comercial de la Nación: art. 611.*

El actual CCCN, mantiene en su artículo 611 la prohibición expresa de la guarda de hecho que establecía el art. 318 del código derogado, agregando en el mismo disposiciones relativas a la facultad del Juez para separar al niño de quienes ejercen dicha guarda y estableciendo una excepción; la comprobación judicial de la existencia de un vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretensos guardadores del niño.



Con esta prohibición la norma revaloriza al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, validándolo como el único mecanismo para la selección de futuros adoptantes.

Esta continuidad normativa en cuanto a la no admisión de la guarda de hecho, que resulta la opción asumida por CCCN, difiere a su vez de proyectos de reforma que se presentaron previamente todos en un mismo sentido: el de admisión de la guarda de hecho a los fines de la adopción.

La disposición del art. 611 ha sido objeto de diversas críticas, algunas de las cuales fueron analizadas previamente, se mencionan entre otras: la negación a la autonomía de la voluntad de los progenitores de decidir a quién dar su hijo en adopción, el reconocimiento en el art. 106<sup>6</sup> del CCCN del derecho de los padres a elegir un tutor testamentario lo cual debería ser equiparable a la elección de los adoptantes, todos estos argumentos pierden de vista que el objeto central de la existencia de la adopción que es garantizar y efectivizar el derecho del niño, niña y adolescente a vivir y desarrollarse en una familia; no la de asegurar el derecho a ser padres de los futuros adoptantes.

En este sentido cabe agregar que se trata de niños que se encuentran en situación de desprotección y vulneración de derechos, respecto de los cuales el estado a través del Sistema de Protección Integral ha agotado las instancias necesarias para que el niño permanezca en su grupo familiar de origen o extendido.

Tal como se ha sostenido la finalidad del art. 611 a través de la prohibición de la guarda de hecho es la de evitar que el niño, niña y/o adolescente, sujeto de derecho, se convierta en objeto de negociaciones u otros actos ilícitos, objetivo este que comparte con el Registro Único de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción.

En el marco de las críticas a este artículo, el 18 de septiembre de 2.017, las senadoras González, Nancy y Mirkin, Beatriz, presentaron en el Senado de la Nación

---

<sup>6</sup> **Artículo 106.-** Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.

Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente.

Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundamentamente más convenientes para el tutelado.

el proyecto de ley que modifica el art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994 -, respecto de la guarda directa.

La nueva redacción del artículo 611 propuesta es idéntica en todos sus términos a la presentada oportunamente por la Comisión reformadora del código, es decir, que a diferencia de la disposición vigente se incluiría, tal como en el anteproyecto, que la excepción de separar al niño de los pretendidos guardadores, se fundamentaría en “que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño” (González y Mirkin, Proyecto de Ley, 2.017)

En los fundamentos del proyecto las autoras plantean que, a pesar de la prohibición establecida, los recientes pronunciamientos judiciales, evidencian la rigidez de este artículo, tal como se encuentra en la actualidad, destacando que en la redacción original se posibilita una mayor flexibilidad frente a variadas y disímiles situaciones de hecho.

Hacen referencia a fallos que “se han pronunciado por la inconstitucionalidad de la norma y la conveniencia de que la misma sea reformada, volviendo a su redacción original” (González y Mirkin, Proyecto de Ley, 2.017).

Por otra parte, cuestionan si consolidada la integración del niño en un determinado grupo familiar, resultaría conveniente la separación de este a consecuencia de la entrega directa en que se originó su guarda. Ante esto la respuesta que brindan en su análisis es que deberán analizarse las circunstancias de cada caso.

Finalmente se considera que los debates generados respecto del artículo 611 fundamentalmente en el ámbito de la doctrina y de los órganos judiciales a través de fallos y sentencia, se ha plasmado en el citado proyecto de ley de modificación de este, que implica agregar la expresión vínculo afectivo, que otorgará mayor flexibilidad al mismo.

No obstante, teniendo en cuenta los fallos judiciales se observa que a pesar de la expresa prohibición establecida y la facultad del Juez de separar al niño del grupo familiar conviviente, en su mayoría estos han decidido admitir la procedencia de las guardas de hecho.

Esto no implica de ninguna manera que los magistrados estén sentenciando en contra de una disposición normativa vigente, por el contrario, en la valoración de las circunstancias de cada caso particular, y la consideración del ordenamiento jurídico

vigente en su totalidad de manera integral, se prioriza como fundamento de las decisiones adoptadas el principio del interés superior del niño, el cual por una parte; es jerárquicamente superior a la disposición del código vigente, dado que contenido en la Convención de los Derechos del Niño, adquiere rango constitucional junto a otros tratados de derechos humanos; y por otra parte; consideran la ley específica (26.061) que regula la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en que también se encuentra explicitado dicho principio.

### **4.3 Antecedentes Jurisprudenciales.**

En este apartado se presentan fallos en los que se argumenta, fundamenta y sentencia en contra de la admisibilidad de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción.

Tal como se expresará en el capítulo anterior; en la Jurisprudencia, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cómo los tribunales Superiores de las provincias, y demás instancias provinciales, registran precedentes en los que se ha priorizado el requisito de inscripción en el registro único de aspirantes frente a realidades de hecho.

En primer término, al igual que el capítulo tres se analiza el caso Forneron, cuyo fallo se considera como central para este trabajo, dado que en las instancias que atravesó el proceso judicial, se identifican argumentos jurídicos de las posiciones a favor y en contra de la procedencia de la guarda de hecho, obteniendo finalmente sentencia de la C.I.D.H. favorable a su demanda.

Finalmente se presentarán casos a fin de identificar en ellos; los argumentos brindados en los fallos en contra de la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción, algunos de estos casos han llegado hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

#### **4.3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Forneron.**

En el capítulo precedente se evidenciaron los fallos que admitieron la procedencia de la guarda de hecho de la niña M., hija del Sr. Forneron, considerándola válida a los fines de la adopción. A continuación, se analizan los fundamentos de las sentencias de las instancias judiciales por las que el caso transitó.

Se propone para el análisis de este fallo tres dimensiones; a) marco legal vigente desde el nacimiento de la niña hasta el fallo de la CIDH; b) argumentos de las posiciones

a favor de la guarda de hecho que subyacen en las sentencias judiciales de primera instancia y del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, analizados desde la perspectiva de las posiciones contrarias; y; c) fundamentos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*a. Marco Legal vigente desde el nacimiento de la niña hasta el fallo de la CIDH.*

Los hechos del caso comienzan con el nacimiento de la niña M. en el mes de junio de 2.000, registrándose durante el lapso de junio – agosto, acciones tanto administrativas como judiciales, realizadas por el progenitor, otras por ambos progenitores en conjunto durante el desarrollo de las cuales debe destacarse la invariable oposición del Sr. Forneron a que su hija fuera dada en adopción, contrariamente a la voluntad de la Sra. Enríquez (madre), quien desde el primer momento manifiesta su decisión de darla en guarda preadoptiva y lo sostiene durante todo el proceso.

Para esa fecha se encontraban en vigencia; el art. 75, inc. 22, la ley N° 23.849/90 y las modificaciones al Código Civil, introducidas por la ley N° 24.779, arts. 316, 317 y 318. El análisis de los hechos dentro de este marco normativo permite realizar las consideraciones que se presentan a continuación.

La progenitora realizó entrega directa de su hija a los guardadores de hecho ante el Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de lo sucedido mediante “acta de entrega” consignando la expresa voluntad de la madre de dar a la niña en adopción y no ser citada posteriormente a todo otro trámite de guarda y/o adopción.

Esta situación evidencia que la madre de la niña, el matrimonio guardador y el funcionario público, actuaron transgrediendo la prohibición establecida por el artículo 318 del código civil, entendiéndose que en este caso se trató de una entrega directa por acto administrativo, registrado en la documentación pertinente: el acta de entrega.

Las condiciones descriptas en que se produjo la “guarda” infringen, también el art. 316 del código derogado (1.997) que disponía “ la guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono de este”.

Tal como surge de los hechos relatados la entrega de la niña fue directa sin intervención judicial alguna, hasta el momento en que el matrimonio B-Z solicita formalmente la guarda judicial de M.

En este punto, iniciado el proceso judicial con miras a la adopción, el Juez de Primera Instancia, aplica lo ordenado por el artículo 317 del Código Civil:

Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, convocando en principio a la madre de la niña quien dio su consentimiento a la guarda y posteriormente tomando conocimiento del reconocimiento de paternidad ante el registro civil, realizado por Forneron (18/07/2.000), citó al padre, quien manifestó su oposición a la guarda.

Esta voluntad expresada ante el Juez por el padre, la que por otra parte venía sosteniendo desde antes del nacimiento de su hija, no fue tomada en cuenta por este, ya que en mayo de 2.001 otorga la guarda judicial solicitada al matrimonio B-Z.

En 2.005 se otorga la adopción simple de la niña al matrimonio guardador.

Cabe señalar que a consecuencia de las diversas acciones interpuestas por las partes, los procesos de guarda, adopción y visitas (este último iniciado en 2.001 por Forneron) se prolongaron en el tiempo, sancionándose hasta su llegada a la CIDH, dos leyes; la N° 25.854/04 y la N° 26.061/05, que hubiesen resultado fundamentales al inicio de este caso a fin de garantizar la transparencia de la guarda y la efectivización de los derechos de la niña a su identidad y permanencia en el núcleo de la familia biológica que en toda oportunidad manifestó su voluntad de criarla.

*b. Análisis de argumentos de las sentencias judiciales de primera instancia y del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que admitieron la procedencia de la guarda de hecho, analizados desde la perspectiva de las posiciones contrarias.*

El desarrollo del análisis propuesto en este apartado se realiza desde la perspectiva asumida por las posiciones contrarias a la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción. Para esto se presentan a continuación fundamentos de la sentencia de primera instancia por la que se otorgó guarda judicial al matrimonio B-Z, por un año:

a) la inexistencia de un noviazgo formal de más de 12 meses entre el señor Fornerón y la señora Enríquez, el hecho de que la niña “no fue resultado del amor” ni “del deseo de formar una familia”, y la existencia de una fuerte oposición de la madre biológica a la posible entrega de la niña a su padre, son circunstancias que “acreditaban un real conflicto” entre los progenitores de la niña y “la ausencia de una familia biológica; b) el señor Fornerón no había demostrado ningún tipo de interés ni colaboración con la madre antes del

nacimiento de la niña, ni realizó ninguna presentación judicial para resguardar el vínculo con la niña; c) resulta excesivo el plazo contado desde el nacimiento de la niña o del reconocimiento de la misma hasta la fecha de presentación en autos para reclamar la entrega de M; d) de entregarse la niña al padre biológico, no contaría con una familia biológica, faltándole la presencia maternal, y e) sin dejar de evaluar los derechos del padre, prima el interés superior de la niña, quien a criterio de la perita, sufriría un daño irreparable si fuese entregada al señor Fornerón. Concluyó que “dé así acceder en un futuro el padre biológico, se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña. (C.I.D.H., 2.012, p.13).

Los incisos a y d dan cuenta de argumentos que surgen de la íntima convicción del Juez, originados en su escala de valores personal, puesto que la relación de pareja de los progenitores de la niña, sus deseos, sus aspiraciones y sus conflictos como tal, no resultan relevantes al momento de valorar la existencia de una situación de vulneración de derechos y los correspondientes mecanismos legales e institucionales para garantizar la restitución y en su caso, el cumplimiento efectivo de los mismos.

En idéntico origen personal, el concepto de familia que tiene el Juez resulta determinante para considerar que el padre sólo no constituía una familia apta para el cuidado y la crianza de la niña, dada la ausencia de la figura materna.

Esto último hoy resulta en contradicción con legislación del reformado código civil y comercial de la nación que reconoce la diversidad en su composición que presentan las familias, producto esto de las transformaciones en las relaciones de familia a través de los años en que fueron surgiendo nuevas configuraciones familiares. Lo que permite afirmar que para los años 2.000, este proceso estaba en pleno desarrollo por lo que no debió resultar desconocido al Juez que un papá o mamás solos se encuentran en condiciones de asumir sus funciones parentales al igual que una familia “tipo” constituida por la pareja y sus hijos.

Por otra parte, el Sr. Forneron contaba con el apoyo de su familia para acompañarlo en la crianza de la niña, con lo cual se sostiene que contrariamente a lo evaluado por el Juez existía una familia biológica extendida en condiciones de asumir el cuidado de M junto al progenitor.

En cuanto al inc. b, de la lectura del fallo de la C.I.D.H. en el que se relatan los hechos ocurridos surge que, desde antes del nacimiento de la niña, a los cinco meses de

embarazo cuando toma conocimiento de este, el señor Fornerón intenta en primer término resolver la situación con la progenitora.

Previo y posteriormente al nacimiento de la niña intenta, a través de la madre establecer su paternidad, lo cual resulta de gran dificultad, dado que la progenitora en ocasiones respondía que era el padre de la niña y en otras que no, realizando paralelamente a esto los trámites para la entrega de su hija.

Asimismo, desde el momento en que la niña nació realizó acciones ante diversas instituciones manifestando invariablemente su oposición a que sea dada en adopción solicitando que le fuese entregada para su crianza.

El magistrado continúa fundamentando desde la perspectiva citada, c), manifestando la “demora” excesiva del Sr. Forneron para presentarse en sede judicial a reclamar la entrega de M.

Al respecto se sostiene contrariamente a lo expresado en ambos incisos (b y c) por el Juez que el Sr. Forneron manifestó interés por reconocer y criar a su hija desde que tomó conocimiento, al quinto mes de embarazo, de su existencia agregando respecto al inc. c que el tiempo transcurrido desde el nacimiento o reconocimiento de M fue de cinco meses (junio - octubre de 2000), lapso durante el cual el progenitor realizó diversas gestiones para recuperar a su hija.

Finalmente, en mayo de 2.001 el Juez de primera instancia otorga al matrimonio B-Z la guarda judicial de la niña esto fue apelado por el Sr. Forneron la Cámara Segunda de Paraná, que revocó lo dictaminado por el Juez dejando sin efecto la guarda judicial establecida.

En junio de 2.003 el matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de la Cámara, que fue declarada procedente por Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, revocando la decisión de la Cámara y confirmando la sentencia de primera instancia.

En el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, se hace referencia al factor tiempo, se acuerda con el argumento brindado por el Superior Tribunal que sostiene que la niña durante los tres años transcurridos había generado vínculos afectivos con la familia guardadora.

Sin embargo, de acuerdo con el relato de los hechos realizado por la C.I.D.H. basado en los expedientes judiciales se plantea que el tiempo transcurrido no hubiese tenido relevancia para el caso de haberse fallado oportunamente, teniendo en cuenta la

corta edad de la niña (9 meses), en favor de lo demandado por el Sr. Forneron al mismo tiempo que se garantizaban los derechos de la niña; a crecer con su familia (biológica), a su identidad, etc.

*c). Fundamentos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

La Corte realizó el proceso correspondiente tras el cual la sentencia de esta manifiesta que el Estado Argentino ha violado derechos vinculados a la protección de la familia, a las garantías y protección judiciales; ente otros; condenándolo a la reparación de dichas lesiones. Se trata de una sentencia que no convalida la guarda de hecho, aunque dado el tiempo transcurrido no ordena la restitución de la niña a convivir con su padre, pero si garantiza un régimen de visitas y la generación y fortalecimiento del vínculo entre ambos.

El texto de la sentencia de la Corte señala los hechos y el recorrido judicial del caso, luego presenta las consideraciones generales que la misma realiza al respecto expresando en el fallo que:

El Tribunal ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia basados en roles y funciones estereotipados respecto del hombre y la mujer con relación a la maternidad y paternidad, a la composición de un grupo familiar “normal”, a la importancia de la formalidad de los vínculos de una pareja mediante el matrimonio civil y la capacidad del hombre para cuidar y criar un hijo (CIDH, 2.012, p. 31 ).

Respecto de estas consideraciones de la Corte contenidas en la sentencia se sostiene que ninguna de las condiciones por esta señaladas en cuanto a situaciones de riesgo o vulneración de derechos de la niña por parte de su progenitor justificó la decisión tomada por el Juez de primera instancia de validar la guarda de hecho, a consecuencia de cuyo accionar se fue configurando la situación de modo desfavorable al Señor Forneron y M. implicando tener en cuenta con el paso de los años distintos factores; entre ellos tiempo, convivencia familiar, vínculo afectivo de M. con los guardadores, que fueron modificando el contenido a priorizar al fundamento del Interés Superior del niño.



En consecuencia, del análisis del proceso desarrollado y los fundamentos presentados la Corte sentenció que los procesos internos que culminaron con la decisión de entregar en guarda y posterior adopción de M violaron los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección de la familia y a los derechos del niño, reconocidos por Convención Americana.

Del análisis del fallo de la CDIH se considera que surge de modo evidente que en el proceso judicial previo a esta presentación se convalidó una guarda de hecho producto de la entrega directa por parte de la progenitora sin argumentos suficientemente válidos.

Por el contrario, esto se produjo transgrediendo las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente sin tener en cuenta la manifiesta voluntad del progenitor de oposición a esta entrega, una excesiva prolongación de los plazos del proceso judicial, y fundamentalmente una valoración inadecuada de los factores que definían en ese momento el interés Superior de la niña: su derecho a vivir con su familia biológica, a su identidad, y su edad, que posibilitaba convivir con su progenitor sin generar traumas en su desarrollo psico-emocional, ya sea que esto hubiese ocurrido desde el primer reclamo del Sr. Forneron o los once meses de M. cuando se validó judicialmente la guarda de hecho a los fines de la adopción.

#### **4.3.2. Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

En la búsqueda antecedentes jurisprudenciales en los que *CSJN revocara* sentencias de primera y segunda instancia que resolvieron la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción, no fue posible encontrar fallos de esta en sentido contrario. Fundamentando esta posición a favor en el Interés Superior del Niño cuyo contenido se define en cada situación particular considerándose dentro del mismo entre otros; el vínculo afectivo consolidado a través del tiempo y el centro de vida del N.N. y A. ha crecido y se ha desarrollado sin estar expuesto a situaciones de riesgo, vulneración o lesión de derechos que justifiquen una modificación en sus condiciones de vida, con las consecuencias negativas que una modificación de este tipo generaría en el desarrollo del mismo.

### 4.3.3 Cámara de Apelaciones

“T. N. s/ víctima. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes. 14 de julio 2017. Dres. Claudia Kirchhof – Miguel Pacella.”

En este caso los argumentos jurídicos en contra de la procedencia de la guarda de hecho que se presentan, además del Interés Superior del Niño, son:

\*Disposición del Código Civil y Comercial en su artículo 611 que prohíbe la guarda de hecho. Situación irregular por entrega directa. Cosificación del niño subordinada a los intereses de los adultos. Prevalencia del orden público en materia de derecho de familia. Disposiciones normativas regulatorias del proceso de adopción y guarda.

En principio la entrega de T. se inicia ajustada a derecho puesto que la guarda provisoria fue otorgada por el Juez a familiares directos del niño; la tía materna y su pareja, tornándose posteriormente ilegal al dar estos en forma directa a T. a otro matrimonio, que asume la guarda de hecho de este.

De modo que la decisión respecto a la guarda del niño (de meses de vida) es acordada por estas dos parejas, modificando la misma, sin comunicación al Juzgado interviniente. Esto constituye claramente una situación antijurídica en relación con la normativa que regula el instituto de la adopción y dentro de este la expresa prohibición de la guarda de hecho, siendo este tipo de entrega una de sus modalidades.

El accionar de ambas parejas evidencia que se priorizaron los intereses de cada una de ellas, sin tomar en cuenta el mejor interés del niño, sus derechos y necesidades lo que implica la consideración de este como el objeto (cosificación) del acuerdo (contractualismo) entre las partes, obviando su condición de sujeto de derechos.

Puesto en conocimiento de las irregularidades descriptas y en cumplimiento con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente; el Juez interviniente resuelve el cese de la guarda otorgada, dando intervención al Servicio local de la Dirección Provincial de Promoción y Protección de Derechos de la Provincia de Buenos Aires, que toma una medida excepcional de abrigo en el marco de la cual el niño queda en guarda, al cuidado de otra familia.

Ante esto el matrimonio que ejercía la guarda de hecho del niño recurre esta resolución solicitando ser incorporados en el proceso de adopción del niño, ser evaluados en cuanto a la idoneidad para su cuidado, e informan estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción. Pretensión rechazada

in limine por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes confirmando lo decidido por el Juez de Primera Instancia.

\*Factor Tiempo.

La situación de vulneración de derechos de T. se presenta desde el inicio de la guarda legalmente otorgada a su tía, siendo esto informado por Trabajador Social al Juzgado en el primer informe socio – ambiental que realiza, en el cual da cuenta de haber entrevistado a las dos parejas a las que explico respecto lo irregular de la situación orientándolas a subsanar la misma.

La resolución tomada por el Juez se funda en la aplicación estricta de las disposiciones normativas vigentes a consecuencia de lo cual se evita convalidar una guarda de hecho originada de manera ilegal, que vulnera los derechos de T. De continuar en el tiempo se hubiesen generado vínculos afectivos, estabilidad en el centro de vida, un entorno conocido, es decir un grupo familiar de referencia para el niño, lo que de intentarse a futuro instrumentar una modificación judicial como esta hubiesen devenido en argumentos jurídicos para sostener dicha guarda de hecho.

La inmediatez con que fue tomada la medida de abrigo ordenada y la búsqueda en el Registro de Aspirantes a la guarda dentro del proceso de adopción a brinda al niño el marco de protección que le garantiza el derecho a crecer y desarrollarse en una familia donde el transcurrir del tiempo y el desarrollo de la cotidianeidad familiar fortalecerá vínculos cuyo origen es legal, a diferencia de la ocurrido con los guardadores provisorios y los recurrentes de la resolución de primera instancia.

“S.G.A – Guarda – Recurso de Apelación”. 31 de mayo de 2005, Tribunal Cámara de Familia de 1ª Nominación, Córdoba. Rodolfo Grosso - María V. Bertoldi de Fourcade”.

En el caso que se presenta los fallos de Primera y Segunda instancia fueron dictados en vigencia del Código Civil hoy derogado acorde a sus disposiciones.

La actora solicita la guarda con fines de adopción de un menor de dos años que le fue entregado por la madre biológica, quien le manifiesta su imposibilidad de criarlo por razones materiales (económicas entre otras), quedando cumplimentado así mediante la entrega directa el inc. a del art. 317 que estipula que es requisito para otorgar una guarda como la solicitada el consentimiento de los progenitores del menor.

Cabe señalar que junto al C.C. se encuentra vigente la Ley N° 26.061, interesando a los fines de este trabajo destacar del primer instrumento legal, dentro de

la regulación del instituto de la adopción, la disposición de la prohibición de la guarda de hecho a los fines de la adopción en su art. 318 y de la Ley N°26061 la prioridad a medidas tendientes a que el niño permanezca conviviendo con su grupo familiar y de resultar agotadas las mismas se declare el estado de adoptabilidad dando comienzo al proceso judicial correspondiente.

En la situación de G.A. lo señalado en el párrafo precedente resulta central, puesto que la tanto en primera como en segunda instancia, se acredita que la entrega directa declarada no es tal, por lo que no existe en los hechos una situación de guarda, ni delegación del cuidado en un 3°o abdicación de la patria potestad, lo que se configura de manera fáctica según lo sostenido por los informes de los profesionales intervinientes es una convivencia en la que la pretensa adoptante asume un rol de abuela y la madre ejerce el propio en plenitud, no dando lugar a los presupuesto necesarios para declarar la situación de adoptabilidad, ni la existencia de una guarda de hecho previa.

La Cámara confirma la resolución de Primera instancia rechazando los recursos deducidos por la progenitora y solicitante no haciendo lugar a la guarda con fines de adopción solicitada.

Se considera que el niño no se encuentra en situación de abandono material, moral ni en riesgo de ningún tipo puesto que crece en un ámbito en el que convive con un grupo familiar, conformado por su madre y la solicitante de esta guarda, en el que cada uno de los miembros tiene roles diferenciados, de modo que se presenta una situación de estabilidad tanto afectiva como de centro de vida, en la que las necesidades básicas de G.A. se encuentran debidamente cubiertas y sus derechos efectivizados.

“S.G.A. Guarda. Juzgado de Familia de Córdoba 2° Nominación. 21 de septiembre de 2.004. Dr. Hector Tizeira del Campillo”.

A continuación, se presentan los argumentos jurídicos del Juez de primera instancia que intervino en el caso precedentemente analizado “S.G.A. guarda” rechazando la solicitud de guarda con fines de adopción, que recurrida esta resolución como se planteó ante la Cámara Familia de 1ª Nominación Córdoba, la misma confirma el fallo rechazando a su vez el recurso deducido.

El magistrado fundamenta su decisión tanto en el ordenamiento jurídico vigente como en la doctrina.

En lo referido al hoy derogado C.C. se rige por lo dispuesto respecto a la guarda con fines de adopción y al proceso mismo de adopción por este, concluyendo que la

situación de hecho configurada entre la madre biológica del niño y la pretensa adoptante no se corresponde con una guarda de hecho originada en una entrega directa como ambas pretenden, sino que se trata de un acuerdo de convivencia y crianza, en que dada una de ellas tiene su rol familiar definido; la solicitante como abuela y la madre como tal.

El niño no se encuentra en estado de adoptabilidad puesto que el mismo se encuentra en un ámbito saludable, recibiendo los cuidados necesarios (afectivos y materiales) para su normal desarrollo, conviviendo con su madre, quien se ocupa debidamente de él. No existiendo situación de riesgo ni vulneración de derecho no resulta procedente ordenar medidas de protección.

En cuanto a los fundamentos que el Juez toma de la doctrina como argumentos para este fallo, se destaca la perspectiva elegida respecto del sentido y la comprensión de las implicancias del instituto de la adopción, el cual coincide con la definición actual del C.C.C.N.

Entiende que la adopción tiene como finalidad insertar al niño en una familia que pueda contener todas sus necesidades materiales y afectivas integrándolo a este núcleo garantizando así el adecuado desarrollo de su personalidad.

Tal como se indicó este planteo coincide con la definición que en su art. 594 brinda el código vigente donde la adopción tiene por objetivo garantizar al niño el derecho a vivir y desarrollarse en una familia que le brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Es decir, el centro de este instituto este puesto en el niño en tanto sujeto de derechos, no en las necesidades o prioridades de los adultos; entre las que el magistrado menciona por ejemplo el dar al adoptante un heredero forzoso o la posibilidad de perpetuar su apellido.

El otro argumento señalado es la imposibilidad de continuar el proceso de adopción ya que el menor desde su nacimiento convive con su madre quien ejerce la patria potestad de este, cumpliendo debidamente con los cuidados que el niño requiere, todo esto sustentado a su vez por normal vínculo afectivo madre - hijo, por lo que corresponde que permanezca con ella lo que permitirá mantener la coincidencia entre la filiación legal y la biológica.

No obstante, en esta diada formando parte del grupo familiar conviviente se encuentra una tercera persona, la solicitante, quien de acuerdo con lo consignado en el fallo participa de la cotidianeidad atendiendo a las necesidades materiales y afectivas de G.A. y su madre, ejerciendo un rol de abuela. Esta situación a luz de lo expresado en la resolución permite afirmar que no existe situación de vulneración de derechos de este niño, que su Interés Superior está a resguardo, no se presentan riesgos para su integridad de ningún tipo, todo lo cual torna innecesario la adopción de medidas de protección, de excepción o un proceso de adopción.

### **Conclusiones Parciales**

De los argumentos en contra de la procedencia de la guarda de hecho a los fines de la adopción se concluye como central el que sostiene que este tipo de guarda implica la cosificación del niño, que es tratado como un objeto del contrato celebrado entre la progenitora y los guardadores, bajo la apariencia del ejercicio de autonomía de la voluntad materna, que según esta posición encubre el origen ilícito de las entregas directas de los niños a la que consideran vinculada al comercio y/o tráfico de estos.

Esto fundado centralmente en las condiciones de necesidad socio - económica de la madre biológica o su familia (intermediarios) que condiciona la libertad para decidir respecto de sus hijos.

En cuanto al factor tiempo la consideración que se realiza desde este enfoque es que validar una guarda de hecho con fundamento en el transcurso de este con todo lo que esto significa a nivel de relaciones familiares implicaría legitimar situaciones de hecho originadas contrariamente a la prohibición establecida por el derecho.

Con relación al factor en análisis uno de los interrogantes planteados fue si las medidas excepcionales por incumplimiento de plazos podían considerarse un acto administrativo de entrega directa. A esto la respuesta resulta afirmativa realizando la aclaración de que en estos casos no se consideran entregas de origen ilícito, dado que es una institución en el marco de lo establecido por ley quien la realiza, tornándose posteriormente en guarda de hecho por la excesiva extensión de los plazos de estas medidas.

Finalmente, en cuanto a los antecedentes legales a diferencia de lo que ocurre con las posiciones a favor de la procedencia de la guarda de hecho, el enfoque opuesto se explicita en el Código Civil y Comercial de la Nación que establece expresamente la prohibición de este tipo de guarda.

## CONCLUSIONES FINALES.

El trabajo de investigación se propuso analizar los argumentos jurídicos sostenidos por los distintos sectores tanto legales, doctrinarios y jurisprudenciales, a fin de determinar si la procedencia de la guarda de hecho como guarda con fines de adopción se ajusta a derecho. Ante tal situación, el estudio debió abordarse desde una perspectiva integradora de ambas posiciones puesto que los fundamentos de unos son analizados y debatidos por los otros, impactando en el ámbito legislativo (modificaciones, derogación y sanción de nuevas leyes) y de las decisiones judiciales.

Como se resaltó en reiteradas oportunidades el CCCN dispone expresamente su prohibición, y por lo tanto el cuestionamiento por la admisibilidad o no, a los fines de la adopción de este tipo de guarda carecería de sentido. Lo que valida este análisis es la existencia real sobre guardas de hecho que solicitan ante el sistema judicial su reconocimiento a los fines de la adopción generando la controversia que se ha mantenido en los ámbitos antes mencionados. Es decir, junto a las disposiciones legales vigentes se encuentra la situación fáctica de convivencia del niño con la familia guardadora, prolongada en el tiempo, que implica fuertes vínculos psico-emocionales, una dinámica de funcionamiento e identidad como grupo familiar y la cobertura de las necesidades básicas del niño, que constituyen a la vez sus derechos.

Se observó que ambos enfoques invocan en sus fundamentos este marco legal existente, pero asumiendo perspectivas diferentes, por ejemplo, al citar el Principio rector de este sistema como lo es el interés superior del niño” ya sea para negar o convalidar una guarda de hecho. Se realizó una breve descripción de los instrumentos legales que conforman el ordenamiento jurídico vigente destacándose del mismo la unidad y coherencia que presenta la estructura jerárquica - piramidal descendente desde la Constitución Nacional junto a los Tratados de Derechos Humanos hasta las leyes provinciales, en el que se identifican los pilares fundamentales del actual Sistema de Protección de derechos de la niñez y adolescencia.

Desde esta mirada de lo general a lo particular de la estructura normativa vigente se entiende que el instituto jurídico de la adopción implica un proceso, regulado por las disposiciones del CCCN que se entrecruza con la Ley N° 26.061 considerándose a las medidas de protección y excepcionales de esta última, las políticas públicas de carácter preventivo -asistencial, y la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del niño como el puente entre uno y otro sistema legal.

En este sentido se planteó como interrogante si las medidas excepcionales pueden considerarse un acto administrativo de entrega directa que configura una guarda de hecho, cuando no se cumplen debidamente las condiciones de su procedencia, especialmente cuando se produce un exceso en los plazos de su duración. La respuesta resulta afirmativa fundada en las condiciones de incumplimiento señaladas considerándose que estas medidas devienen en términos de entregas intermediadas, en este caso por el órgano administrativo local, configurando mediante acto administrativo una entrega directa que da origen a una guarda de hecho. Estas entregas se originan a partir de la intervención del Estado a través de su faz administrativa, que agotadas sus estrategias de acción frente a la vulneración de derechos de un NNA, da paso a la faz la judicial a fin de definir la situación del niño a través del proceso de adopción, instrumentando en tanto se da la resolución judicial definitiva una medida excepcional de protección que implican brindar al niño un espacio alternativo a su familia para garantizar sus derechos. En este punto de transición se identifica el momento crítico en el que se considera que nace la guarda de hecho producida en este caso por el acto administrativo del órgano estatal, por el que se accede a la adopción por fuera del sistema legal, aun cuando la entrega surgió dentro del marco legalmente establecido.

En cuanto a la entrega directa por parte de la progenitora dos son los argumentos que sostienen las posiciones a favor de la guarda de hecho; uno que no existe una prohibición normativa respecto al derecho de la madre de elegir los adoptantes de su hijo/a; el otro que debe privilegiarse la autonomía de voluntad materna en estos casos. Las modalidades de entrega contempladas en el ya analizado artículo 611 del CCCN que solicitan su reconocimiento a los fines de la adopción, implican para la autoridad judicial al dictaminar sobre estas situaciones posicionada en el marco legal vigente, el deber de discernir entre las disposiciones de este y las situaciones fácticas puestas a su decisión; que a la vez comprende relaciones de familia consolidadas a través del tiempo cuyos aspectos afectivos, psicológicos y emocionales.

De modo que la decisión judicial de la procedencia o no de la guarda de hecho, conduce a dos soluciones legales posibles: separar del núcleo familiar conocido al niño, vulnerando el derecho a mantener su centro de vida, crecer y desarrollarse con su familia conocida, dada la ilegalidad de la situación de guarda de hecho en que se encuentra, o bien, en consideración a los factores señalados, convalidar esta guarda a



los fines de la adopción, lo cual está en contradicción con la prohibición legal establecida por el CCCN.

Respecto de los argumentos jurídicos a favor de la procedencia de la guarda de hecho especial consideración merece uno frecuentemente destacado en la Jurisprudencia, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cómo los tribunales Superiores de las provincias, y demás instancias provinciales la relativización del requisito de inscripción en el registro de aspirantes, frente a realidades de hecho fundando estas sentencias en el argumento del interés superior del niño. Vale decir, los fallos analizados dan contenido al interés superior del niño priorizando los derechos de este por encima de los requisitos y formalidades legales, considerando las particularidades del caso concreto, valorando el centro de vida a partir de los lazos afectivos creados con la familia que es reconocida como propia, en la que adquiere estado de hijo e identidad en función el tiempo transcurrido de convivencia como factor de consolidación de este vínculo familiar.

En cuanto a los fundamentos normativos a diferencia de lo que sucede con las posiciones que se oponen a la procedencia de esta guarda, no se encuentra en ninguna ley disposiciones que admitan esta figura, por el contrario, se encuentra expresamente prohibida por la Ley N° 26.994; Código Civil y Comercial de la Nación; art. 611.

En conclusión, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, surge que la aplicación de la prohibición de valorar la guarda de hecho a los fines de la adopción implica una interpretación literal que no es coherente con la valoración del superior interés del niño y del derecho a una familia, tornándose una prohibición inflexible. Esto lleva a plantear el necesario control de legalidad que permita plantear una solución favorable al interés del niño.

En cuanto al análisis del enfoque contrario a la procedencia de la guarda de hecho, ante el caso concreto de una entrega directa por la progenitora o familia biológica que se presenta a consideración judicial para su convalidación a los fines de la adopción resulta de fundamental importancia el origen de la entrega y la relación entre la madre y los guardadores. Estos dos aspectos son determinantes a fin de establecer las condiciones en que se produjo la entrega, puesto que la autonomía de voluntad de la madre puede haber sido influida por sus condiciones de necesidades socio - económicas, por lo cual recibe a cambio de la entrega del niño recursos materiales (dinero o especies). De modo que el niño es considerado como un objeto o

cosa, asumiendo la relación progenitora – guardadores características que la equiparan a un vínculo contractual, que en muchos casos resulta incluso plasmado en escritura pública.

En relación a la valoración de los vínculos consolidados por el transcurso del tiempo en el caso de estas guardas la ley se expresa claramente, se encuentran expresamente prohibidas por el código vigente, la ilicitud de la entrega se vincula a situaciones en las que resulta posible presumir que los pretendientes adoptantes, mediante “acuerdos” con la progenitora logran su deseo de ser padres, evitando seguir el proceso marcado por ley. En Derecho de familia no resulta posible el ejercicio de una autonomía de voluntad absoluta, sin restricciones, en este caso por parte de la progenitora o familia biológica del niño, en cuanto a disponer de su futuro puesto que se comprometen derechos de orden público que limitan los derechos individuales. En este mismo sentido el instituto de la adopción debidamente regulado por el CCCN pone en cabeza del Juez, la decisión de otorgar una guarda preadoptiva, lo cual el magistrado realiza ajustándose a las disposiciones vigentes en el código, en la ley N° 25.854 del registro de aspirantes y fundamentalmente en el Interés Superior del Niño en cada caso en particular. De manera que una guarda de hecho originada en cualquiera de sus modalidades desplaza del ámbito judicial y del Juez la decisión del otorgamiento de una guarda preadoptiva al ámbito privado quedando está a voluntad y acuerdo de particulares; progenitores y guardadores de hecho; que incurren en una conducta que en su génesis es ilícita a pesar de que a posteriori y valorando las circunstancias ya indicadas se valide la guarda de hecho a los fines de la adopción.

Por otra parte se afirma que el recurrir a este tipo de formas de acceder a la guarda de un niño se encuentra estrecha relación con el factor tiempo, dado que hay una fuerte resistencia a los momentos y requisitos que implica el proceso de adopción respecto del cual existe una presunción de lentitud, demora, años de espera etc., por lo que estos pactos con la familia de origen llevan a la entrega “inmediata” del niño a los pretendientes adoptantes dando comienzo así a una guarda de hecho. Tal como se expresó este enfoque si encuentra argumento legal en el que sustentarse en el art. 611 del C.C.C.N. que prohíbe expresamente la guarda de hecho, con la finalidad de evitar que el niño, niña y/o adolescente, sujeto de derecho, se convierta en objeto de negociaciones u otros actos ilícitos, objetivo este que comparte con otra normativa la ley N° 25.854, el Registro Único de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción.

En cuanto al registro cabe señalar que una de las funciones esenciales por las que se torna incompatible con la admisibilidad de la guarda de hecho es que, al iniciarse el proceso de adopción mediante el otorgamiento de una guarda preadoptiva según disposiciones normativas vigentes, el objetivo perseguido es garantizar al niño el derecho de vivir y desarrollarse en una familia, no satisfacer necesidades, intereses o derechos de los adultos pretensos adoptantes.

En cuanto a la jurisprudencia se destaca que la totalidad de los fallos analizados; tanto en el capítulo de posiciones a favor como en contra las sentencias definitivas resolvieron por la procedencia de la guardas de hecho a los fines de la adopción evidenciando en sus fundamentos argumentos centrales favorables a esta posición entre los que se encuentran; el transcurso del tiempo de convivencia del niño con los guardadores, los vínculos afectivos del niño con la familia, la formación integral y modos de ser y estar adquiridos en el núcleo familiar que trascienden a este impactando en las relaciones comunitarias y sociales configurando el centro de vida conocido por el niño. Junto a esto se valora el accionar de la familia biológica en sentido amplio desde producida la entrega, que en general son realizadas por las progenitoras, manifestando en instancias administrativas o judiciales su decisión que importa su consentimiento de dar a su hijo/a en adopción sin posteriores reclamos por parte de ningún miembro de la familia de origen.

En este sentido en los fallos analizados no se han encontrado casos en los que sea la familia biológica del niño quien se oponga a la guarda preadoptiva y finalmente a la adopción, exceptuando el caso Forneron, que se tomó como fallo central y fue analizado en los capítulos tres; de los argumentos a favor; dado que en todas las instancias judiciales se convalido la guarda de hecho otorgándose la adopción simple de su hija a los guardadores a pesar de su oposición, y cuatro; de los argumentos en contra; donde la CIDH, en su sentencia y en consideración de las particularidades del caso falla en contra del Estado Argentino, que debió restituir a la niña desde su nacimiento puesto que el Sr. Forneron, siempre reclamo el ejercicio de su patria potestad (actual responsabilidad parental). De manera que a los fines de encontrar jurisprudencia en contra se tomaron sentencias de algunas instancias en las que se denegó la procedencia de la guarda de hecho en estas, pero presentados los recursos correspondientes en las instancias superiores se revocó lo decidió en las mismas.

Finalmente se considera oportuno explicitar que al inicio del presente trabajo cuando se definió el problema de investigación y la hipótesis al respecto, se apreciaba la presunción que más allá de las posturas doctrinarias, en materia jurisprudencial, se iban a encontrar multiplicidad y cantidad de argumentos en contra de esta figura, de modo que los casos en los que la guarda de hecho resultarán procedentes serían mínimos, según lo estipulado por la prohibición legal del CCCN.

Así las cosas, perfeccionado el estudio que se desarrolló en el presente trabajo, el autor concluye que la hipótesis planteada al comienzo de la investigación fue confirmada, puesto que tanto la doctrina como la jurisprudencia en la mayoría de los casos inclinan los argumentos y posiciones a favor de la admisibilidad de la guarda de hecho con fines de adopción, fundamentando dichas posturas en el interés superior del niño, postura a la que adhiere claramente el autor.

## BIBLIOGRAFIA.

### Doctrina

Azpiri, J. O. (2.016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia*. 8ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Bertoldi de Fourcade, M. V. (Direc.). (2.015). *Manual de Derecho Privado. Parte General*. Córdoba: Advocatus Ediciones.

Bidart Campos, German J. (2.016). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: EDIAR

Bueres, A. (Direc.). (2.015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Tomo I, arts. 1- 1.429*, 6ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

Burgues, M. (2.018). *Génesis del artículo 611 del CCCN. Los primeros embates judiciales. Primera parte*. Recuperado de: Microjuris.com.

Cataldi, M. (2.016). *La guarda de hecho frente a la adopción: un viejo debate renovado en el Código Civil y Comercial*. Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos, N° 24.

Díaz, R. (2.009). *Realidad, Adopción y proceso judicial en Mendoza*. VI Jornadas Regionales y III Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción. Despejando Máscaras, 5. [http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro\\_adopcion/index.htm](http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/index.htm)

De la Torre, N. (2.014). *Declaración judicial de la Situación de Adoptabilidad*. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Direc.). (2.014) *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2.014, Tomo III, arts. 594 a 637*(pp.219-220, 224-284). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Drago, A. (1.997). *Convención sobre Los Derechos del Niño, Esquema ordenado de contenidos normativos*. Capital Federal: Producciones Mawis.

Duprat, C. (2.016). Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos. *El “vínculo afectivo”, la guarda de hecho y el interés superior de los niños en un caso de adopción*, Nro. 21.

Fernández, S. E. (2.014). *Guarda con Fines de Adopción*. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Direc.). (2.014) *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2.014, Tomo III, arts. 594 a 637*(pp.285-370) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2.014). Revista Derechos del Niño, Números Tres y Cuatro. Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2014. Recuperado de: <https://docplayer.es/102366-Situacion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-sin-cuidados-parentales-en-la-republica-argentina.html>.

García Méndez, E. (Comp.). (2.009). *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley N° 26.061*. 2aed. Mendoza: Doctus Libros.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista, L. (2.010) *Metodología de la Investigación*. 5a ed. México: Mc Graw Gil Educación.

Herrera, Marisa. (2.014). *Artículos 594 a 596. En Tratado de Derechos de Familia según el Código Civil y Comercial de 2.014. Tomo III*. (p. 18). Santa Fe: Rubinzal -Culzoni Editores.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Direc.). (2.014). *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2.014, Tomo III, arts. 594 a 637*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Medina, G. (2.009). Revista de Derecho de Familia y de las Personas. *Primeros Comentarios al DECRETO N° 1328/2009. Reglamentación del Registro Único de Aspirantes a guarda con fines Adoptivos. Una nueva forma para una vieja aspiración*. Recuperado de: <http://www.graciamedina.com/reglamentacion-del-registro-unico-de-aspirantes-a-guarda-con-fines-adoptivos-comentarios-al-decreto-1328-2009-comparacion-con-el-anterior-regimen/>. 23 de agosto de 2.018.

Medina, G. (2.009). Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. *La Reglamentación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Comentarios al decreto 1328/2009. Comparación con el régimen anterior, en Derecho de Familia*.

Medina, G. (2.009). Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. *Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor*. Recuperado de: <http://www.graciamedina.com/reiteracion-de-la-doctrina-judicial-que-no-obstaculiza-la-adopcion-porque-la-madre-otorgue-la-guarda-de-hecho-de-su-hijo-biologico-en-forma-directa-correcto-balance-entre-la-autonomia-de-la-voluntad-materna-y-el-inter-superior-del-menor>.

Mignon, M. B. (2.006). Sitio gratuito de consulta y debate sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. *La guarda preadoptiva en el Código Civil y Comercial: blanco sobre negro en un tema de especial complejidad*. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Laguardapreadoptiva-por-Mar%C3%ADa-Bel%C3%A9n-Mignon.pdf>.

Rodríguez, L., Blanck, E. (2.009). *Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección*. En García Méndez, E. (Comp.). (2.009). *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley N° 26.061*. 2aed. Mendoza: Doctus Libros.

Santangelo, M. V. (2.006). Revista Jurídica UCES. *La guarda de hecho. La rigidez normativa frente a una realidad insoslayable*, N° 7, (47 – 56).

Tavip, G. E. (Direc.). (2.018). *El Derecho de Familias a la luz del CCyCN. Reseña Jurisprudencial. Compilado de los primeros pronunciamientos*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.

Yuni, J. A., Urbano, C. (2.014). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación, Volumen 1*. 2a ed. Córdoba: Brujas.

Yuni, J. A., Urbano, C. (2.014). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación, Volumen 2*. Córdoba: Brujas.

### **Legislación**

-Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales. (Const.). (1.853). Reformada en 1.994. Art. 75. Inc.22. Primera Parte. Capítulo 4. Ed. Errius. En Tratados Internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): art. 17 inc. 1, 4 y 5, 19.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer: arts. 5 inc. b, 16 inc. f.

Convención sobre los Derechos del Niño: preámbulo. arts.3 inc. 1, 4, 9 y 16.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: arts. 6, 7 y 30.

Declaración Universal de Derechos Humanos: arts.16 inc. 1 y 3, 25 inc.1,2, y 3.

-Congreso de la Nación Argentina. (01 de octubre de 2.014). Código Civil y Comercial de la Nación. (Ley N° 26.994).DO: Boletín Oficial 32985. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>.

- Congreso de la Nación Argentina. (28 de febrero de 1.997). Adopción. (Ley N° 24.779). DO: Boletín Oficial 28.616. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=42438>

- Congreso de la Nación Argentina. (04 de diciembre de 2.003). Guarda con Fines Adoptivos. (Ley N° 25.854).DO: Boletín Oficial 30.313. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=91602>.

-Congreso de la Nación Argentina. (28 de septiembre de 2.005) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. (Ley N° 26.061).DO: Boletín Oficial 30767. Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=110778>.

- Congreso de la Nación Argentina. (25 de septiembre de 1.869). Código Civil (no vigente). (Ley N° 340). Recuperado de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=109481>.

-Congreso de la Nación Argentina. (2.017). Proyecto de Ley Modificación art. 611 CCCN. Recuperado de:

<http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3545.17/S/PL>

### **Jurisprudencia.**

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27-4-2012) Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de:[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf).

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (19 de febrero de 2.008). Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/ guarda preadoptiva. Sentencia. Recuperado de SAIJ. Sistema Argentino de Información Jurídica. Sitio web: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-guarino-humberto-jose-duarte-guarino-maria-eva-guarda-preadoptiva->

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (27 de mayo de 2.015). “M. M. S. s/ guarda”. Sentencia. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com>.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (29 de agosto de 2.017). “V. A. / medida de abrigo”. Recuperado de: [microjuris.com](http://microjuris.com).



-Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero. (27 de marzo de 2.014). “G. L. G. y A. I. H. / guarda y tenencia con fines de adopción plena”. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com>.

- Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santiago del Estero. (19 de febrero de 2.010). “C. N. J. y B. C. H. | guarda con fines de adopción de la menor A. L.”. MP: Dres. Luis César Mansilla, Azucena Brunello de Zurita y Raúl Lima. Dra. Cecilia Ausar de Pena, secretaria.” Recuperado de: <http://ar.microjuris.com>.

- Cámara de Apelaciones de Concordia. (8 de abril de 2014). “P. M. M. | guarda con fines de adopción”. MP: Justo J. de Urquiza-Ricardo I. Moreni-Liliana Pelayo de Dri. Jorge I. Orlandini-secretario”. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com>.

-Tribunal Colegiado de Familia de Rosario. (7 de septiembre de 2016) “L. A. E. | guarda preadoptiva – adopción”. MP: Marcelo José Molina. Tania Camila Roimeser, secretaria”. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com>.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes. (14 de julio 2017). “T. N. s/ víctima”. MP: Dres. Claudia Kirchhof – Miguel Pacella. Recuperado de: [http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio\\_viewlist.php](http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio_viewlist.php)

- Tribunal Cámara de Familia de 1ª Nominación, Córdoba. (31 de mayo de 2005). “S.G.A – Guarda – Recurso de Apelación”. MP: Rodolfo Grosso - María V. Bertoldi de Fourcade”. Recuperado de:

[http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio\\_viewlist.php](http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio_viewlist.php).

- Juzgado de Familia de Córdoba 2º Nominación. (21 de septiembre de 2.004). “S.G.A. Guarda”. MP: Dr. Hector Tizeira del Campillo”. Recuperado de: [http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio\\_viewlist.php](http://www.actualidadjuridica.com.ar/inicio_viewlist.php).

### **Publicaciones de Sitios Oficiales**

#### **SAIJ**

Figueroa, Ana M. (2.014). Nuevos paradigmas, supremacía constitucional y los derechos de género en Argentina. 13 de agosto 2.018. Recuperado de SAIJ. Sitio web: <http://www.saij.gob.ar/ana-figueroa-nuevos-paradigmas-supremacia-constitucional-derechos-genero-argentina-dacfl40591-2014-08/123456789-0abc-defg1950-41fcanirtcod>.

**Trabajo de Grado.**

Soria, María Marta. (2.016). *Las adopciones dirigidas. Trabajo de Graduación Final.* (Trabajo Final de Grado). Universidad Siglo 21. Córdoba. Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/>. Repositorio Universidad Siglo 21 Base de datos.