



Trabajo final de grado

“Controversias jurídicas en la adopción respecto a la importancia del referente afectivo ante la carencia de vínculo de parentesco”

Abogacía

ZAMORA, Juan Manuel.

DNI: 36.141.203

LEGAJO: VABG58781

Año 2019

Agradecimientos y dedicatoria

Agradezco a Dios por ser mi guía y refugio, acompañándome a lo largo de mi vida, nutriéndome de paciencia, sabiduría y constancia para alcanzar este objetivo tan anhelado.

Esta Tesis está dedicada a la memoria de mi mujer, Natalia, ser de inagotable fortaleza, apoyo, aliento, quien fue mi refugio y confidente, y quien me animo constantemente para alcanzar mi título, que juntos soñamos día a día este momento. Me dio lo más importante de mi vida, MI FAMILIA, y por ella, Delfina, Amparo, y Juan Ignacio, nuestros hijos, es que hoy logro y ofrezco este sueño.

Agradezco a mis padres por ser mi pilar fundamental y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades e inconvenientes que se presentaron. A mi madre que nunca perdió la fe en mi estuvo en cada momento con la fortaleza necesaria.

Al resto d mi familia, hermanos, suegros, tíos, abuelas, primos, por estar con su apoyo, sus palabras de aliento, su preocupación, su ánimo.

Agradezco a cada profesor que lo largo de mi carrera me formaron para ser un óptimo profesional, en conjunto con la Universidad, peros sobretodo, y muy importante, me formaron para ser una mejor persona todos los días. En conjunto han sido la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.

A mis amigos, comadre y compadre, increíbles y tan necesarios alentadores.

Resumen

Esta investigación indaga en la importancia y rol del referente afectivo, como una figura que emerge de la actual normativa civil, en la posible declaración de adoptabilidad y posterior adopción, en razón de carecer de vínculos de parentesco. En este sentido, se analiza el instituto de la adopción, su marco normativo, así como también el derecho a la identidad e intimidad del niño. Además, de reconocer tales derechos en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, también de profundizar el análisis del rol referente adoptivo en la normativa civil y a través de posiciones doctrinarias, junto al derecho comparado y jurisprudencia extranjera y nacional respecto a la adopción y a la función del referente adoptivo.

Palabras Claves: Referente adoptivo, adopción, derecho a la identidad e intimidad del niño, posiciones doctrinarias, derecho comparado, jurisprudencia.

Abstract

This research investigates the importance and role of the affective referent, as a figure that emerges from the current civil regulations, in the possible declaration of adoptability and subsequent adoption, due to lack of kinship ties. In this sense, the adoption institute, its regulatory framework, as well as the child's right to identity and privacy are analyzed. In addition, to recognize such rights in international and national legal instruments, also to deepen the analysis of the adoptive reference role in civil regulations and through doctrinal positions, together with comparative law and foreign and national jurisprudence regarding adoption and the role of the referent adoptive.

Keywords: Adoptive reference, adoption, right to identity and privacy of the child, doctrinal positions, comparative law, jurisprudence.

Índice

Introducción.....	7
Capítulo 1La adopción, antecedentes y conceptos afines	10
1.1 Introducción parcial	10
1.2 Concepto y antecedentes jurídicos del instituto de la Adopción	10
1.2.2 Principios generales.....	11
1.3 Identidad, definición, caracteres	14
1.4 Filiación.....	14
1.4.1 Clases y tipos de Filiación	14
1.5 Verdad Biológica	15
1.5 Concepto de intimidad y de autonomía de la voluntad	16
1.6 Conclusiones parciales	17
Capítulo 2Marco normativo nacional e internacional acerca de la adopción y de la protección a la identidad e intimidad del niño.....	19
2.1 Introducción.....	19
2.2 La adopción en el derecho internacional y su recepción constitucional	19
2.3 Marco normativo internacional sobre el derecho a la identidad.....	21
2.4 El derecho a la privacidad e intimidad en la legislación internacional	22
2.4 Normativa nacional acerca de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.....	25
2.5 Conclusiones parciales	26
Capítulo 3El rol del referente afectivo, regulación civil y posiciones doctrinarias.....	28
3.1 Introducción.....	28
3.2 Concepto de referente afectivo	28
3.2.1 Antecedentes normativos.....	28
3.3 Guarda de hecho o Entrega directa	30

3.4	Trabas legales que encuentra el referente afectivo	31
3.5	Posiciones doctrinarias respecto al referente afectivo.....	32
3.6	Conclusiones parciales	34
Capítulo 4	Jurisprudencia nacional sobre la adopción de menores, nuevos vínculos con referentes afectivos	37
4.1	Introducción	37
4.3	Fallos de la Corte Suprema de Justicia.....	37
4.2	Fallos de Tribunales inferiores.....	39
4.5	Conclusiones parciales	43
	Conclusiones finales	45
	Bibliografía.....	49
I-	Doctrina	49
II-	Legislación.....	50
III-	Jurisprudencia.....	52

Introducción

Esta investigación aborda al Instituto Jurídico de la Adopción, el cual ha adquirido suma importancia debido a los continuos cambios que sufre la sociedad, debido a cuestiones de infertilidad que padecen las parejas para poder procrear por métodos naturales o por las nuevas formas de constituir familias, ya sea con personas de distinto o igual sexo.

Asimismo, se destaca que el principal objetivo es el bienestar del menor, como así también se pone de manifiesto nuevos agentes que están o pueden aparecer y constituir una relación con el adoptado, aun sabiendo que no son familia consanguíneamente, pero si generando un lazo más que importante para la mejor calidad de vida. Es así que en la actualidad, a causa de cambios sociales, nuevas composiciones familiares, comienza a tomar un rol protagónico el referente afectivo, persona que a lo largo de un tiempo considerable ha entablado un vínculo con el menor, generando diferentes posturas en cuanto a si puede o no ser postulante para una futura adopción. Esto lleva a pensar que la figura en cuestión sería la indicada para garantizar al menor su educación, afecto, necesidades afectivas y materiales cuando no son provistas por la familia de origen.-

Además, caben destacar ciertos aspectos que la Ley 24.779, de Adopción, la que remarca y considera importantes, aspectos tales como el derecho del niño a conocer su identidad, por lo que obliga a que en la sentencia que otorgue la adopción, conste que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptivo su realidad biológica, y de ser posible mantener de alguna manera la relación; el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al conocimiento del contenido del expediente de su adopción.

Es posible que la inclusión de estas normas en la ley de adopción haya tenido como objetivo estar a tono con la evolución de la producción social operada en los últimos años y adecuarse a las regulaciones de la Convención de los Derechos del Niño, que registra jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994.

Por cuanto el problema de la investigación se plantea a través del interrogante ¿Cuál es la importancia que tiene o debiera tener el referente afectivo ante la posible declaración de adoptabilidad y posterior adopción cuando se carezcan de vínculos de parentesco?

En tanto la hipótesis afirma que la importancia del Referente Afectivo aparecería en la actualidad como algo innovador en la adopción, ya que puede darse que en la misma persona se halle un familiar con un vínculo afectivo que indicaría es la adecuada para ser adoptante, como así también puede ocurrir que ambas características no se encuentren reunidas por una misma persona, o que alguna se encuentre menoscabada, y es allí donde aparece o puede aparecer ese postulante a analizar, que puede ser consanguíneo del futuro adoptado o un tercero que reúna las condiciones exigidas por la ley para poder lograr la adopción y satisfacer necesidades afectivas y materiales al niño o adolescente, cuando estas no pueden obtenerse de la familia de origen.

Asimismo, el objetivo general es el de analizar la importancia que en la actualidad tiene o debiera tener el Referente Afectivo al momento de que los Jueces decidan sobre la persona idónea/optima postulante para ser adoptante y poseedora del necesario y condicionante vínculo afectivo. Mientras que entre los objetivos específicos se indaga en el concepto y principios del instituto jurídico de la Adopción, en la identidad, intimidad y autonomía de la voluntad, además de analizar el rol de referente afectivo en la normativa civil y en posiciones doctrinarias al respecto. Así como también se examina la normativa internacional y nacional acerca de la adopción, del derecho a la identidad, a la intimidad, también se analizan los supuestos condicionantes para ser adoptante, el derecho comparado y la jurisprudencia internacional y nacional respecto a la adopción de menores.

En cuanto a la metodología se apela a un estudio descriptivo, el constituye el indicado para la investigación, y consiste en seleccionar una cuestión problemática y recoger información sobre ella para luego realizar una descripción sobre el objeto de estudio. Se utiliza este método porque el propósito de este trabajo es analizar como la nueva figura del Referente Afectivo es considerada por la legislación, la doctrina y los distintos Tribunales, en razón de cómo los distintos Jueces lo tienen en cuenta o no para sentenciar, tomar medidas, teniendo en cuenta el interés superior del niño, lazos afectivos, familiares o

no, por sobre el deseo de los progenitores. Es decir, que se analizan en detalle los argumentos esgrimidos y como es su relación con las distintas normas.

El problema planteado reclama un análisis de los diferentes fundamentos de la jurisprudencia, información que devenga de diferentes fallos y datos relevantes sobre la temática elegida, que permita captar concepciones diferentes, intereses y valores; por lo que no se ajusta a ningún análisis numérico o estadístico. Además, en cuanto al límite temporal de la investigación, se parte. Mientras que la investigación parte del año 2015, desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en adelante (CCyC), que incorpora modificaciones importantes respecto a la Adopción y al referente afectivo. El nivel de análisis se comprende por la legislación, doctrina y jurisprudencia internacional y nacional.

Por último, el trabajo se organiza en cuatro capítulos, en el primero se indaga en conceptos fundamentales de la investigación, haciendo hincapié en el instituto de la adopción, la identidad, intimidad y la autonomía de la voluntad. En el segundo apartado de la investigación se aborda la normativa internacional y nacional acerca de la adopción, así como también el derecho a la identidad e intimidad de los menores.

En el tercer capítulo se analiza el rol del referente adoptivo, las posibles trabas legales para la adopción y posiciones doctrinarias acerca del mencionado rol que juegan en el marco de un proceso judicial de adopción. En el cuarto y último capítulo se examina al instituto de la adopción y al papel del referente adoptivo en el derecho comparado, así como también se analiza jurisprudencia internacional y nacional, ahondando en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante (CSJN), y en tribunales inferiores.

En tanto, se espera que las conclusiones obtenidas resulten de un importante valor para la comunidad académica y la sociedad en general, ya que contribuyen al conocimiento y comprensión del instituto adoptivo como recurso de protección del menor, con un inmenso valor, debido a que se instituye como un remedio social, ético y jurídico a la problemática de la niñez abandonada.

Capítulo 1

La adopción, antecedentes y conceptos afines

1.1 Introducción parcial

En este capítulo se indagan en conceptos fundamentales para la investigación, partiendo del instituto de la Adopción, sus antecedentes y principios generales, para luego aproximarse a la identidad como derecho inalienable, la filiación, la intimidad y la autonomía de la voluntad. En virtud de trazar y reconocer un panorama conceptual y también desde la normativa civil que regular y al instituto en cuestión.

Además, a partir del reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes a ser adoptados, se comienzan a delinear aspectos jurídicos insoslayables que permiten adentrarse en una situación que implica otros derechos relevantes, como por ejemplo a la identidad, siempre en aras del Interés Superior del Niño.

1.2 Concepto y antecedentes jurídicos del instituto de la Adopción

La adopción constituye un instituto jurídico, cuya finalidad es la proteger al niño y adolescente, para que pueden desarrollarse en el seno de una familia. En este sentido, el artículo 594 del CCyC entiende que el referido instituto

(...) tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.¹

Además, siguiendo con lo que estipula la normativa civil, la adopción amerita se otorgada solo mediante una sentencia judicial, emplazando al adoptado en calidad e hijo.

En tanto, respecto a los antecedentes jurídicos, la adopción se incorpora al ordenamiento legal argentino en el año 1948, por medio de la Ley 13.252, acerca del Régimen de Adopción de Menores, la que establecía un carácter simple de la misma.

¹ Artículo 594 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

Luego, la Ley 19.134 del año 1971 viene a modificar la anterior, al adoptar también el sistema de adopción plena.

Por último la Ley 24.779, acerca de la Adopción simple y plena de 1997, que se incorpora al CCyC, se adapta a las últimas reformas en materia de adopción, en lo que hace a filiación, responsabilidad parental. En ese sentido, el procedimiento de adopción simple crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto disposiciones en contrario, tal como dispone el segundo párrafo del artículo 620² del CCyC.

En ese sentido, en cuanto a los efectos, la adopción simple genera derechos que vienen del vínculo del origen y que no se extinguen. No obstante, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes.

En la adopción plena se confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción que subsisten los impedimentos matrimoniales. Así, el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo (art. 620 primer párrafo del CCyC).

1.2.2 Principios generales

Los principios generales de la adopción se encuentran regulados en el artículo 595 del CCyC, el cual enumera los siguientes:

a) El interés superior del niño: La consideración primordial del interés Superior se impone como criterio de decisión en todos los asuntos concernientes a aquellos que tomen tanto los tribunales, como las instituciones públicas o privadas y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Es una pauta valorativa que orienta y condiciona cualquier decisión de los tribunales en todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos. Se trata de un concepto que recepta el ordenamiento jurídico en diferentes normas, incorporado especialmente dentro de los principios generales que deben regir en los procesos de familia.

² Artículo 620.- La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

b) El respeto por el derecho a la identidad: El derecho a la identidad según Fenández Sessarego (1992) se define como

El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no 'otro' (...) nadie pretende que la identificación de una persona se agote a través de un solo y único medio, como podría ser el nombre, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal (...) (pp.124-31)

c) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada:

La adopción debe ser concebida como institución tendiente a efectivizar el derecho de todo Niño, niña y adolescente, en adelante (NNyA),“(.) a vivir en familia tras haberse descartado la viabilidad de respetar otro derecho humano como lo es permanecer con la familia de origen” (Herrera, 2008, p.39). Tal principio está acorde con los preceptos constitucionales y especialmente con los postulados que establecen instrumentos jurídicos internacionales en razón de que la familia es el núcleo de la sociedad y el medio para normal desarrollo y crecimiento de los NNyA. En este sentido, el Estado debe garantizar el derecho de aquellos a permanecer y crecer junto a su familia de origen, salvo las excepciones que se establecen en resguardo de su interés superior.

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: Este principio se funda en la jurisprudencia y doctrina, en el cual se priorizaba la adopción de los hermanos de manera conjunta a fin de garantizar los vínculos fraternos, como así también, del artículo 41 inc. d) y art. 66 inc. c) de la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

e) El derecho a conocer los orígenes:En consonancia con el principio del respeto a la identidad el artículo 596 del CCyC estipula que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo

requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

En caso de que la persona sea menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. A sus efectos, el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del NNyA y de su familia de origen.

En esa línea de pensamiento, los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Ya que, en el marco de un vínculo familiar resulta imprescindible que una persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quiénes son sus padres biológicos, para poder ejercer su derecho a la identidad y que aquel sea respetado. (Méndez, 2016)

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:

El derecho del niño a ser oído en juicios de adopción cobra suma importancia por todos los restantes derechos que se ponen en juego y con el fin de colocarlo como un verdadero sujeto de derechos. Entonces, en el artículo 617 del CCyC se indica que los NNyA que cuentan con edad y grado de madurez suficiente son parte en el proceso de adopción debiendo contar con asistencia letrada; el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

En caso de que el NNyA sea mayor a 10 años, debe prestar su consentimiento para que el acto se perfeccione concordantemente con lo dispuesto en el at. 595 inc. f. A su vez, el art. 26 regula la participación del NNyA en el proceso disponiendo que "la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona".

Del mismo modo, el art. 707 señala que los NNyA con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea

tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente según las circunstancias del caso.

1.3 Identidad, definición, caracteres

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos. El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia, la cual no significa que necesariamente sea la biológica o de origen, ya que en ocasiones por no poder proveer lo necesario para el bienestar general del menor es una alternativa.

1.4 Filiación

La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. En términos generales, se puede indicar que comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.

1.4.1 Clases y tipos de Filiación

En la actualidad están determinadas tres tipos de filiación distintas:

*Filiación por naturaleza o biológica: la que tiene su origen en la unión sexual de un hombre y una mujer.

*Adoptiva: es la que no corresponde a la realidad biológica sino a un vínculo paterno-filial creado por el derecho. Puede ser simple o plena, según se extinga o no el vínculo biológico, respectivamente.

A este respecto, el artículo 558 del CCyC dispone que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”.

*Técnicas de reproducción humana asistida: esta tercera fuente de filiación se ha incorporado con la aprobación del nuevo Código Civil y Comercial, no existiendo esta como tal con anterioridad.

Este tipo de técnicas no solo son una manera de que parejas heterosexuales accedan a la maternidad o a la paternidad, sino que también permite que parejas del mismo sexo accedan a la misma. En este aspecto la Ley 26.862, de Reproducción médicamente asistida, sancionada por el Congreso de la Nación regula el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La misma “tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”³.

Según esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

A su vez, todas estas clases de filiación pueden ser:

- Matrimonial: si el niño nace encontrándose los progenitores unidos en matrimonio.
- Extramatrimonial: si el niño nace no encontrándose los progenitores casados.

Habiendo comprendido la existencia de las clases de filiaciones, queda en claro que la continua actualización del sistema Judicial Argentino abre un abanico de posibilidades para los casos en que se quiera establecer un vínculo permanente con otra persona, avanzando de lo que antes era solo por naturaleza o adopción, en la actualidad también se consideran las Técnicas de Reproducción Asistidas.

1.5 Verdad Biológica

³ Primer considerando de la Ley 26.862 de Reproducción médicamente asistida.

La filiación biológica, podemos definirla como “la certeza de saber por quién hemos sido procreado”, ella es fundamental para construir una identidad; también es conocida como filiación por naturaleza, sostiene sus pilares sobre la base del principio de veracidad biológica, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión haya nacido el hijo.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado. En este aspecto, la verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. (Zenere & Belforte, 2001)

De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad -ni el padre, ni la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo - ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, (Zenere & Belforte, 2001)

Asimismo, actualmente, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, es necesario interpretar del nuevo el principio de veracidad biológica y entender que, cuando se emplee la reproducción asistida, se considerará padre (en potencial) a aquel que aporte el espermatozoide, y madre a aquella que dé a luz al hijo.

Esto no apareja ningún tipo de problemas sino hasta que dichas técnicas se emplean con material reproductor de donante (anónimo), o son usadas por mujer sola o por parejas del mismo sexo, o se recurre a un “vientre de alquiler”.

En conclusión, la utilización de las técnicas de reproducción asistida ha dado lugar a numerosos problemas relacionados con la filiación por naturaleza y han creado situaciones en las que se producen ficciones legales y se quiebra el principio de veracidad biológica.

1.5 Concepto de intimidad y de autonomía de la voluntad

La Intimidad es definida por la Real Academia Española, “como la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”.(DELS, 1999). En Argentina la intimidad es protegida por la Constitución Nacional en su Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Queda claro que la Intimidad la podemos ver como el más “pequeño círculo” que tiene cada persona y que no puede ser invadido por ninguna otra, siendo en el donde se puede desarrollar y encontrar su esencia como persona. Mientras no vulnere el derecho de nadie más, debe ser respetado.

En tanto la Autonomía de la Voluntad se define como la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios. (Hernández Fraga & Danay Guerra, 2013). Además, se puede afirmar que es un derecho muy relacionado con el de la Intimidad, ya que ambos comparten que deben ser respetados siempre y cuando el titular de ambos respete las demás personas y sus respectivos derechos.

1.6 Conclusiones parciales

El sistema Judicial argentino, a lo largo del tiempo y como debe ser, ha tenido su metamorfosis para acompañar los cambios que va teniendo la sociedad y así poder regular nuevas figuras, teniendo en cuenta modernos pensamientos y las nuevas tendencias. En este sentido, en la actual normativa civil el instituto de la adopción cobra una especial relevancia, en razón de asegurar los derechos de los NNyA para el normal desarrollo, crecimiento y el mantenimiento de lazos afectivos, en aras de que vivan en el seno de una familia.

De esa manera, se puede observar una evolución normativa respecto del instituto de la adopción, ya que en primer término, la Ley 13.252, acerca del Régimen de Adopción de Menores, del año 1948, establecía solo un carácter simple de la adopción. Mientras que la

Ley 19.134, del año 1971, modifica a la anterior y adopta también el sistema de adopción plena. Siendo la Ley 24.779, del año 1997, acerca de la Adopción simple y plena, la que incorpora a la actual normativa civil reformas en materia de adopción, en lo que hace a filiación, responsabilidad parental. Y en ese sentido, cabe destacar que el procedimiento de adopción simple en el CCyC no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto disposiciones en contrario, lo que abre las posibilidades para que otorgar un lugar de preponderancia al referente adoptivo. Además, los efectos de la adopción simple generan derechos que devienen del vínculo del origen y que no se extinguen. Aunque también cabe ponderar que la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes.

Asimismo, los principios generales de la adopción, regulados en el CCyC, sitúan a la misma como un derecho inalienable de todo menor, que implica derechos tales como a la identidad, a ser escuchado, a la intimidad, a saber acerca de su verdad biológica, es decir su origen. Siempre en razón del Interés Superior del Niño, en concordancia con las leyes vigentes y los tratados internacionales de carácter supranacional.

Capítulo 2

Marco normativo nacional e internacional acerca de la adopción y de la protección a la identidad e intimidad del niño

2.1 Introducción

En este apartado de la investigación se examinan marcos normativos en el derecho internacional y en el ámbito nacional acerca de la adopción y de la tutela que hacen los instrumentos jurídicos acerca del derecho a la identidad e intimidad del menor, que la legislación se encarga de salvaguardar, junto con la recepción constitucional. De esta manera, se aprecia que la adopción constituye un derecho amparado en el orden legal internacional y que se vincula con otros derechos ineludibles, al momento de colocar al menor frente a la posibilidad jurídica de ser adoptado.

2.2 La adopción en el derecho internacional y su recepción constitucional

La adopción constituye un derecho reconocido y protegido en instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante (CDN), la que establece el que “(...) los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”⁴.

Asimismo en su artículo 21, exhorta a que los Estados Partes que receptan y permiten el sistema de adopción cuiden de que

(...) el interés superior del niño sea la consideración primordial y:a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su

⁴ Inciso 1 del artículo 20 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; (...) c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; (...) ⁵

Es decir, que en virtud de lo expuesto, se puede afirmar que el artículo *ut supra* tiene su origen en el proyecto de Polonia⁶, en el que el Grupo de Trabajo elaborara un nuevo texto normativo para los Estados que permiten la adopción, en aras de aquellas personas que den su consentimiento a la adopción, requiriendo del asesoramiento necesarios (Álvarez Vélez, 1994)

En tanto la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 41/85, del 3 de Diciembre de 1986 y que a pesar de no ser una convención, ha tenido gran influencia en la CDN, establece que el objetivo fundamental de la adopción radica en que el niño, que no pueda estar al cuidado de sus propios padres, tenga una familia permanente, debiendo los encargados de su colocación considerar el medio más idóneo para el niño. (Cavagnaro, 2008)

Entonces en relación a esto, cabe acotar que el artículo 5, que reza que en toda cuestión relativa al cuidado de los niños por personas que no sean sus padres "(...) los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental." ⁷Y en este sentido, el resto de la Declaración contiene garantías que apoyan la plena integración del niño al seno de la

⁵Artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño

⁶El Proyecto de Polonia recogía el supuesto de la adopción, que pasaría a ser recogido por el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como la obligación por parte del Estado de "crear el medio educativo apropiado para que el niño que esté privado de su medio familiar natural o que no pueda educarse en ese medio por así aconsejarlo el propio interés del niño". Por lo que en base a ese texto, los países encargados por el Grupo de Trabajo, elaboraron la nueva redacción

⁷ Artículo 5 de Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional

familia adoptiva, siendo que esa formulación es realizada en términos de llamado a las autoridades, en razón del reconocimiento de derechos y necesidades del niño (Fellini, 2000).

Asimismo, cabe destacar que, a pesar de que a partir de los años 80s se constituyó un marco normativo relevante en materia de adopción, como la misma CDN, el incremento de las adopciones en el plano internacional trajo aparejada cuestiones tanto de carácter legal como psicológicas. Y en ese orden, se acuerda en afirmar que la adopción ya sea interna o internacional es una respuesta jurisdiccional estatal, ante la situación de desprotección del niño. Por cuanto los principios fundamentales recogidos en la referida Convención, se fundan en el respeto por los derechos personalísimos del niño y su interés supremo.

En tanto, en lo que refiere a la recepción constitucional de la CDN, la misma fue ratificada por la República Argentina en 1993 y sancionada como Ley 23.849. Incorporación que produjo por medio del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, en adelante (CN), que se encarga de aprobar o desechar tratados internacionales al receptarse poseen jerarquía constitucional, ello a partir de su reforma del año 1994. Entonces, la CDN al ser incluida en el mencionado artículo, adquiere la supremacía de las normas constitucionales

2.3 Marco normativo internacional sobre el derecho a la identidad

El derecho a la identidad está incluido en los artículos 7 y 8 de CDN, mientras que la intimidad es protegida por el artículo 19 de la CN, en razón de que

(...) las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante (...) será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.⁸

Y siguiendo con el derecho a la identidad, la CN recepta el derecho a la identidad por medio del referido inc.22 su artículo 75, el que ratifica tratados internacionales que protegen este derecho. Tales como, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana

⁸ Artículo 19 de la Constitución Nacional argentina

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 los Derechos del Niño. Y también en el artículo 33 de la C.N., y en los artículos 11 y 12 de la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En ese sentido, Bidart Campos (1995) señala que “(...) la identidad es un derecho personalísimo cuyo titular obviamente es la persona la cual elegirá su forma de vida respetándose la opción de cada uno al reconocimiento en su singularidad e identidad consigo mismo”. (p.380)

Por su parte lo regula también la Ley 17.671, Ley de Identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional. Su inclusión fue propuesta por la organización argentina de derechos humanos Abuelas de Plaza de Mayo, como expresión de su lucha por recuperar los niños y niñas que fueron secuestrados y privados de su identidad durante la última dictadura en ese país, razón por la cual son conocidos como «los argentinos».

Por cuanto, en razón de lo expuesto, se puede comenzar a diagramar la importancia que tiene la identidad en una persona, la cual es forjada desde el inicio como ser y se va formando con la esencia propia del ser humano, su entorno, familia y allegados afectivos; por ello, que la relación del niño o adolescente tanto con la familia de origen, como así también con referentes afectivos, contribuyen la identidad de ese ser.

2.4 El derecho a la privacidad e intimidad en la legislación internacional

En alusión a los tratados internacionales que consagran el derecho a la intimidad y privacidad, cabe mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948, sostiene en su artículo 12 que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. (...)”⁹. Además, de que todas las personas poseen el derecho a ser protegidas por la ley contra injerencias que afecten su privacidad.

⁹ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

En tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, del año 1969, establece en su artículo 11, acerca de la Protección de la Honra y de la Dignidad, que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, (...) ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.¹⁰

Asimismo, con respecto a la privacidad en menores de 18 años, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 16, establece que nadie tiene el derecho de invadir la vida privada del niño, ni la de su familia, así como también “(...) Tu casa, tu correo, así como tu honor y tu reputación, constituyen tu privacidad y están igualmente protegidos”¹¹. En ese orden, también determina que el Estado debe crear las condiciones necesarias para proteger la intimidad del niño.

Finalmente, cabe citar el artículo 14 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, del año 2003, el cual estipula que

- a) Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo identificables, de conformidad con el derecho interno compatible con (...) los derechos humanos.¹²

Es decir, que se busca proteger y otorgar preeminencia a los datos genéticos humanos, en aras de reservar el vínculo familiar o con grupo de identificación, conforme a los tratados de derechos humanos al respecto. De esta manera en el inciso b el artículo *ut supra* se brega por la no divulgación de los datos proteómicos humanos al expresar que

- b) Los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas asociados con una persona identificable no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, (...),salvo por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el derecho interno compatible con el derecho internacional

¹⁰ Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹¹ Artículo 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

¹² Inciso a del artículo 14 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

relativo a los derechos humanos o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos. (...) ¹³

Luego, en el inciso d se aclara que los datos genéticos humanos y toda muestra biológica extraída con fines médico y/o científicos

(...) sólo podrán seguir estando asociados con una persona identificable cuando ello sea necesario para llevar a cabo la investigación, y a condición de que la privacidad de la persona y la confidencialidad de los datos o las muestras biológicas en cuestión queden protegidas con arreglo al derecho interno ¹⁴.

Por último, los datos genéticos humanos y proteómicos “(...) no deberían conservarse de manera tal que sea posible identificar a la persona a quien correspondan por más tiempo del necesario para cumplir los fines con los que fueron recolectados o ulteriormente tratados” ¹⁵.

Asimismo, otra fuente internacional del derecho aplicable a la protección de los niños y adolescentes se desmenuza en la Convención Internacional sobre los derechos del Niño y de la Niña. En este sentido, en su artículo 9 trata acerca del trabajo constante e ininterrumpido de los Estados partes por conservar al niño con su familia de origen y solo en caso excepcionales y como última opción se tramitara para ubicarlo con alguna familia que reúna los requisitos exigidos por la ley para una niñez óptima.

Todo tipo de decisión que algún tribunal deba tomar, será siempre pensando en el Interés Superior del Niño, dándole participación a cada uno de los integrantes, cumplimentando así con el derecho de ser oídos. Si se diera el caso de tener que llegar a brindarle una nueva familia, el objetivo será mantener, o tratar, la relación con la familia biológica, mediante trabajo exhaustivo de los Estados brindando todo tipo de asistencia como también información que se le requiera sobre el paradero, situación, entre otras.

De esa manera, retomando la base constitucional que consagra el derecho a la intimidad, se puede afirmar que la misma, junto a los tratados internacionales con jerarquía supranacional se encargan de proteger el ámbito de la autonomía personal, es decir aquellas

¹³ Inciso b del artículo 14 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

¹⁴ Inciso d del artículo 14 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

¹⁵ Inciso d del artículo 14 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

acciones que se reservan a la esfera del individuo, cuya divulgación hacen peligrar o son potencialmente riesgosas para la intimidad de éste.

2.4 Normativa nacional acerca de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes

La Ley 9.944, de Promoción y Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba, en su artículo 14, denominado Derecho a la convivencia familiar y comunitaria, menciona la importancia y que es derecho del niño, el vivir y desarrollarse en el grupo familiar de origen con sus vínculos afectivos; y que solo de manera excepcional, y cuando sea probado y corroborado por la justicia, se lo podrá quitar de allí asegurándose que prime su interés, se le buscare un grupo familiar alternativo, entendiendo como tal la familia en todas sus modalidades, las familias de la comunidad donde la niña, niño y adolescente reside habitualmente u otras familias.

Así también la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la cual, como su título lo indica su principal preocupación es el la de velar por los derechos más sagrados y de esa forma cuidar su integridad física y psíquica, y en consonancia con ello su artículo 9 reza en su texto que niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

En tanto, en el ordenamiento legal de la provincia de Córdoba y en razón de velar por la integridad del niño y cumplir de sobremanera la meta de brindarle el debido cuidado y educación, se debe tener un continuo análisis y control si en el ámbito en que se haya. Además de que los progenitores no reúnan los requisitos necesarios exigibles, en el hogar exista violencia, y en ese sentido, cabe destacar a la Ley 9283, de Violencia Familiar, que en su artículo 20 establece que

En toda cuestión de violencia familiar, además de las medidas previstas en la legislación vigente, el Juez -de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público-, deberá disponer todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, la libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del grupo familiar. (...) ¹⁶

Por tanto, la norma busca que se adopten medidas que requieren la mayor celeridad posible, ya que la violencia en el seno de la familia obstaculiza el normal desarrollo y crecimiento de los niños y adolescentes, en muchas ocasiones poniendo en riesgo sus vidas. Entonces, los jueces deben actuar de oficio, en razón de la emergencia que requieren las causas para proteger integridad de los NNA.

2.5 Conclusiones parciales

La adopción se regula y protege en instrumentos jurídicos internacionales, como un derecho humano reconocido, tal es así que la CDN en su digesto exhorta a que los Estados Partes adheridos permitan y cuiden el sistema de adopción en aras del Interés Superior del Niño, con la finalidad fundamental de que el niño que no pueda estar al cuidado de sus padres, goce de una familia estable. Y en este sentido, cabe reflexionar sobre lo que significa y constituye la familia para el normal crecimiento y desarrollo de los niños y adolescentes.

Ya que, en consonancia con la adopción, lo que está en consideración es otro derecho inalienable, como es el derecho personalísimo a la identidad, que contempla que la persona opte por una forma de vida, respetando su singularidad e identidad con ella misma. Además, la identidad construye la propia esencia del ser humano. Entonces en ese marco, se destaca la Ley 17.671, de Identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional, propiciada por la organización argentina de derechos humanos Abuelas de Plaza de Mayo, para la recuperación de niños y niñas desaparecidos durante la última dictadura militar en la República Argentina.

¹⁶ Artículo 20 de la Ley 9283, de Violencia Familiar.

De esa manera, cobra una importancia sobremanera la relación del niños con su familia, allegados afectivos y entorno, lo cual contribuye a forjar la mencionada identidad, es decir que se tiene en cuenta la relación tanto con la familia originaria, como así también con los referentes afectivos. Por ello, que entre los tratados internacionales que regulan el derecho a la intimidad y privacidad, cabe destacar a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que establece que nadie puede ser objeto de injerencia arbitraria en contra de su vida privada sostiene. Mientras que la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, del año 2003, sostiene que el Estado debe esforzarse en asegurar la privacidad de las personas respecto a los datos genéticos que se vinculan el grupo familiar o de identificación. Bregando por la no divulgación y la protección de los mismos.

Por último, no se puede obviar a la normativa local, la a que a través de su ordenamiento protege a la familia, como base y medio para el desarrollo de los NNA, como es el caso de la Ley 9283, de Violencia Familiar, la que contempla que los jueces actúen con la mayor celeridad posible para evitar que los niños o adolescentes corran riesgo en su integridad física, psíquica y moral.

Capítulo 3

El rol del referente afectivo, regulación civil y posiciones doctrinarias

3.1 Introducción

En este capítulo se trata acerca del referente afectivo como una figura relevante en el nuevo marco normativo del actual CCyC y en razón de ser la cuestión medular de la investigación. De esta manera, se profundiza en su rol y el protagonismo que cobra el proceso de adopción. Además de examinar posiciones doctrinarias respecto de su papel, importancia y en aquellos procesos que tienen como finalidad la adopción, cuando parientes del menor de edad no reúnen las condiciones que dicho referente puede llegar a poseer.

3.2 Concepto de referente afectivo

Los referentes afectivos son personas que se constituyen en figuras de apoyo emocional para los niños de una manera más familiar que quienes cumplen un rol transitorio durante las medidas de abrigo. En este sentido, se puede afirmar que constituyen personas que poseen un vínculo estrecho con los NNA, aunque carezca de un vínculo de parentesco, es decir que esa relación se funda en lazos afectivos que deben ser respetados en razón del Interés Superior del Niño.

Asimismo, en lo que hace la relación de los referentes afectivos se pueden encontrar a madrinas y padrinos religiosos, docentes, familiares afines, todos sin vínculo jurídico alguno. Pero, con la suficiente idoneidad como cualquier familiar autorizado legalmente para ejercer la guarda del menor (Luján, 2016)

3.2.1 Antecedentes normativos

Entre los antecedentes normativos, cabe destacar al anteproyecto del actual CCyC, el cual había contemplado, a modo de excepción la prohibición de la guardas de hecho, un vínculo de parentesco o afectivo entre los progenitores y los guardadores. No obstante, al terminar de redactarse el actual Código Civil se elimina el consabido vínculo afectivo, ya que, según versa en los fundamentos del Proyecto del mencionado Código

“El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trata de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial del estado de adoptabilidad”¹⁷.

Por cuanto, lo precedente se pergenio, al tener en consideración que no todas las circunstancias que originan una guarda de hecho son similares, por lo que corresponde al Juez el análisis de cada caso en particular para corroborar la existencia de un vínculo de parentesco y también de afinidad. Y en razón de ello, proceder a la entrega directa a los terceros contemplados por la ley. (Alemán & Rosello, 2017)

Es decir, la adopción debe realizarse conforme a la vía judicial, conforme tanto a la Ley 25.854, de Guarda con fines adoptivos, así como también se puede afirmar que el CCyC se subsume a tratados intencionales que protegen la integridad de los niños y adolescentes, en particular a la CDN, la cual se halla reglamentada en la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en la que estaba contemplado el referente afectivo. En este sentido, en el artículo 7 de la mencionada norma se conceptualiza que

Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)¹⁸.

¹⁷ Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

¹⁸ Artículo 7 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Similar cuestión que se encuentra regulada en la Ley 14.528 de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires, del año 2013, la que en su artículo 16, acerca de la Guarda de hecho y su prohibición, que establece que “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. (...)”¹⁹

Asimismo, se puede afirmar que la norma *ut suprasentó* las bases del texto del actual CCyC, estableciendo la como excepción a la guarda de hecho, la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los guardadores, así como también la relación afectiva anterior.

3.3 Guarda de hecho o Entrega directa

Con respecto a la Guarda de hecho o Entrega Directa la doctrina la ha definido como aquella

(...) que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial. Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de dessubjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto. (Herrera, et al, 2015, p.403)

Asimismo, el referido artículo 611 del CCyC, no solo expresa la prohibición de la entrega directa en guarda de niños y adolescentes, sino también, ante la transgresión de tal prohibición se habilita al juez a separar al niño de manera transitoria o definitiva de aquel que pretende ser su guardador, a excepción de que se corrobore que existe un vínculo de parentesco. Por último, se aclara, en el referido artículo, 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.

¹⁹ Artículo 16 de la Ley 4.528 de Procedimiento de Adopción de la Provincia de Buenos Aires

3.4 Trabas legales que encuentra el referente afectivo

En cuanto al referente afectivo, se puede afirmar que éste encuentra ciertas trabas legales, ya que en virtud de lo que regula el CCyC no está tal referente no está legitimado para comenzar con el proceso de una guarda preadoptiva. Y en este sentido, cabe destacar que la preexistencia del vínculo entre el referente adoptivo y el niño o adolescente carece de un encuadre jurídico. Entonces, en palabras de Graciela Medina (2015) lo anterior hace

Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe, cuando en realidad y como todos sabemos la mala fe – en principio – no se presume. (p.5)

Al mismo tiempo, cabe resaltar que la Ley 25.854, acerca de la Guarda con fines adoptivos crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, que implica la prohibición de las guardas de hecho. No obstante, existen posiciones encontradas al respecto, ya que al suprimir las referidas guardas se está dejando de lado el Interés Superior del Niño, en función de evaluar la condiciones que reúne quien solicita tal guarda.

Por ello, que en la práctica si alguien tiene bajo su guarda de hecho a un niño o adolescente con el cual ha consolidado un vínculo afectivo y desea formalizarlo recurre a una abogado, o bien también las instituciones escolares y las obras sociales, entre otras, también solicitan es formalización. (Medida, 2015). Además, de la consabida prohibición, el juez tampoco está no está facultado para separarlo del NNA. Situación que constituye una barrera legal insoslayable.

De lo anterior surgen interrogantes esenciales, que no poseen una aparente respuesta, ya que cuál es la protección que se le brinda al NNA y qué se hace con el niño luego de que la ley resuelve separarlo de su guardador. Es decir, que solo los parientes que reclamen la guarda están legitimados legalmente para hacerlo.

En tanto, otra barrera legal la constituye la ausencia de inscripción en el registro en el que los pretensos adoptantes desean hacer uso de su derecho, cuyo requerimiento está contemplado en el artículo 600 del CCyC, el que estipula que solo pueden ser adoptantes aquellas personas inscriptas en el registro correspondiente. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se ha expresado a favor del Registro Central de

aspirantes a Guardas con fines adoptivos, ya que considera que existen mayores posibilidades para resolver en función de la idoneidad de posibles adoptantes, conforme a las condiciones y características de los NNA en condiciones de ser adoptados.

Entonces, se acuerda en que el paso del tiempo es un factor relevante al momento de decidir acerca de la situación de los NNA que son provisoriamente separados de su familia, ya sea para la admisión de pedidos de restitución por los progenitores o para convalidar situaciones que escapan a los instrumentos legales contemplados para la adopción (Fernández, 2014)

3.5 Posiciones doctrinarias respecto al referente afectivo

Respecto a la posturas acerca de la importancia y el rol que pueden llegar a cumplir los referentes afectivos en los casos de adopción, cabe destacar que en relación a la guarda de hecho en el artículo 611 del CCyC se admite como un supuesto de excepción la relación afectiva previa entre la familia de origen y los guardadores que pretende la adopción del menor. Por tanto queda excluida la prohibición de aquellos que establecen relaciones genuinas con el niño o adolescente, como es el caso de padrinos, vecinos o los consabidos referentes afectivos.

Y en ese sentido, el artículo 7 del derecho 415/2006 de la ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, le da un lugar preponderante al referente adoptivo y de esa manera el artículo 643 del CCyC admite la delegación de la responsabilidad parental a un tercero idóneo, que debe ser debidamente controlado por la Justicia para no se filtre un caso de adopción y así lo fuere, el juez debe reencaminar el procedimiento hacia la declaración de adoptabilidad contemplada en el artículo 607 y ss. por cuanto, cabe una íntima e ineludible relación entre el Interés Superior del Niño y la “socioafectividad” (Cataldi, 2016)

Entonces, aludiendo al concepto de socioafectividad, éste resulta imprescindible en todo vínculo familiar, es decir en

(...) las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el

aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana. (Saba, 2007, p.163)

De esa manera, la socioafectiva conjuga elementos que implican tanto lo social como lo afectivo, y en ese orden ambos poseen una mutua interacción. Ya que en acuerdo con Marisa Herrera (2014)

El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas que la voluntad y el afecto son los únicos elementos – y para eso el ejemplo más evidente es la adopción (...) (p.79)

Conforme a la idea anterior, tanto la filiación de origen biológico como la afectiva son relevantes al momento del establecimiento de vínculos entre los pretensos adoptantes y los niños y adolescentes. Así, se dan casos en los que los conflictos jurídicos no son originados por entregas directas, sino por el cultivo de un fuerte vínculo afectivo desarrollado durante las medidas de alojamiento alternativo excepcional. Por cuanto, ante el rol e importancia del referente afectivo no se puede dejar de tener una mirada holística, en razón de las guardas de hecho, para abarcar diferentes situaciones, es decir alejarse de una cuestión que se encierre en la rigidez normativa y dando lugar al vínculo afectivo.

Y tal como lo señala Cataldi (2016) resulta menester ir a las fuentes del CCyC, como es el caso del artículo 2^o del citado Código que obliga a una interpretación que aparece con los nuevos paradigmas que atraviesa la sociedad, para de esa manera dinamizar dicha consideración de la realidad, ya que

(...) con fundamento en el principio de realidad, no todo contacto directo es un caso de “chico puesto” -término utilizado en situaciones en las que la guarda se realiza a favor de terceros sin ningún vínculo afectivo previo con el niño, niña o adolescente (...) (Herrera, 2008, p.375)

Por tanto, resulta menester tener en cuenta la sinceridad del vínculo afectivo previo, que el juez debe ponderar distinguiendo cada caso en particular. Para, de esa manera, lograr

²⁰Artículo 2°. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento

una regulación que abarque todas las etapas legales para alcanzar la adopción del menor, con el debido control judicial.

Ya que en muchas ocasiones los jueces están frente a situaciones que presentan ambivalencias, a tenor de la rigidez de las normas, por lo que el menor, no solo sufre la pérdida de los lazos consanguíneos con su progenitor, sino también con quien lo acoge. Siendo el tiempo un factor de suma importancia para llegar a una resolución. (Cataldi, 2016). Y en este sentido, en aras de encontrar la solución más ecuánime y equitativa los operadores del derecho deben adaptarse a los principios de los tratados internacionales de Derechos Humanos que constituyen el bloque constitucional, receptados a través del inciso 22 del artículo 75 de la CN, que sostiene que corresponde “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. (...)”²¹

Asimismo, se pretende aplicar por sobre todo, el Interés Superior del Niño, el cual implica una mirada holística de los que derechos afectados a los niños y adolescentes que puedan llegar a vulnerarse, lo que lleva a considerar la cantidad y el valor de esos derechos. Por tanto, surgen interrogantes acerca de si las guardas de hecho menoscaban derechos del menor, sin la intervención del correspondiente órgano jurisdiccional.

Ahora bien, tal como señala Kemelmajer de Carlucci (1998), la Ley 24.779, acerca de la Adopción Simple y Plena, contemplaba dos requisitos, los rígidos que no pueden exigirse y aquellos flexibles que deben ceder en el caso de que se vulneren principios superiores que rigen al instituto de la adopción, como por ejemplo el Interés Superior del Niño, cito en el artículo 21 de la CDN, el que establece los Estados Partes que reconozcan y permitan el sistema de adopción procuren darle prioridad al mencionado interés superior.

3.6 Conclusiones parciales

El concepto de referente afectivo se enmarca en una cuestión que se funda en un vínculo afectivo que se va desarrollando entre un adulto y un niño o adolescente, en razón

²¹ Inciso 22 del artículo 75 de la Constitución de la Nación argentina

de que se erige en una figura de apoyo y contención emocional para el menor. Por cuanto, dicho referentes cumplen un rol que puede ser transitorio, pero que ante la carencia de un vínculo de parentesco se debe respetar la relación entre los mencionados referentes y los menores en aras del Interés Superior del Niño.

Asimismo, respecto a la Guarda de hecho o Entrega Directa, ésta se genera cuando los progenitores de un niño se desligan de su crianza, lo que amerita que el niño a cargo de terceras personas, dejando de lado toda intervención judicial. Lo que, en muchas ocasiones, la doctrina concuerda en que se lo cosifica al menor, al priorizar las necesidades de los adultos. En este sentido, se puede observar que el CCyC prohíbe la entrega directa en guarda de niños y adolescentes. Y que si se transgrede tal prohibición se habilita al juez a separar al niño de manera transitoria o definitiva de aquel que pretende ser su guardador.

En tanto, el hecho de establecer como requisito que solo pueden adoptar las personas que se encuentran inscriptas en los registros correspondientes implica desconocer la realidad cotidiana vivida en los estrados judiciales. Ya que se puede afirmar que tanto la Corte Nacional como los Superiores Tribunales de provincia han relativizado el valor rígido o sacramental del Registro ante realidades de hecho consolidadas por el transcurso del tiempo y con el argumento de hacer prevalecer el Interés Superior del Niño.

Por cuanto, en función de lo precedente, cabe señalar que se debe estudiar cada caso en particular que origina la guarda de hecho, tarea que recae en el juez, ya que la adopción debe realizarse por vía judicial, conforme a la Ley 25.854, de Guarda con fines adoptivos, y al CCyC que se adapta a tratados los internacionales al respecto. Entonces, en este aspecto, la adopción no ha sido un instituto que pueda quedar al margen, ya que también se ha tenido que ir actualizando y regulando modernos supuestos. Y un claro ejemplo de ello es el referente afectivo, figura representa para el menor un vínculo demasiado importante como para no tenerse en cuenta, y que se ha vuelto un componente muy considerado por fallos actuales; en los cuales aun habiendo familiares directos, consanguíneos, y hasta muchas veces convivientes del menor, la persona que es considerada la óptima para que pueda tomar la responsabilidad de ser el adoptante es, o puede ser aquella que ha logrado un vínculo tan cercano, asegurando las óptimas condiciones para el menor, como su educación y contención emocional.

Asimismo, en función de posturas doctrinarias respecto a la importancia que cobra en la actualidad jurídica el rol del referente afectivo en los casos de adopción, resulta insoslayable que en razón de las guardas de hecho contempladas en el CCyC se admite como un presupuesto de excepción la relación afectiva previo del menor con su familia de origen y también con los guardadores que pretenden su adopción, por lo que se excluye la prohibición de personas que establecen relaciones genuinas con el niño o adolescente, como es el caso de los referentes afectivos la Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, otorga un rol relevante al referente adoptivo, en consonancia con el artículo 643 del Código Civil que permite la delegación de la responsabilidad parental a un tercero idóneo.

Entonces, en virtud de la relación socioafectiva, son importantes para el menor tanto la filiación de origen biológico como la afectiva al momento de establecer vínculos entre los pretendidos adoptantes y NNA. Por tanto los jueces, en los procesos que importen la adopción, deberían ponderar cada caso en particular y alejarse de la rigidez normativa para hacer lugar al vínculo afectivo.

Capítulo 4

Jurisprudencia nacional sobre la adopción de menores, nuevos vínculos con referentes afectivos

4.1 Introducción

La necesidad respecto de la Corte Supremay de Tribunales Inferiores de adaptarse a las nuevas situaciones jurídicas, ya sean producto de los avances científicos, como la inseminación artificial o por la necesidad de reconstruir un vínculo afectivo al momento de establecer una relación filiatoria genera un conflicto de principios que llevan a los magistrados a volver a conceptualizar lo que se entiende por identidad, verdad biológica, intimidad, autonomía de la voluntad. De esta manera, se indaga en distintos fallos, anteriores a las modificaciones en el instituto de la adopción del actual CCyC y a partir de su entrada en vigencia, en los cuales los magistrados deben determinar, frente a esas situaciones nuevas, una relación de filiación entre los afectados por ellas.

4.3 Fallos de la Corte Suprema de Justicia

Fallo “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción”

Los hechos, en el marco de los autos “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción”²², se basan en la solicitud de adopción de un menor por parte del cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre, en virtud del vínculo afectivo y de proveerle una familia constituida al mencionado menor.

De esta manera la CSJN debe decidir sobre la procedencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al modificar la de primera instancia, admitió con el carácter de simple la adopción del menor solicitada por el cónyuge. Por lo que el adoptante

²² CSJN. “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción” (30/6/1999)

interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo origina la presente queja. Entonces, entre las razones del fallo se entiende que

(...) el auto denegatorio se fundó en que el recurrente no había introducido oportuna y debidamente la cuestión federal, consistente en la inconstitucionalidad del art. 313, segundo párrafo in fine, del Código Civil, así como en que la doctrina de la arbitrariedad era de carácter excepcional y no tendía a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les eran privativas ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputaran tales, sino a cubrir los defectos graves de fundamentación o de razonamiento que tornasen ilusorio el derecho de defensa y condujesen a la frustración del derecho federal.²³

Asimismo, la Corte sostiene que en este caso no comporta una desestimación válida de la apelación, ya que se invoca la inconstitucionalidad de una norma que aún no estaba vigente (art. 2º, in fine, del Código Civil). En este sentido, el apelante impugna la constitucionalidad del art. 313, segundo párrafo in fine, del Código Civil, incorporado por la ley 24.779, por cuanto sostiene que resulta violatorio del art. 75, inc. 22, de la CN, que asigna jerarquía supranacional a la CDN, particularmente a lo dispuesto en sus arts. 2º, párrafos 1 y 2, 3 y 12, por cuanto se contraviene el Interés Superior del Niño que establece la citada convención y vulnera además la garantía de igualdad ante la ley y el principio de legalidad consagrados por los arts. 16 y 28 de la Carta Magna, respectivamente.

Y en ese orden, frente al planteo del recurrente, cabe señalar que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiendo el parentesco con los integrantes de ésta (art. 323 del Código Civil), de modo que de accederse a la adopción pretendida se violaría la finalidad perseguida por dicha norma que es, precisamente, proteger el vínculo existente entre el adoptado y su progenitor de sangre, lo cual se compadece con el derecho del menor a preservar su verdadera identidad que le ha sido reconocido en el art. 8º de la CDN.

Luego, la Corte considera que la norma impugnada no lesiona el derecho a la igualdad, ya que el régimen de adopción consagrado por la ley 24.779 “(...) no contiene una clasificación arbitraria o subjetiva de los menores que pueden ser adoptados plenamente, sino que responde a circunstancias especiales de cada caso que tornan aconsejable su

²³ CSJN. “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción” (30/6/1999). Considerando 2º

procedencia, dando preeminencia al interés superior de los menores comprendidos en ella”²⁴.

Por último, en razón de lo precedente, la Corte resuelve hacer lugar a la queja y que se declare admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado en el considerando 3º, rechazando el pedido de inconstitucionalidad y confirmando la sentencia.

4.2 Fallos de Tribunales inferiores

Fallo: “S., C. s/ adopción” - 02/08/2005 – Fallos: 328:2870

Los hechos de la causa caratulada como “S., C. s/ adopción”²⁵ se fundan en la solicitud de adopción formulada por los guardadores de una mejor, cuya madre biológica la reclamaba. Ante una sentencia del Tribunal de Familia de Bahía que había ordenado la restitución de la menor a su madre biológica en desmedro de los guardadores.

En ese sentido, la Corte dejó sin efecto la sentencia y dispuso que la menor quedara en guarda de sus tenedores. Y entre las razones que se esgrimieron se destaca el voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay quienes opinaron que la regla jurídica que ordenaba sobreponer el Interés Superior del Niño a cualesquiera de otras consideraciones tenía el efecto de separar conceptualmente aquel interés como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos y que si bien la CDN prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños, esta pauta no es una barrera infranqueable.

Entonces, los mencionados jueces, a través de su voto, sostuvieron que el consabido Interés Superior del Niño representaba el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y que resultaba útil asociar dicho interés con sus derechos fundamentales.

²⁴ CSJN. “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción” (30/6/1999). Considerando 9º

²⁵ STJ-Buenos Aires. “S., C. s/ adopción” (2/8/2005)

Por cuanto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires concedió el recurso extraordinario federal a los guardadores de la niña y confirmó la tenencia de ésta bajo la responsabilidad de éstos.

Fallo "C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD"

La premisa fáctica sobre la que se sustenta el fallo indica que un menor de 11 años, cuyos padres no estaban condiciones de ejercer sus responsabilidades parentales y que estaba al cuidado de una Tía, fue adquiriendo un vínculo afectivo con un docente de la escuela a la que asistía. Por cuanto, el Juzgado de Competencia múltiple de Villa Cura Brochero debe resolver tal situación en consonancia con la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F), Unidad de Desarrollo Regional (U.De.R.) Mina Clavero, en resuelve en relación al niño J.G.C.

Entonces, en razón de lo expuesto el juez consideró que el maestro había empezado a tejer el vínculo con el pequeño desde que este se encontraba al cuidado de una tía, que finalmente murió de cáncer. Por cuanto, el magistrado resuelve que el menor continúe con la guarda de su "referente afectivo". Ya que, se trata de un docente que se encuentra a cargo del pequeño desde que murió su tía hace más de tres años, y al que ahora se le ha reconocido la posibilidad de que inicie los trámites tendientes al otorgamiento de la guarda preadoptiva.

En ese sentido, en aras del Interés Superior del Niño, el magistrado hace lugar al pedido del docente de que no se declarara al niño en situación de adoptabilidad, como había solicitado la SENAF. Asimismo, teniendo en cuenta que el maestro había invocado el carácter de "referente afectivo" del niño, el juez lo emplazó para que, en el término de cinco días desde que quede firme la sentencia, acredite los requisitos exigidos para obtener la guarda con fines de adopción. En la resolución también se declaró –respecto de los progenitores- la privación de la responsabilidad parental. Entonces

(...) resulta pertinente ratificar la medida de excepción y sus prórrogas, dispuesta con relación al niño J. G. C., ya que en mérito de lo dispuesto por el art. 3 de la C.D.N.; arts. 3 de la Ley 26.061 y 3 de la Ley 9944, siempre debe primar el Interés Superior del Niño, y ese interés superior, para no devenir en abstracto, debe considerar y ponderar armoniosamente los

derechos esenciales a la vida y a la integridad física y mental del mismo con su derecho a crecer y desarrollarse en un medio saludable, apoyándose necesariamente en los elementos fácticos concretos que deben valorarse al momento de decidir lo más apropiado para el mismo. (...) ²⁶

Asimismo, en el marco de la sentencia, el juez ratificó que todos los esfuerzos desplegados demostraban que los progenitores del niño no eran idóneos “para cumplir con la función esencial asignada por la ley, de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad”. Esto, a pesar de los propios intentos del docente porque el niño se revinculara con su familia de origen.

Y como consecuencia, el magistrado consideró que el pequeño debía ser insertado en el seno de una familia que le posibilite su desarrollo pleno, con lo que se hizo conveniente la posibilidad de declararlo en situación de adoptabilidad. No obstante, por el hecho de que a ella se oponía J. H. C. E., en su carácter de referente afectivo, situación prevista por el CCyC (art. 607, última parte).

En esa línea de pensamiento, el magistrado dio relevancia al rol del referente afectivo, en razón de lo que significa en la vida del menor, tanto para su desarrollo como para su protección. Por cuanto, el magistrado consideró que, además de ese carácter y del fuerte vínculo con el niño, resultaba necesario que “(...) el vínculo se haya generado con anterioridad a la intervención del ente administrativo de protección o, lo que es lo mismo, que no haya tenido como origen, precisamente, la medida excepcional adoptada en protección del niño o adolescente” ²⁷.

Además, se atendió a la opinión del niño, en consonancia con los principios generales de la adopción regulados en el artículo 595 del CCyC, en razón del derecho del niño a ser escuchado. Por cuanto, se pondera el informe psicológico, según el cual la relación entre el niño y el docente se había desarrollado naturalmente y lo manifestado por el menor, que quería quedarse con J. H. C. E., a quien ve como si fuera su padre; y la propia oposición a que se declarara al pequeño en estado de adoptabilidad, por parte del Ministerio Púpilar.

²⁶Juzgado de Competencia múltiple de Villa Cura Brochero. Provincia de Córdoba. “C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD” (27/3/2017). Considerando 7°

²⁷Juzgado de Competencia múltiple de Villa Cura Brochero. Provincia de Córdoba. “C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD” (27/3/2017). Voto del Juez Estigarribia.

Finalmente, teniendo en cuenta lo endeble de la situación que hubiera sido otorgar la guarda simple solo por el término máximo de un año y renovable por uno más, por única vez, para luego tener que judicializar la cuestión para definir la situación del niño, el juez ponderó factible y necesario que el Sr. C. E. puede iniciar los trámites correspondientes a la guarda preadoptiva.

Fallo “MBD”. Causa N° 121.036. (29/11/2017).

Los hechos señalan que el Servicio Zonal de Promoción y Protección de Derechos del Niño adoptó una medida de protección institucional en favor de los niños GAM, LSM, BDM y JAM. Identificando al señor MAM (progenitor de JAM) como padre de las niñas LSM y GAM. quien manifestó que le habrían impedido reconocerlas e indicó que quería que sus hijas vivieran con su hermana. Con lo cual, la Asesora de Incapaces ordenó la realización de un análisis comparativo de ADN para determinar la filiación paterna. Sin embargo, con carácter previo a obtener el resultado, la jueza de primera instancia declaró el estado de abandono y adoptabilidad de LS y GA y dispuso que se buscaran postulantes en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción. Contra tal decisión, el señor MAM interpuso un recurso de apelación. Con lo que la cámara de apelación confirmó la decisión y en consecuencia, interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de la Ley.

En tanto, en la resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, hizo lugar al recurso, destacándose entre los argumentos que

(...) ante los avatares que puedan surgir durante el proceso, para que el instituto regulado por el Código de fondo –la prioridad en la permanencia en la familia de origen o ampliada y, de no alcanzarse esa premisa, se avance en la adopción, siempre en un tiempo razonable de resolución– no pierda virtualidad. Con otras palabras, si no fuera oportuna la tutela no tendría efectividad el derecho sustancial que impulsa a que la justicia tenga en cuenta proteger a los niños ante el paso del tiempo vital que los involucra en esta indefinición familiar –ver arts. 607 inc. `c´ del Código Civil y Comercial; 12 de la ley 14.528 (...)”²⁸

²⁸ STJ-Buenos Aires. “MBD”. (29/11/2017). Voto del Juez De Lazzari

De esta manera, el Superior Tribunal entiende que se amerita reconducir el trámite, ya que frente a las pruebas aportadas, se observaron los antecedentes de violencia familiar del señor M denunciados por el Ministerio Público. Entonces, el Tribunal ante la celeridad que se requería en el caso, actúa de oficio, en aras del Interés Superior del Niño.

Por último, resulta acertado y oportuno la actuación oficiosa para conocer y determinar medidas de protección a favor de las niñas (art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 99). Por cuanto se procede a obtener información del Registro de Violencia Familiar, incorporando la constancia pertinente en este acto, de lo que resulta que existen denuncias que involucran al señor M. en causas sobre protección contra la violencia familiar.

De esta manera, el Superior Tribunal resuelve que se busquen postulantes en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

4.5 Conclusiones parciales

Así como las relaciones van cambiando, la ley y los Jueces se van actualizando y amoldando, apareciendo de esta forma nuevas figuras en el ordenamiento jurídico y que deben ser analizadas, contempladas. Y el instituto de la adopción no está exento de estos cambios y está obligado a cumplir con su principal objetivo que es el menor y su bienestar, por lo que es de suma importancia estar dispuesto a contemplar contemporáneos supuestos, como en este caso particular que es el Referente Afectivo, el cual puede o no ser familiar, y que analizando cada caso en concreto pueden verse relaciones o vínculos fraternos entre personas.

De esa manera, en razón de lo jurisprudencia analizada, caben destacar casos anteriores a la entrada en vigencia del actual CCyC, que se regían por el Código velezano, como el fallo sobre la causa “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción”²⁹, el que se pretende la adopción de un menor por parte del cónyuge en segundas nupcias de la madre de sangre con el fin de establecer un vínculo

²⁹ CSJN. “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción” (30/6/1999)

afectivo y una proveerle una familia constituida. Por cuanto la CSJN al decidir sobre la procedencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que había admitido el carácter de simple la adopción del menor solicitada por el cónyuge, ya que se declaró inconstitucional el artículo 313 segundo párrafo in fine, del Código de Vélez, que sostiene que la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

Pero, la Suprema Corte entiende que la desestimación de la apelación no es válida, ya que se declara la inconstitucionalidad de una norma que aún no estaba vigente, conforme al art. 2º, in fine, del Código velezano. Por cuanto, el apelante impugna la constitucionalidad del art. 313, segundo párrafo in fine, del Código Civil, incorporado por la ley 24.779, ya que vulnera tratados internacionales que protegen al menor y se contradice con el Interés Superior del Niño.

A partir del novel Código Civil, se puede observar que en el fallo “C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD”³⁰ un Juzgado de Competencia múltiple, ante el hecho de un menor, cuyos padres no estaban condiciones de ejercer sus responsabilidades parentales, le otorga la adopción a un docente del niño de la escuela a la que asistía que fue desarrollando un vínculo afectivo con un él. Por cuanto, el Juzgado prioriza al Interés Superior del Niño, y que el para no devenga en abstracto, debe considerar y ponderar armoniosamente los derechos esenciales a la vida y a la integridad física y mental del menor para que pueda crecer y desarrollarse en un medio saludable. En este sentido el magistrado dio suma importancia al rol del referente afectivo que cumplía el docente.

Por último, cabe destacar que los casos de adopción en los que el menor sufre situaciones de violencia familiar y existen personas que pretenden su guarda, como aquellas que son referentes afectivos, debe prevalecer la actuación de oficio, en razón de la celeridad que compartan estos casos. En consonancia con los consabidos tratados internacionales de derechos humanos y los que protegen a los derechos del niño.

³⁰Juzgado de Competencia múltiple de Villa Cura Brochero. Provincia de Córdoba. “C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD” (27/3/2017).

Conclusiones finales

Ante el interrogante que se plantea en el problema de la investigación acerca de ¿Cuál es la importancia que tiene o debiera tener el referente afectivo ante la posible declaración de adoptabilidad y posterior adopción cuando se carezcan de vínculos de parentesco? Se confirma la hipótesis que afirma la importancia del referente afectivo en la actualidad, como algo innovador en la adopción, ya que puede darse que en la misma persona se halle un familiar con un vínculo afectivo que indicaría que es la adecuada para ser adoptante, como así también puede que ambas características no se encuentren reunidas por una misma persona, o que alguna se encuentre menoscabada, siendo el momento en el que puede presentarse ese postulante a analizar, que puede ser consanguíneo o un tercero que reúna las condiciones exigidas por la Ley para poder lograr la adopción y satisfacer necesidades afectivas y materiales al niño o adolescente, cuando estas no pueden obtenerse de la familia de origen.

Por cuanto, conforme a los resultados obtenidos durante el proceso de la investigación, se puede observar que la evolución normativa que tuvo el instituto de la adopción permitió que se considere, no solo el carácter simple de la misma, sino también a al sistema de la adopción plena. En este aspecto, cabe afirmar que la Ley 24.779, acerca de la Adopción simple y plena, es la que introduce al CCyC reformas en materia de adopción, que hacen a filiación y a la responsabilidad parental.

De esa manera, en lo que hace a la adopción simple, ésta no crea vínculos jurídicos con los parientes, ni tampoco con el cónyuge del adoptante, excepto disposiciones contrarias. Así como también mencionada forma de adopción genera derechos que vienen del vínculo original y no se extinguen. No obstante la titularidad y responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes.

Y en aras de resguardar al instituto de la adopción, resulta una cuestión insoslayable hacer caso omiso a sus principios generales regulados en el CCyC. Entonces la adopción constituye un derecho inalienable de todo menor, lo que a su vez abarca el derecho a la identidad, en razón de poseer un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia, la

que necesariamente puede ser la biológica o de origen, y allí es donde entra en juego la adopción, ya que en ocasiones la familia de origen no se encuentra en condiciones de proveer lo necesario para el normal crecimiento y desarrollo del menor.

También, cobra suma relevancia el derecho a ser escuchado, ya que en virtud de la adopción la consideración y los sentimientos del menor hacia los pretensos adoptantes constituye una cuestión determinante en procesos judiciales en torno al instituto en cuestión. Así mismo otros principios que deben respetarse son el derecho a la intimidad y a saber acerca de su verdad biológica. Todo en aras y en razón del Interés Superior del Niño, en concordancia con las leyes vigentes y los tratados internacionales de carácter supranacional, receptados por la CN.

Entonces, se puede afirmar que la adopción se protege en el derecho internacional, como un derecho humano reconocido, como lo establece la CDN al exhortar a que los Estados Partes adheridos permitan y cuiden el sistema de adopción, con la finalidad esencial de que el niño, que no pueda estar al cuidado de sus padres, viva en una familia estable, en virtud de la singularidad e identidad del menor.

Por todo ello, es que el referente afectivo, como aquella persona que desarrolla un lazo o vínculo de protección y de filiación socioafectiva, al que el menor considera como un padre o madre, sin existir una relación consanguínea, cobra una vital importancia al momento de iniciar un proceso de guarda preadoptiva. Sin embargo, la relación entre dicho referente y el niño carece de un marco jurídico y por tanto no está legitimada en el CCyC.

Además, al amparo de la Ley 25.854, acerca de la Guarda con fines adoptivos, se crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, que implica la prohibición de las guardas de hecho. Lo que amerita que existan posiciones en contra, porque al eliminar dichas guardas se está obviando al Interés Superior del Niño y la evaluación de las condiciones que debe reunir quien solicita tal guarda. Pero, en lo que hace a la guarda de hecho o Entrega Directa, que implica que los progenitores de un niño se desliguen de su crianza, se contempla que ese menor quede a cargo de terceras personas, sin intervención judicial alguna.

En tanto, el hecho de establecer como requisito que solo pueden adoptar las personas que se encuentran inscriptas en los registros correspondientes indica que se está

dejando de lado el bienestar del niño. Por cuanto los jueces deben evaluar cada caso en particular, ya que la adopción debe realizarse por vía judicial, conforme a la Ley 25.854, de Guarda con fines adoptivos y en ese orden el referente afectivo se erige en una figura que representa para el menor un vínculo de vital importancia y de consideración en la jurisprudencia actual, tal como se pudo observar en los fallos analizados, los cuales reflejan que el rol que cumplen los referentes adoptivos resulta ineludible al momento de la entrega de un menor en adopción.

Por otra parte, se entiende que la letra de la Ley si bien es taxativa y hecha para cumplir debe estar siempre abierta a la interpretación de los juzgadores, ya que el derecho debe ser dinámico, flexible e ir contemplando nuevos supuestos y casos concretos, como el vínculo y el rol del referente afectivo. Y tener en cuenta los Jueces, siguiendo lo que reza la legislación del instituto de la adopción, deben atender al referente afectivo, tratando de optimizar lo más importante, que es la integridad psicofísica del menor, como el bien jurídico protegido.

Entonces, la implementación de la figura del referente afectivo delata la importancia que tiene el bien jurídico en cuestión, el bienestar del menor en razón de crecer y desarrollarse en el seno de una familia, sea consanguínea o no, ya que es la voluntad y la creación de una relación socioafectiva con el menor lo que permite que éste logre insertarse en la vida familiar. Por lo que el estudio exhaustivo y la implementación en el menor tiempo posible, de la referida figura amerita casi una obligación, ya que como se viene desarrollando, la falta de vínculo de parentesco no es obstáculo para que una persona afín sea designada como la óptima para brindarle las necesidades básicas al menor, los cuidados correspondientes y todo lo necesario para que lleve una vida digna.

Por ello, se propone que el CCyC le otorgue una preminencia a la filiación socioafectiva, la que deriva de la libre voluntad de asumir la responsabilidad parental, ya que el vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera su padre, es quien asume las responsabilidades consecuentes del poder familiar. Por cuanto, el instituto de la adopción constituye una realidad sociológica y afectiva, que puede reflejarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos intervinientes.

Entonces en aras de lo anterior también se plantea una modificación del art. 611 del CCyC, que establece en su primer párrafo como regla que la guarda directa está prohibida y que su transgresión faculta al juez a separar al niño de su pretense guardador. Asimismo, en el segundo párrafo del artículo *ut supra* se prevé la excepción cuando exista un lazo de parentesco entre progenitores de origen y pretensos adoptantes. Entonces, al margen de que con el referido artículo se pretendió eliminar y proteger a los niños del tráfico o venta, se observan situaciones legítimas, preexistentes, nacidas, gestadas y amparadas bajo la afectividad ajena a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto al Interés Superior del Niño. Por tanto el texto del segundo párrafo del artículo 611 quedaría redactado de la siguiente manera:

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

Lo que implica los jueces, bajo criterios uniformes, estudien y atiendan a cada caso en particular, sin dejar de escuchar al menor, respetando sus derechos y legitimando el rol del referente afectivo en razón de comprobar el vínculo que se establece entre éste y el menor que se pretende adoptar.

Bibliografía

I- Doctrina

- ALEMÁN, M. del C. y ROSELLO, J. I. (2017) El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC. En *REDEA, Revista Derechos en Acción. N°4*. Recuperado el 6/8/2019 de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3916>
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (1994). *La Protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Español*. Madrid: UPCO.BIDART BIDART CAMPOS, G. J. (1995) *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- BRUÑOL, M. C. (1999) El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Publicado en *Justicia y derechos del niño*, UNICEF y Ministerio de Justicia de Chile, 1° edición, Santiago de Chile. Recuperado el 17/10/2019 de http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf
- CATALDI, M. M. (2016) La guarda de hecho frente a la adopción: un viejo debate renovado en el Código Civil y Comercia. En *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 24 – 06.12.2016*
- DELS (1999) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición. Madrid: Ed. Espasa Calpe S.A.
- FERNÁNDEZ S. (2014) El desafío al Tiempo en la adopción. En *SAIJ, 2 de diciembre de 2014*. Recuperado el 10/10/2019 de <http://www.saij.gob.ar/silvia-fernandez-desafio-al-tiempo-adopcion-dacf140862-2014-12-02/123456789-0abc-defg2680-41fcanirtcod>
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1992) *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- HERNÁNDEZ FRAGA, K. y DANAY GUERRA, C. (2013) El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. En *Revista*

Jurídica de investigación e innovación educativa, REJIE, 18/03/2013. Recuperado el 27/9/2019 de <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>

- HERRERA, M. (2014) La noción de socioafectividad como elemento “Rupturista” del Derecho de Familia. En *Revista de Derecho de Familia Nro. 66*. Edit. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- HERRERA, M. (2008) *El derecho a la identidad en la adopción Tomo I*, Buenos Aires: Ed. Universidad.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal culzoni.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1998) De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina. En *Revista Jurisprudencia Argentina 1998-III-97*.
- LUJÁN, D. (2016) Guarda a un Tercero. En *Revista Pensamiento Civil*, 23/06/2016 Recuperado el 30/9/2019 de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397.pdf>
- MÉNDEZ, R. A. (2016) El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. En Sistema Argentino de Inteligencia Jurídica SAIJ, Agosto de 2016. Recuperado el 28/9/2019 de <http://www.saij.gob.ar/romina-mendez-procedimiento-adopcion-codigo-civil-comercial-nacion-dacf160521-2016-08/123456789-0abc-defg1250->
- SABA, R. (2007) *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis.
- ZENERE, G. G. y BELFORTE, E. A. (2001) El poder y el derecho a la verdad biológica. En *Revista Sistema Argentino de Inteligencia Jurídica. SAIJ*. Recuperado el 27/9/2019 de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010033-zenere-poder_derecho_verdad_biologica.htm

II-Legislación

- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos. Recuperado el 8/8/2019 de <https://www.fccb.unl.edu.ar/investigacion/wp-content/uploads/sites/3/2018/12/Declaracion-Internacional-sobre-los-Datos-Geneticos-Humanos.pdf>
- Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado el 5/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Constitución Nacional Argentina. Recuperado el 7/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado el 7/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 8/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- Ley 24.779, Adopción simple y plena. Recuperado el 10/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>
- Ley 17.671, Identificación, registro y clasificación del potencial humano nacional. Recuperado el 10/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28130/texact.htm>
- Ley 9.944, Promoción y Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Recuperado el 11/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Ley 26.061, Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Recuperado el 11/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

- Ley 13.252, Régimen de Adopción de Menores. Recuperado el 11/8/2019 de <http://www.saij.gob.ar/romina-mendez-procedimiento-adopcion-codigo-civil-comercial-nacion-dacf160521-2016-08/123456789-0abc-defg1250-61fcanirtcod?&o=18&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B>
- Ley 19.134, Régimen de Adopción de Menores. Recuperado el 11/8/2019 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>
- Ley 26.862, Reproducción médicamente asistida. Recuperado el 12/8/2019 de <http://www.msal.gob.ar/prensa/index.php/noticias-de-la-semana/1416-se-reglamento-la-ley-26862-de-reproduccion-medicamente-asistida>
- Ley 9283, Violencia Familiar. Recuperado el 12/8/2019 de <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/4D5C0C460AB8C81A032572340067DD19?OpenDocument&Highlight=0,9283>

III- Jurisprudencia

- CSJN. “Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I., E. H. s/ adopción” (30/6/1999). Recuperado el 11/8/2019 de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=intsupn>
- Juzgado de Competencia múltiple de Villa Cura Brochero. Provincia de Córdoba. “C., J.G.-CONTROL DE LEGALIDAD” (27/3/2017). Recuperado el 10/10/2019 de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2017/05/Fallos2910.pdf>
- STJ-Buenos Aires. “MBD”. (29/11/2017). Recuperado el 10/10/2019 de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2405&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/jurisprudencia/forms/voces.aspx?voces=UTELA%20JUDICIAL%20EFECTIVA>
- STJ-Buenos Aires. “S., C. s/ adopción” (2/8/2005). Recuperado el 10/10/2019 de <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=intsupn>