



Universidad Empresarial Siglo 21
Trabajo Final de Graduación Abogacía

Adopción. Entrega directa y el interés superior del niño.

Nota a fallo – Vulnerabilidad del niño.

Análisis del fallo: “Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G en la causa G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción”, para decidir sobre su procedencia. Corte Suprema de la Nación. Año 2023.¹

Nombre y apellido: Soledad Patricia Canal

DNI: 27.691.782

Legajo: VABG 91923

Tutora: Mg. Paula Gastaldi

2024

¹ Fallo:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7782081>

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Hechos de la causa, historia procesal y resolución del tribunal. 3.- Ratio Decidendi. 4.- Marco normativo, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 4.1.- Antecedentes del instituto de la adopción. 4.2.- Prohibición del art. 611 CCC. 4.3.- La Constitucionalización del derecho de familia. 5.- Postura del autor. 6.- Conclusión. 7.- Referencias. 7.1.- Legislación. 7.2.- Doctrina. 7.3.- Jurisprudencia.

1. Introducción

La presente nota a fallo tratará sobre los autos Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G en la causa G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción”, para decidir sobre su procedencia. Con fecha 20 de abril de 2023. El fallo se encuentra firme, y versa sobre la vulnerabilidad del niño en relación al letargo de la justicia para resolver su situación de adoptabilidad.

El fallo resuelve sobre la procedencia del recurso extraordinario federal, solicitado por los pretensos guardadores de una menor, que fue entregada por su progenitora de manera directa cuando nació en 2012. Los mismos solicitaron la guarda con fines de adopción y luego de varias instancias se termina rechazando el recurso extraordinario local, para lo cual habían pasado más de 6 años, tiempo donde la menor desarrollo lazos afectivos, su personalidad y madurez junto a los actores.

Este fallo es muy interesante porque analiza al grupo vulnerable niños, y resuelve teniendo en consideración el interés superior del niño, evaluando el desarrollo de la niña durante los años en que el conflicto estuvo en la justicia. Los jueces resuelven considerando la realidad social de la niña poniendo a ésta sobre lo que jurídicamente correspondía, por un lado, por la falta de celeridad de la justicia en casos tan delicados como la adopción donde el tiempo es trascendental, y por otro lado, tuvieron en cuenta que aplicar sólo el derecho vigente impactaría negativamente en la niña, provocándole un daño que no podría ser reparado en el futuro.

Surge del fallo un problema jurídico axiológico. Los problemas axiológicos son aquellos que se ocasionan entre una regla del derecho en tensión con un principio superior del sistema, o bien entre principios en un caso concreto.

Se observa aquí un problema de la regla de derecho que se debe aplicar al caso, y entra en contradicción con la norma que establece la Convención sobre los derechos del niño, (en adelante CDN), que tiene jerarquía constitucional, a través del art. 75 inc.22, y por lo tanto, superior a las leyes. En el art. 3 de la CDN establece “... consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”

El conflicto se origina porque se debe aplicar el art. 611 Del Código civil y comercial, (en adelante CCC), que prohíbe expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes, esto es así, porque se debe preservar que se cumplan con los trámites que impone la ley, e impedir también, el tráfico de niños. Los jueces deberían haber actuado sin demora y separar a la niña de los pretensos guardadores cuando ésta era un bebé, sin dejar pasar tiempo.

Ahora bien, la falta de presura de la justicia para resolver el caso, generó que se afectara el plazo razonable que debe regir este tipo de proceso, generando que la menor pasara los primeros años de vida, creando fuertes lazos con los pretensos guardadores, que contribuyeron a la formación de su personalidad.

Los jueces en su misión de hacer cumplir la ley, y en la necesidad que la menor pueda regularizar su situación en la que se encuentra inmersa desde su nacimiento, evaluaron el caso teniendo en consideración primordial el interés superior del niño, y decide hacer lugar a la Queja, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la decisión apelada.

2. Hechos de la causa, historia procesal y resolución del tribunal

La menor fue entregada por su progenitora a un matrimonio, fundando su decisión, en la imposibilidad de hacerse cargo. Hizo una entrega directa, la cual está expresamente prohibida por la ley.

Enseguida que la niña fue entregada, los pretensos guardadores solicitaron la guarda con fines de adopción en el Tribunal de familia N°3 de Lomas de Zamora, el 1 de junio de 2012. El Tribunal atribuyó la competencia al juez de familia de Posadas.

El Juzgado N°2 de la Provincia de Misiones, el 17 de junio de 2013 rechazó in limine, la solicitud de guarda con fines de adopción y fijó una audiencia para que se presente la progenitora con la menor en presencia del Ministerio Pupilar, la cual no se llevó a cabo por no hacerse presente la misma.

Al año siguiente, el 18 de junio de 2014, la Cámara de apelaciones confirmó lo decidido en primera instancia.

Los peticionarios interpusieron un recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley alegando que la Ley XII N°20, que exige a los progenitores acreditar las circunstancias personales, sociales y familiares de los guardadores que propone, y no a los pretensos guardadores. El expediente fue recibido en octubre de 2014 y el Superior Tribunal de Justicia dictó sentencia el 19 de diciembre de 2018, donde declaró inadmisibile el recurso extraordinario local por considerar que la sentencia de cámara no es una resolución definitiva.

Los pretensos guardadores interponen un recurso extraordinario federal, fundando el recurso, en que el fallo es definitivo, al frustrar la única vía para que se les reconozcan sus derechos, el interés de la menor, y que al ser privados de una decisión judicial válida, los afecta en sus derechos constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso. El 16 de octubre de 2019 el Superior Tribunal de Justicia denegó el recurso lo que motivó la Queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por los jueces Rosatti Horacio Daniel, Maqueda Juan Carlos, Rosenkrantz Carlos Fernando y Lorenzetti Ricardo Luis, quienes declaran el 20 de abril de 2023 por unanimidad, procedente el recurso extraordinario, y deja sin efecto la decisión planteada.

3. Ratio decidendi

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declara por unanimidad, procedente la Queja y revoca el pronunciamiento apelado, volviendo las actuaciones al Tribunal de origen para que defina la situación de la menor.

Para resolver el problema jurídico axiológico planteado, evalúan la situación real del infante, atendiendo principalmente el interés superior del niño. (CDN, art.3.).

Para ello, se ha celebrado una audiencia con el matrimonio guardador, la progenitora y la menor, para conocer la realidad social y familiar que tiene esta niña de más de 9 años, garantizando el derecho constitucional de ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en función de su edad y madurez. (Art. 12 CDN y art. 595 inc. F CCC). Los jueces deben mantener al menor en una situación de equilibrio, manteniendo estabilidad y evitar así, mayores incertidumbres que le provoquen un daño a la niña.

Hacen mención a que es sumamente importante sujetarse a las normas que rigen en toda clase de juicio y específicamente a las normas que rigen la adopción, éstas no pueden ser abandonadas por ninguna de las partes. La entrega directa está expresamente prohibida por la ley, por el art. 316 y 318 del anterior Código Civil y por el art. 611 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, que mantiene la prohibición. Por otro lado, el art. 21 de la CDN, sostiene que *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán 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 consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”* También los menores están protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), art. 19 *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

El Estado estaba autorizado a separar a la niña de los pretensos guardadores, actuando de manera rápida y eficaz. La pasividad con la que la justicia actuó hace que la niña crezca, y desarrolle afectos, por lo que los jueces no pueden pasar por alto estas circunstancias, sino que deben tener atención en el interés superior del niño. Si luego de tanto tiempo sólo resuelven sobre normas, producirán un daño irreparable, en vez de impartir justicia.

4. Marco normativo, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La adopción es un instituto promovido por una o dos personas y que requiere de una sentencia judicial. A partir de ese momento se crea entre adoptantes y adoptado un vínculo similar a la filiación. El CCC en su art. 594 habla de la protección a los niños, niñas y adolescentes, dejando de lado en el concepto, las otras especies de adopción, como es, la adopción de integración, de mayores de edad y la adopción en el extranjero. (Alterini, 2016).

4.1. Antecedentes del instituto de la adopción

En la antigüedad la adopción fue una práctica común por razones religiosas. En el derecho romano se conocieron dos tipos de adopciones, que involucraba personas mayores de edad. Luego en el derecho Justiniano se distinguió entre la adopción plena y la menos plena, que fue una distinción que más se asemeja a lo que conocemos hoy, como adopción plena y simple.

En el derecho germánico, la figura de la adopción tenía otros fines, no creaba un vínculo familiar entre adoptado y adoptante, sino que se utilizaba para buscar un sucesor para las actividades bélicas, la situación social y política, de quien carecía de descendencia.

Luego la práctica fue perdiendo interés, Francia había dejado de lado la adopción, sólo le importaba los lazos de sangre. Esto cambió, luego de la primera guerra mundial, donde resurge con fuerza el tratamiento de la adopción, como consecuencia de los huérfanos que la guerra había dejado, entonces en 1923, se modificó la legislación, extinguiendo las adopciones por dinero y contractuales, admitiendo la adopción de menores de edad. (Belluscio, 2016).

En nuestro país, el código de Vélez Sársfield, no incorporó la figura de la adopción porque consideró que no estaba dentro de nuestras costumbres, y principalmente, porque Francia tampoco le daba importancia. Recién en 1948, se legisló la adopción simple, a través de la ley 13252, para dar respuesta a la gran cantidad de huérfanos que había dejado el terremoto de San Juan. (Alterini, 2016). No podían adoptar quienes tuvieran hijos legítimos o extramatrimoniales reconocidos. Se les exigía una guarda de dos años como mínimo, antes de pedir la adopción.

En 1971 se sanciona la ley 19134, la cual incorpora la adopción plena, y se realizan algunos cambios en relación a la ley anterior, podemos nombrar la baja en la edad mínima para adoptar, de cuarenta años, baja a treinta y cinco, se permitió la adopción, aún teniendo hijos naturales, se bajó el tiempo de guarda, de dos años a uno. Se añadió un requisito necesario, la citación de los padres adoptantes y de los progenitores que decidieran entregar un hijo en adopción.

En 1997 entra en vigencia la ley 24779, que incorpora las disposiciones de adopción al código civil. Gran parte de las disposiciones son el resultado de la incorporación con jerarquía constitucional de la Convención sobre los derechos del niño. Se dividió el proceso de adopción en dos, por un lado la guarda pre adoptiva, y luego el juicio de adopción. Se comienza a dar mayor importancia a las necesidades del niño, por lo tanto la adopción va a llevarse a cabo luego de agotar los recursos para que el niño se quede en su familia de origen. (Krasnow, 2016).

En 2003 se crea el Registro único de aspirantes a guardas con fines de adopción, a través de la ley 25854. Y en 2015 se dicta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que trata la adopción en el Título VI, del Libro II.

4.2 Prohibición del art. 611 CCC.

Existen tres tipos de guardas, la **legal**, que es la que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres y tutores, la **judicial**, que otorga el juez por un tiempo determinado, y la **guarda de hecho** que se refiere a la entrega de un niño por parte de sus progenitores, o bien si una persona toma un niño bajo su custodia, sin que actúe una autoridad administrativa o judicial. Esta guarda es la que prohíbe el artículo del código, con el objetivo de evitar el comercio de niños y pensando en el interés superior de éste. (Medina, 2017).

A través del Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos, se quiere tener información de las personas que quieren adoptar con la finalidad de poder seleccionar a aquellos que consideren más aptos, siempre en interés del menor.

Un sector de la doctrina sostiene que la guarda de hecho debería admitirse, ya que sería la autonomía de la voluntad de los progenitores eligiendo a los futuros adoptantes, en ejercicio de su responsabilidad parental. Luego será un juez quien otorgue la guarda con fines de adopción, tras una evaluación de los pretensos

adoptantes. Quienes respaldan esta posición, encuentran en el ordenamiento jurídico disposiciones donde los padres por ejemplo elijen tutor para sus hijos, como es el caso del art. 106 CCC “...cualquiera de los padres...puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente...” por lo tanto, se debería permitir en el caso de adopción, debiéndose aplicar el artículo analógicamente.

El legislador con respecto al art. 611 CCC parte de una presunción de mala fe de los progenitores, entendiendo que podrían estar cometiendo actos ilícitos, cuando en el ordenamiento prima la buena fe. (Fernandez, 2014).

Esta postura se puede observar en el fallo D. F. A. p/ medida cautelar, del 18/03/2011 en la Cámara de Apelación de la provincia de Mendoza, sobre una guarda preadoptiva, donde se valoró la entrega voluntaria, sin coacción (física, económica, psicológica) por parte de los guardadores, realizada por una persona mayor de edad, de carácter temporario y con una finalidad que era proteger a la menor, y que tenga un techo, educación y crianza. Como consecuencia de ese razonamiento, se avaló la guarda preadoptiva a favor de los guardadores. (D. F. A. p/medida cautelar, 2011).

Quienes sostienen la prohibición de la entrega directa, interpretan que los progenitores que entregan a sus hijos en guarda a terceros, están desistiendo de su responsabilidad parental, y por lo tanto el Estado, es quien debe proteger al menor, y elegir a los pretendientes adoptantes a través de un equipo interdisciplinario y sobre los aspirantes que se encuentren previamente anotados en el Registro único de adoptantes. (Fernandez, 2014).

El art. 8.1 del CDN afirma que “Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” El art. 9 CDN establece en su punto 1 “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...” El legislador no confía en la entrega directa, pero la mayoría de las veces el sistema del Estado es lento. Cada momento en la vida de un niño es esencial para su desarrollo, y los jueces deben tener en consideración eso. Retirar a un niño que se encuentra seguro, creciendo en un ambiente afectivo, sería contraproducente para su crecimiento, revictimizándolo.

El juez se encontrará en el dilema de aplicar la rigidez de la norma, o bien tener en consideración el interés superior del niño y actuar en consecuencia, así lo establece el art. 3.1 CDN *“En todas las medidas concernientes a los niños...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”* En lo referente a relaciones familiares, se debe evaluar siempre el caso concreto para así evitar que la aplicación de la ley produzca un resultado inaceptable, principalmente cuando hay niños involucrados. (Alterini, 2016)

La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentó jurisprudencia en el fallo M., M. S. s/guarda, del 27/07/2015. En la sentencia se observa como la Corte pone en primer lugar el interés superior del niño, *“...dada la importancia que el factor tiene en estos asuntos...encomendar a la magistrada de grado a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor...y su posibilidad de crecer en el seno de una familia...”* (M., M. S. s/ guarda., 2015).

En el caso de L., M. s/ abrigo, del 7/10/2021, la Corte nuevamente toma como principal sujeto a proteger al menor, se decide teniendo en cuenta el interés superior de la niña, y se mantiene la declaración de adoptabilidad, en un caso donde la progenitora quiere recuperarla. Se evaluará la manera en que la niña se revincule con la progenitora, en el modo que sea más beneficioso para ella, pero no se la separará de sus guardadores, pues la niña mantiene una situación de equilibrio en su día a día, está integrada a la familia de los guardadores con genuinos lazos afectivos, a quienes reconoce como sus padres. (L., M. s/ abrigo, 2021).

4.3 La Constitucionalización del derecho de familia

Pablo E. Raffo, Destaca que en la actualidad, el código civil no es el único ordenamiento en el que se debe basar el juez de familia, pues debe respetar los principios reconocidos por nuestra Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Existe el llamado proceso de Constitucionalización del derecho de familia, en el cual, los jueces deben resolver respetando el ordenamiento vigente y las normativas de Derechos Humanos. (Raffo, 2014).

Marisa Herrera, puntualiza que ninguna regulación de adopción puede ser contraria a las normas de derechos humanos que se encuentran en los Tratados sobre derechos humanos que fueron receptados por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, ni con leyes de protección a los niños, emanadas en el ámbito interno. El nuevo CCC recepta en el art. 595, los principios por los que se rige la adopción, reforzando la perspectiva constitucional, y para que sirva de apoyo, ya que el derecho de familia está en constante cambio. (Herrera, 2019).

En el fallo que se desarrolló, G.A.C y otro, s/ guarda con fines de adopción, del 20/04/2023, La Corte evalúa la situación y decide teniendo en cuenta el interés superior del niño, la importancia de que sea escuchado, dado su edad y madurez. Se puede observar como La Corte se rige por las normas de derechos humanos a la hora de decidir. (G.A.C y otro s/guarda con fines de adopción, 2023).

5. Postura del autor

La decisión que la Corte tomó en el fallo en análisis considero que ha sido la correcta, pues la falta de celeridad de la justicia para resolver una situación, que en principio era la entrega directa de la niña por parte de la progenitora a los pretensos guardadores, dicha circunstancia tenía respuesta en el Código civil derogado y vigente en ese momento, (art. 318, y art. 611 del CCC vigente), que prohibía expresamente la entrega directa. A su vez, la CDN en su art. 3.1 establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar...”*

En el tiempo transcurrido desde la entrega de la menor y la llegada del expediente a la CSJN, la menor se desarrolló en un ambiente familiar, con afecto donde forjó vínculos fuertes. Modificar su situación y separarla de su realidad, produciría un daño que no se podría reparar más adelante.

Summum ius, summa iniuria, se puede traducir como sumo derecho, suma injusticia, es decir que aplicar la normas de manera rígida sin evaluar el caso concreto, provocaría un daño por parte del Estado a la niña. La Corte ha tenido en cuenta y puso el interés superior de la niña por sobre el interés de los adultos.

El Estado debe proteger a los niños y evitar la entrega directa, pero si esta situación informal no se resuelve de manera diligente, termina creando un dilema, pudiendo el Estado ser quien quiebre un lazo de familia formado en ese tiempo en el que la justicia no actuó.

Esta doctrina teniendo en cuenta la Constitucionalización del derecho de familia, buscó dentro de las posibles soluciones, contemplando la realidad de la menor. Siguiendo los principios rectores de los Tratados, la CDN, en su art. 12 establece el principio que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento que lo afecte, e incorporados al CCC, en el art. 595, se ha realizado una audiencia con el fin de escuchar a las partes y principalmente a la menor, para conocer su opinión y que la misma sea tomada en cuenta.

6. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se ha podido observar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha resuelto el problema axiológico presentado en el fallo analizado. El conflicto se originó porque los jueces debían aplicar el art. 611 CCC, que prohíbe la entrega directa y de esa manera resguardar a la menor, pero la lentitud en el proceso judicial, hizo que la niña pasara toda la primera infancia, es decir, toda su vida, con los pretensos guardadores, generando fuertes lazos familiares.

Por lo tanto, la Corte resolvió, declarando procedente la Queja, luego de evaluar la realidad de la menor, y de haberla escuchado, atendiendo principalmente el interés superior de ésta. Esto es el resultado de la Constitucionalización del derecho de familia, donde los jueces no sólo se basan en el derecho vigente, sino en las normas de derechos humanos.

Queda mucho por mejorar en la Justicia, pensando en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, los tiempos de resolución deben ser más rápidos, pues la

incertidumbre que generan en los niños, y los perjuicios que provocan las decisiones cuando no son realizadas con el apremio que la institución de la adopción necesita, genera un detrimento difícil de subsanar.

7. Referencias

7.1 Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994. . (2014).

Constitución de la Nación Argentina. Ley 24430. . (1994).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 23054. . (1984).

Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23849. . (1990).

Provincia de Misiones. Proceso de adopción. Ley XII N° 20. . (2016). Provincia de Misiones.

7.2 Doctrina

Alterini, J. H. (2016). Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Tomo III. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.: La Ley.

Belluscio, A. (2016). Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fernandez, S. E. (2014). Tratado de Derecho de Familia. Según el código civil y comercial de 2014. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

Herrera, M. (2019). Manual de derecho de las familias. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Krasnow, A. e. (2016). Manual de Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Medina, G. R. (2017). Derecho Civil y Comercial: Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Raffo, P. E. (2014). Derecho dde las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

7.3 Jurisprudencia

D. F. A. p/medida cautelar (CAfam, Mendoza 18 de marzo de 2011).

M., M. S. s/ guarda. (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 de mayo de 2015).

L., M. s/ abrigo, 344:2647 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 07 de octubre de 2021).

G.A.C y otro s/guarda con fines de adopción, 346:265 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 20 de abril de 2023).

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7782081>