

# “ADOPCIONES. PERSONAS, TIEMPOS Y PROCESOS. SOBRE LAS PRINCIPALES RAZONES DE UNA REGULACIÓN RENOVADA DE LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN.”

Silvia E. Fernández<sup>1</sup>.

Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 58, 2013, p. 83 y ss.

## 1. Palabras previas

Nuestra propuesta a través de estas líneas consiste en explorar algunos aspectos de la operatividad del “proceso de adopción”<sup>2</sup>, ensamblando las que consideramos las tres perspectivas de análisis imprescindibles para este objetivo: el examen normativo puro, el funcionamiento de los procesos adoptivos en las prácticas y la necesaria perspectiva axiológica que transversalmente debe atravesar las acciones y decisiones en esta materia; dimensión valorativa centrada en el que resulta el centro de interés prioritario de la institución adoptiva: la realización del derecho constitucional de niños, niñas y adolescentes (NNA) a la vida familiar<sup>3</sup>.

La oportunidad de este análisis deviene propicia atento las modificaciones diseñadas para el procedimiento adoptivo por la Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación.

La ley 24.779 oportunamente reguló el instituto de adopción –propio al derecho “de fondo”- introduciendo algunas cuestiones relativas al derecho procesal. Esta perspectiva fue seguida igualmente por el Anteproyecto de CCyCom, que incluso profundizó en ciertas cuestiones técnico-instrumentales que se consideraron de necesaria reglamentación unificada para una mejor operatividad del proceso.

---

<sup>1</sup> Asesora de Incapaces del Depto Jud Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR); Especialista en Magistratura Judicial (UMDP); Profesora de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UNMDP-UBA). Vicepresidente del Instituto de Familia del CAMDP.

<sup>2</sup> Término genérico con el que referenciamos los sucesivos procesos que, concatenados, permiten el arribo de una sentencia de emplazamiento filial adoptivo.

<sup>3</sup> Arts. 7, 8, 9,20, CDN. La protección del derecho a la vida familiar –y de la adopción como uno de sus modos de realización, opera en relación al derecho del niño, niña, así como a la tutela de las relaciones familiares, aún de hecho –afectivas-. No se comprende en la tutela de la “vida familiar” un derecho a la adopción en relación a las personas inscriptas en los registros pertinentes; dicha interpretación permitiría afirmar la exigibilidad de este derecho frente al Estado; no obstante sí existe una obligación positiva estatal de permitir y garantizar la formación y el desarrollo de lazos familiares. TEDH, “L., M. y M. B. B. vs. Italia”, solicitud 16.318/2007, 13/4/2007.

Ahora bien. Hablar de “procesos de adopción” nos exige ubicarnos en una instancia previa a la escena jurisdiccional, ingresar en un espacio más amplio, el que Giberti describe como el “escenario adoptivo” y que devela una serie de personajes, acciones y subjetividades, reunificadas en la condición del destinatario de esta institución jurídico-social: el niño<sup>4</sup>.

La realidad que se ubica muchas veces “detrás” de un proceso de adopción es descripta por Giberti en estos términos: “la carencia de políticas sociales instrumenta este estrago de criaturas y los deja al margen de lo que la Convención de los Derechos del Niño propicia respecto a vivir con su familia de origen. A esto se suman la violencia de género, que posiciona a innumerables mujeres en situación de engendrar cuando no desean, ni necesitan, ni quieren hacerlo y la presencia de los pretensos adoptantes que, al no poder engendrar, con reiterada frecuencia recurren al tráfico para ‘conseguir un hijo porque tienen tanto amor para dar.’...Lo que siempre queda a salvo es el pensamiento de que ‘se trata de lo mejor para el niño’...¿Será siempre así?”<sup>5</sup>

La condición previa de un niño, que es posteriormente aprehendido como sujeto procesal, nos interpela a retrotraernos a la ubicación de este niño en la fase temporal anterior a su ingreso al espacio adoptivo. Esta posición nos permite contextualizar a este niño, también, como el emergente visible de una realidad histórico/familiar, que el operador debe asumir como ínsitamente ligada al sujeto de intervención.

Pensar la adopción es entonces, mirar más allá de la norma. Como pocos otros institutos del derecho familiar, la adopción compele a un replanteamiento constante de las reglas, las fórmulas, las prácticas y, también, los procedimientos. Desde esta perspectiva no debe dudarse el valor y beneficio de una regulación que responda, en la mayor medida posible, al complejo entrecruzamiento de derechos que la adopción exhibe: del NNA, de los padres biológicos –más ampliamente, familia de origen<sup>6</sup>-, de los pretensos adoptantes.

Sin embargo, como bien alerta una colaboradora central en la Reforma, una ley de adopción “por más precisa que sea desde el punto de vista técnico, lo más clara posible desde su redacción o lo más ajustada desde su regulación, no soluciona el problema de la adopción y sus ‘desviaciones’ o

---

<sup>4</sup> Giberti, Eva, *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*. Eudeba p. 46.

<sup>5</sup> Giberti, Eva, op cit., p. 46 y ss.

<sup>6</sup> En los términos del art. 7, dec 415/06.

malas interpretaciones...Salirse de esta visión que se puede adjetivar de ‘romántica’ sobre el valor de la ley constituye una consideración previa y central para comprender, en su justa medida, qué cambios ciertos puede lograr una modificación del texto legal vigente en materia de adopción.”<sup>7</sup>

## 2. Cuándo y por qué la adopción.

Diagramar una regulación legal adoptiva importa reglamentar el derecho constitucional a la vida familiar, llamado a ser primeramente satisfecho en el ámbito de origen; ello así, conforme la exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho “a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (art. 7), a la “preservación de las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas” (art. 8), a la no separación de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto en interés superior del niño (art. 9).

Desde este punto de inicio, la adopción en cuanto cuidado alternativo (art. 20 CDN), materializa este derecho a la vida familiar, aunque funciona con carácter de subsidiariedad<sup>8</sup>. Así, deben agotarse las posibilidades de que el niño sea reintegrado a su núcleo de origen (familia nuclear o ampliada) antes de determinar la procedencia de la alternativa adoptiva<sup>9</sup>, si bien confrontando este principio con el concreto interés superior del niño.<sup>10</sup>

Esta concepción aparece receptada en la Reforma del Código Civil, al conceptualizar la adopción como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de NNA a vivir y desarrollarse en familia, cuando los cuidados afectivos y materiales “no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.” (art. 594). Entre sus Principios se explicita “el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595 inc. c) y la improcedencia de declaración en situación de adoptabilidad “si algún familiar o referente

---

<sup>7</sup> Herrera, Marisa, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc” *Suplemento Especial sobre “El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”*, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (coord.), JA 2012-II, 20/06/2012, p. 84 y ss

<sup>8</sup> Herrera, Marisa. *El derecho a la identidad en la adopción*. Eudeba, t. I, p. 267; “Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción”, *RDF* 27. p.73; STJ Santiago del Estero, 11/12/2006, *RDF* 2007-II p 207.

<sup>9</sup> Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa. *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*. Ediar, p.572 . CCCom Mercedes, sala I, 23/06/2011, LLBA 2011 (octubre), 1035

<sup>10</sup> CSJN 5/12/2005.

afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607).

### **3. Una plataforma obligada. La interacción entre la adopción y el Sistema de Protección Integral de derechos de niñas, niños y adolescentes (SPID).**

Una propuesta de reforma legislativa debe tomar en cuenta, por una exigencia de coherencia, el ensamble de lo proyectado con las normativas preexistentes y directamente relacionadas con las modificaciones diseñadas. Para nuestro caso, la preexistencia de la ley 26.061 –y normas provinciales de protección integral- inexistentes a la época de sanción de la ley 24.779. Esto así, pues a excepción de las adopciones integrativas, el camino previo al proceso adoptivo reconoce la preexistencia y operatividad del SPID en cuyo marco fueran adoptadas las respectivas Medidas de Protección de Derechos Excepcionales (MPDE, arts. 39 y ss. ley 26.061<sup>11</sup>) ante cuyo fracaso se habilita –recién- la instancia adoptiva.

La Reforma asumió esta preexistencia. Involucró al Sistema de Protección no sólo desde su mención expresa –vgr. art. 607-, sino con la incorporación al proceso de adopción de los operadores de dicho sistema mixto administrativo-jurisdiccional –arts. 608, 609, 613 y concs.-.

Y el cambio va más allá. Uno de los reclamos sociales centrales sobre los procesos de adopción ha sido el relacionado con “los tiempos”: tiempos de evaluación, tiempos de proceso, tiempos de decisión; tiempos del niño, tiempos de los pretensos adoptantes, tiempos de la familia de origen. Sin embargo, “el problema” de los tiempos no se ubica en el proceso adoptivo propiamente dicho, sino en sus etapas previas: justamente las que reconocen su antecedente en la operatividad de este SPID que, como estadio preliminar y extendido ante el fracaso de las medidas de restitución familiar, ubican la situación del niño en la necesidad de toma de decisiones alternativas.

---

<sup>11</sup> Art. 39 ley 26.061: “Medidas Excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.”

Las acciones e intervenciones jurisdiccionales deben necesariamente admitir la implicancia de un factor meta-normativo trascendental en esta materia: el tiempo<sup>12</sup>, aspecto que ha sido centralmente tomado en consideración a la hora de proponer las reformas legislativas; sin perjuicio que su eficacia podrá recién ser confirmada a partir de la puesta en marcha del sistema, justamente en razón de la necesidad de prácticas que acompañen la norma.

#### 4. **Garantías judiciales y decisiones oportunas en materia de adopción. Un ensamble complejo.**

La interacción entre el SPID –direccionado a la reincorporación del NNA a su ámbito familiar de origen- y el proceso de adopción –que tiende al emplazamiento en un ámbito familiar sustitutivo- se concreta en la Reforma con el reconocimiento expreso de una resolución de creación pretoriana: la declaración en situación de adoptabilidad<sup>13</sup>. Esta decisión apunta a dos objetivos: a) operar como “hito” que demarca la dirección de la intervención jurisdiccional y b) hacerlo en tiempo oportuno –introduciendo plazos concretos-.

a)Esta declaración opera en la praxis judicial vigente como resolución cuyos efectos importan una seria injerencia y limitación a la responsabilidad parental<sup>14</sup> y torna innecesaria la previa declaración de privación de la responsabilidad parental –cuya tramitación importaría una notoria demora en la posibilidad de decisiones alternativas al ejercicio parental-. Ello sin perjuicio del cumplimiento de la garantía constitucional de defensa en juicio de los progenitores en este proceso de adoptabilidad (art. 18 CN)<sup>15</sup>, garantía cuya violación repercute no solo en los derechos de

---

<sup>12</sup> Recomendamos sobre este tema excelente trabajo de Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa. “¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal”. JA , 2005- IV, 05/10/2005, Lexis Nexis p. 26.

<sup>13</sup> Término que refiere a una resolución judicial cuyo objetivo es puntualizar la decisión de desvinculación del niño de la esfera de la responsabilidad parental de sus progenitores y su vinculación con una familia adoptiva, con miras a esta finalidad filial.

<sup>14</sup> Jalil Manfroni, M. Victoria. “La protección del principio de reserva del cuerpo de guarda preadoptiva. *Actualidad jurídica. Familia y Minoridad*, vols 1 y 2, junio, 2004. Córdoba, p. 165.

<sup>15</sup> La garantía del debido proceso de los padres biológicos exige algo más que la satisfacción de la asistencia letrada; requiere comprobar la efectiva existencia de su eventual consentimiento que no se agota en un acto sino exige un “proceso integrado por diversas etapas y acciones que apuntan a brindar contención, apoyo, escucha y atención a los

aquéllos sino también en los del propio hijo, que recibirá el impacto de las irregularidades procesales sufridas por los adultos.<sup>16</sup>

La falta de previsión de la declaración en situación de adoptabilidad por la ley 24.779 recibió serias críticas, reclamándose la necesidad de un resolutorio clarificador que ponga fin al estado de incertidumbre e inseguridad jurídica propio del estadio inicial de comprobación del desamparo del niño. Se dijo por entonces que esta declaración resulta herramienta idónea para dividir el proceso de adopción en sentido amplio en dos: una primera etapa dirigida a verificar la situación socioafectiva entre el hijo y sus padres y, ante este fracaso, un segundo estadio cuya finalidad es la adopción, focalizada en la relación entre el niño y los futuros adoptantes.<sup>17</sup>

La omisión legislativa no impidió que la práctica judicial antepusiera a los dos procesos regulados –guarda con fines de adopción y adopción propiamente dicha- una actuación jurisdiccional previa, visualizándose entonces un triple cauce: 1) un previo proceso dirigido a comprobar la desvinculación familiar, que culmina con la declaración de adoptabilidad, 2) el proceso de guarda con fines de adopción, 3) el de adopción propiamente dicho.<sup>18</sup>

b. En segundo lugar, la decisión que declarara la situación de adoptabilidad resulta herramienta dirigida a ordenar, estructurar y sobretodo *limitar* la que ya hemos señalado como una de las mayores crisis que presentan los procesos de adopción: el tiempo. Tiempo relacionado con el estadio de decisión, entre perseverar los intentos de permanencia del niño bajo la responsabilidad

---

progenitores, implicando no solo una preparación previa a la decisión de desprendimiento para adopción, sino también el acompañamiento posterior.” Herrera, Marisa. *El derecho a la identidad en la adopción*. Universidad, p. 360.

<sup>16</sup> Así, se ha declarado nulo lo actuado en el proceso que declaró a una niña en situación de adoptabilidad, en tanto su madre –menor de edad- no actuó representada por ambos padres, ambas carecieron de asistencia letrada obligatoria; los actos procesales por los cuales la madre expresó su voluntad de entrega con fines de adopción fueron anteriores al nacimiento y no hubo un previo contacto entre ambas.”CCCom Mercedes, sala 1, 23/06/11, LLBA 2001, octubre 1035.

<sup>17</sup> Herrera, Marisa, op cit p. 492, SCBA 2/4/03, Ac 78.013, Cciv y Com sala 2º La Plata, 26/10/04, Cám Civ y Com sala 2º San Isidro 5/6/05, idem sala I, Cám Civ y Com Bahía Blanca 13/12/05, entre otros.

<sup>18</sup> Herrera, Marisa, op cit p. 493 y ss.

parental o la apertura de su inserción adoptiva. Tiempos en los cuales el niño permanece “en tránsito” –en ámbitos familiares alternativos, hogares convivenciales, instituciones-.<sup>19</sup>

Los efectos que provoca la prolongación indefinida de estos tiempos implican “no tomar conciencia de que tal situación, aunque pueda ser mejor que la anterior, sigue siendo violatoria de derechos.”<sup>20</sup> Tal como se ha señalado “el NNA institucionalizado es un sujeto de derechos vulnerados que es alojado en un ámbito de convivencia institucional con el objeto de la reparación, del saneamiento de sus derechos...el derecho constitucional de vivir en familia es el derecho vulnerado macro del NNA institucionalizado sobre el cual se desprenden consecuencias fácticas y jurídicas de tratamiento administrativo y jurisdiccional.”<sup>21</sup>

En este sentido la labor proactiva judicial permite sobreponerse al peso del tiempo en avance constante, asumiendo decisiones oportunas, fundadas en el interés del niño y su realidad vital. Así, “atendiendo al aseguramiento oportuno del derecho a vivir en una familia, todo niño tiene un derecho básico a contar con un ambiente familiar estable desde la más temprana edad posible y al respeto de los vínculos afectivos que se desarrollen en su entorno... frente a las implicaciones del tiempo aparece la necesidad de urgente resolución puesto que cualquier dilación importaría afectar una proporción muy significativa de la vida” del niño (art. 3 CDN).<sup>22</sup>

Sin duda, detrás de la indefinición de los tiempos que históricamente ha mostrado el devenir de los procesos de adopción, confluyen la necesidad de compatibilizar la exigencia de pronta resolución de la situación del niño con el cumplimiento de los plazos procesales que demanda el debido proceso de sus padres. Es que la adopción exhibe en juego intereses de tanta relevancia como los de los niños, los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación

---

<sup>19</sup> Cárdenas, Eduardo. “Hogares de tránsito y adopción. ¿Compartimentos comunicados o estancos?”, DJ 2004-3, p. 1153 y ss.

<sup>20</sup> Casnati, Tristán. Nota a fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 25/11/02. *Revisa Justa Causa*, año 2, n° 3, noviembre 2003, Fundación Derechos, Mendoza, p. 24 y ss.

<sup>21</sup> Obligado, Clara Alejandra. “La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo de proceso. La construcción semiótica del fenómeno” RDF 2012, 56, p. 83 y ss.

<sup>22</sup> Trib de Fam. N° 2 Mar del Plata. “A., Y. S/ materia a categorizar”, 30/8/2010. Mg. Rotonda.

filial se extinguirá.<sup>23</sup> Esta tríada de derechos exige rodear de las mayores garantías todos los actos judiciales que los afectan.<sup>24</sup>

No obstante, la tutela de todos estos respetables derechos debe realizarse en tiempo oportuno. Así ha dicho la CIDH que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>25</sup>. La Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo<sup>26</sup>: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.”

Por su parte y específicamente en relación a nuestra materia, dijo también la Corte que “en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”.<sup>27</sup> “El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece a creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos... podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto.”

En el reciente caso “Fornerón”, condenando a la República Argentina la Corte Interamericana reiteró que “para determinar la razonabilidad del plazo en la toma de decisiones se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia

---

<sup>23</sup> ST Constitucional Español, sala 2, 58/2008 del 28/4/2008, RDF 40-2009, Lex Nova, Valladolid, España, p. 139.

<sup>24</sup> STConstitucional Español sentencia 75/2005, 4/4/2005.

<sup>25</sup> CIDH “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. 21/9/2002, párr. 145

<sup>26</sup> CIDH “Genie Lacayo Vs. Nicaragua.”29/01/97., párr. 77.

<sup>27</sup> CIDH,”L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay”, Resolución 1/07/2011, Consid. 16.

objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”.<sup>28</sup>

## 5. “Los” procesos de adopción en la Reforma de Código Civil y Comercial.

### a. La declaración en situación de adoptabilidad.

El procedimiento de adopción diseñado reconoce en su inicio la tramitación de un proceso direccionado a la “declaración judicial en situación<sup>29</sup> de adoptabilidad.” Conforme el art. 607 Proyecto, ella se dicta en los siguientes supuestos: a. cuando un NNA no tiene filiación establecida, o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por el organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por plazo igual por razón fundada. Corresponde clarificar que durante este lapso el niño estará bajo la esfera de vigencia de una MPDE. b. cuando los padres tomaron la decisión libre e informada de que el NNA sea adoptado, manifestación que sólo será válida si se produce después de los 45 días del nacimiento. La inobservancia de esta norma o la configuración de vicios del consentimiento acarrea la nulidad relativa de la adopción (art. 635). c. cuando las medidas excepcionales –MPDE- dirigidas a que el NNA permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo *máximo* de 180 días.<sup>30</sup> La norma alude a un plazo máximo, de lo que se deduce que no será regla imperativa en todos los casos el transcurso de estos 180 días a los fines de habilitar la petición de adoptabilidad<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> CIDH, “Fornerón L. e hija vs. Argentina” 27/4/2012

<sup>29</sup> Se señala que el juez no declara la existencia de un *estado* sino de una *situación* fáctica, la de que un niño se encuentra ante la necesidad de ser adoptado: como consecuencia de la declaración en situación de adoptabilidad pasará al estado adoptivo. Herrera, Marisa. “el régimen adoptivo...” Cit., p.19.

<sup>30</sup> El plazo consignado guarda relación con el establecido a nivel nacional por la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415 que prevén un lapso de 90 días para estas medidas, prorrogables por causa fundada por igual lapso. Art. 39 dec. 415.

<sup>31</sup> Estos plazos deberán conjugarse en cada jurisdicción; así vgr en la pcia de Buenos Aires el plazo máximo es de 60 días -30 días de medida de abrigo e igual lapso de prórroga, art. 35 dec. 300, ley 13.298-, lo que entendemos no aparece incompatible con la norma proyectada por cuanto la misma refiere a un plazo máximo.

Vencido el plazo sin revertirse las causas que motivaron la MPDE, el organismo administrativo de protección de derechos que la adoptó debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad, comunicándolo al juez interviniente en 24 hs. A pesar de no ser expresado por la norma, se mantiene la posibilidad de que el Ministerio Público, como representante legal necesario del niño –art. 103-, peticione esta declaración.

Respetando el derecho del NNA a permanecer en su ámbito de origen, se aclara que la adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo<sup>32</sup> de éste ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado a su interés.

En cuanto a las pautas procesales, el marco procedimental será “el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción”. En él revestirán carácter de parte: el NNA con edad y grado de madurez suficiente, compareciendo con asistencia letrada; los padres u otros representantes legales; el organismo administrativo; el Ministerio Público. Sin revestir carácter técnico de partes, se admite la participación de parientes y otros referentes afectivos del niño. (art. 608). La competencia corresponde al juez que ejerció el control de legalidad de la MPDE (art 609), plasmando el principio de concentración y de unidad en la intervención jurisdiccional.<sup>33</sup>

El proceso finaliza con la sentencia que declara la situación de adoptabilidad<sup>34</sup> y que debe disponer en un mismo acto las medidas pertinentes para, en un plazo máximo de diez días, seleccionar postulante del registro de adoptantes, con participación del organismo administrativo<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Conf. art. 7 dec. 415/06: “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. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.”

<sup>33</sup> Herrera, Marisa, “El régimen adoptivo...” cit.

<sup>34</sup> La sentencia de privación de responsabilidad parental equivale a la declaración en situación de adoptabilidad; a la inversa, esta declaración exime la necesidad del proceso de privación.

<sup>35</sup> El fundamento de esta convocatoria guardaría relación con el conocimiento que dichos organismos tienen de la situación integral del NNA, de particularidades útiles a considerar en ocasión de seleccionar el ámbito más ajustado a sus necesidades. Sin embargo, tratándose de una etapa en que ya ha precluido el trabajo con la familia de origen en pos del retorno del niño, la labor de los servicios de protección se desdibuja, no siendo por lo demás praxis actual la

Es necesaria también la intervención del Ministerio Público como representante necesario del niño (art. 103, ley 24.946; Resolución SCBA 458/12<sup>36</sup>).

La selección desde este registro es requisito esencial, conforme la sanción de nulidad absoluta que establece el art. 634 inc. h).

Desde esta perspectiva corresponderá confrontar jurisprudencia actualmente vigente emanada de Tribunales superiores, frente a determinadas realidades que no han podido desconocerse en contra del interés del niño en el caso concreto (vgr. personas no inscriptas a cuyo favor la madre se desprendiera de su hijo, o que por circunstancias diversas lo tuviesen bajo su cuidado con carácter permanente.) Así, la Suprema Corte Provincial ha dicho<sup>37</sup> que “si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura.”<sup>38</sup> En similar línea expresó la CSJN<sup>39</sup> que esta inscripción no puede constituirse en un recaudo que se sobreponga al principio central del interés superior del niño (art. 3, 21 CDN).

La Reforma predetermina las principales pautas a tomar en cuenta por el Magistrado en la selección de aspirantes: sus edades y aptitudes, sus condiciones personales, la idoneidad para cumplir con las funciones de crianza, sus motivaciones y expectativas frente a la adopción, el respeto frente al derecho a la identidad y origen del niño –concs. arts. 595 inc. b y e-.

#### **b.)El papel de la guarda con fines de adopción.**

---

intervención de estos servicios en esta etapa, servicios que por lo demás muestran serias dificultades –laborales, presupuestarias, recursos humanos- para cumplir con el resto de las funciones propias al SPID.

<sup>36</sup> Resolución 458/12 del 04/05/12 que expresamente dispuso solicitar a los Jueces del fuero de familia donde actualmente se encuentran radicados los legajos de pretensos guardadores que arbitren las medidas tendientes a viabilizar lo previsto en el art. 8 de la Acordada 2707 en cuanto a la participación de los Asesores de Incapaces

<sup>37</sup> SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, DJBA 159, 193; SCBA, AC 84418 S 19-6-2002

<sup>38</sup> SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, DJBA 159, 193SCBA, AC 84418 S 19-6-2002. Voto del Dr. Pettigiani, en SCBA Ac 73814, 27/9/2000. La entidad del valor que se atribuya al RUA guarda relación con la finalidad de su institución, que Cárdenas explica desde una triple misión: evitar entregas a personas que no fuesen idóneas o que no estuviesen en la lista de espera; aumentar, evitando las filtraciones, el caudal de niños adoptables; evitar el tráfico de niños.

<sup>39</sup> CSJN 16/9/2008.

En la normativa reformada, la guarda con fines de adopción no aparece como un proceso independiente, sino subsumido como paso legal intermedio entre la situación de adoptabilidad y la adopción. Esta modificación aporta ventajas relacionadas con el factor temporal, al obviar un proceso judicial que pasa a constituir sólo una figura dirigida a cumplir la finalidad de evaluación del vínculo afectivo generado entre el/los adoptantes pretensos y el niño.<sup>40</sup>

El plazo de la guarda será fijado por el juez y no puede exceder los seis meses.

Cuestionando el diagrama establecido se ha dicho que éste propone cuatro procesos y exige la previa privación de la responsabilidad parental.<sup>41</sup> Respetuosamente disentimos con esta interpretación. La Reforma no propone cuatro procesos en materia adoptiva; recoge la preexistencia del Sistema de Protección Integral –en vigencia a nivel nacional y provincial - y ensambla a este procedimiento la declaración en estado de adoptabilidad, recogiendo las recomendaciones doctrinarias y decisiones judiciales que exhibieron su necesidad. Las normas proyectadas, por su parte, se hacen cargo del “vacío del después”, término con que graficamos la instancia temporal posterior a la expiración de los plazos de las MPDE, direccionados a la “preparación” de la adopción; imponiendo plazos máximos que pretenden aventar la discrecionalidad.

### **c.) El Juicio de adopción propiamente dicho.**

La impronta de celeridad y actuación judicial oficiosa es reflejada también en la órbita del proceso de adopción, imponiendo su promoción aún de oficio una vez cumplido el período de guarda. (art. 616). Son parte los pretensos adoptantes, el adoptado con edad y grado de madurez – con asistencia letrada-, el Ministerio Público y la autoridad administrativa (art. 618). Aún sin revestir calidad de parte por no contar con la madurez suficiente, el pretense adoptado debe ser oído y tener en cuenta su opinión, bajo pena de nulidad –relativa, art. 635 inc. c-.

Por su parte se impone como requisito sustancial –con sanción de nulidad absoluta- el consentimiento del pretense adoptado mayor de 10 años (art. 634 inc i).

---

<sup>40</sup> Herrera, Marisa, op cit.

<sup>41</sup> Medina, Graciela “Las diez grandes reformas al derecho de familia”. RDFyP, Julio 2012, Edición especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 19 y ss-. Basset, Ursula “La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, RDFyP, Julio 2012, p. 157. Hernández, Lidia “Una primera mirada a la institución de la adopción plena en el Proyecto.” RDFyP julio 2012, p. 159

## 6. Autonomía de la voluntad, entrega directa y derechos del niño.

Una de las cuestiones de mayor complejidad en el campo adoptivo, es la referida a la eventual admisibilidad de la entrega directa efectuada por la progenitora en favor de determinada persona/pareja- y las consecuencias que corresponda reconocer a la consecuente guarda de hecho originada en esta situación, a los fines de la posterior guarda con fines adoptivos.

Se han expresado argumentos doctrinarios y jurisprudenciales en defensa de una u otra posición; por un lado, se sostiene la prohibición de la entrega directa con fundamento en el art. 318 C.C. originario, el contractualismo<sup>42</sup> y “cosificación” del niño en que se incurre, el riesgo de tráfico de niños; finalmente, la prevalencia del orden público en adopción.<sup>43</sup>

En el otro extremo, a favor del reconocimiento jurídico de la entrega directa<sup>44</sup>, se señala que ella no se encuentra prohibida, que la guarda de hecho puede ser un medio de prueba para acreditar la vinculación y el mejor interés del niño en el caso concreto. La admisión de la entrega directa, se agrega, no obsta a la valoración de los eventuales vicios de dicho acto, cuando la entrega es tamizada a través de la intervención jurisdiccional, proponiéndose como un acto jurídico familiar que se cumple en el marco de una etapa previa al proceso de adopción y con control jurisdiccional.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> La CDN establece en su artículo 35 que: “los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.” La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad.” CIDH, “Fornerón” 27/4/2012.

<sup>43</sup> Posición expresada, entre otros, por Atilio Alvarez, cit. por Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad...*p. 380.

<sup>44</sup> Levy, Lea. *Régimen de adopción. Ley 24779*. Astrea, p. 64; Medina, Graciela. *La adopción*. Rubinzal Culzoni, p 192 y ss; Medina Graciela. “La guarda de hecho y la adopción”, JA 98-III-959; VI Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones. Morón, 1999. Wagmaister, Adriana – Levy, Lea. “Interés del niño, adopción y guarda de hecho” ponencia presentada en la XIII Conferencia Nacional de abogados, Jujuy, abril 2000, libro de ponencias, p. 200. Cám Civ y Com de MDP sala II, 23/9/1999; con comentario de Mónica Patricia Costa, en RDF n° 16, p. 249 y ss. Minyersky, Nelly; Levy, Lea “La autonomía de la voluntad y la adopción” en RDF 15, p. 69 y ss.

<sup>45</sup> En esta instancia judicial se verificará la competencia de la otorgante del acto jurídico, el efectivo ejercicio de su derecho de defensa, los motivos que hacen programar el cese de su responsabilidad parental, el afecto que la vincula con la familia escogida, y la inexistencia de delito. Cédola Carolina y Jorge, Carina. “el derecho del niño a que los padres de origen elijan a la familia adoptante” su ponencia al XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plat, 22 al 26 de octubre de 2012.

Los partidarios de esta posición agregan en fundamento, la concepción instrumental y relativa del Registro Unico de Adoptantes<sup>46</sup>; la analogía con la posibilidad de los padres de designar tutor para sus hijos; la diferencia entre guarda de hecho y guarda preadoptiva –que sería la prohibida por el art. 318 conf. ley 24779-<sup>47</sup>, finalmente, la fuerza de los hechos consumados.<sup>48</sup>

Una posición intermedia y realista entre ambos extremos fue expuesta por la Dra. Marisa Herrera, al considerar que el derecho no puede ignorar la existencia de estas guardas de hecho; al contrario, la justicia debe evaluarlas en tiempo oportuno, justamente a fin de evitar la fuerza de los hechos consumados o la búsqueda de mecanismos paralelos para sortear las prohibiciones legales.<sup>49</sup>

¿Qué posición debería adoptar una norma reguladora en este tema? La pregunta es compleja, por contener –principalmente- dos tensiones: la defensa de la autonomía personal –de la/los progenitora/es que elige/n a la familia que cuidará de su hijo- frente a la injerencia estatal como garante de los derechos del niño, en el marco de un paternalismo justificado<sup>50</sup>, y por el otro, la tensión entre orden público y privado en materia de adopción.

La posición que adopte una ley en este tema abarca supuestos varios que no pueden ser analizados de forma unitaria; hablar de “guarda de hecho” implica reparar en dos situaciones francamente diversas: por un lado, casos de entregas directas en favor de terceros con quienes exista un conocimiento/vínculo afectivo previo; por el otro, las llamadas situaciones de “chico puesto”<sup>51</sup>,

---

<sup>46</sup> No se desconocen los peligros de encubrimiento del tráfico que pueden encontrarse en lo que en la jerga ha dado en llamarse “chicos puestos”, pero es entonces necesario profundizar la acción jurisdiccional que deberá tomar las medidas tendientes a detectar posibles ilícitos. La integración familiar y afectiva de un niño consolidada durante el período de una guarda de hecho difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta el interés del niño. Minyersky; Levy op cit.

<sup>47</sup> Medina, Graciela. “Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor”. *RDFyP* diciembre 2009 p. 110 y ss.

<sup>48</sup> En esta línea expresaba Aída Kemelmajer de Carlucci que lo trascendente es la valoración de la idoneidad de los guardadores. *Libro homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky*, STC, Córdoba, p. 3321 y ss.

<sup>49</sup> Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad...cit* tomo I, p. 371, 390. Mizrahi, Mauricio “Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores” LL 2003-F-1146

<sup>50</sup> Garzón Valdés “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol XIII Bs As 1987.

<sup>51</sup> Herrera, Marisa, op cit p. 375.

ajenas a la afectividad<sup>52</sup> y relacionadas con la directa cosificación del hijo que, cual objeto –e independientemente de la existencia o cualidad de la retribución –, es circulado de un núcleo familiar a otro con quien no le une lazo biográfico, afectivo o histórico alguno.<sup>53</sup> Es que hablar de “entrega directa” exige también alertar acerca de los múltiples significados que exceden la noción más burda de “compra” de un niño. Se ha defendido la honestidad y desinterés, fincado en la solidaridad, por parte de quienes aportaron dinero a la madre de origen “para ayudarla”; la asunción de los costos de parto y pos parto, los del proceso de adopción; cuando en realidad se trata muchas veces de la captación de mujeres gestantes en condiciones de miseria social, a quienes se les ofrece paliar de algún modo su precaria situación, mediante alguna especie de contraprestación económica.<sup>54</sup>

Cualquiera de estas situaciones –afectivas o contractualistas- da nacimiento a una guarda de hecho, que se aproxima a conocimiento de la justicia en ocasión en que se pretende validarla a los fines de la guarda preadoptiva. Aquí el Magistrado debe evaluar la situación del niño en ese grupo familiar –consolidada o no en función del tiempo<sup>55</sup>–, el origen de la guarda, la existencia de contraprestaciones relacionadas con el acto de la entrega<sup>56</sup> y la vinculación preexistente entre madre y peticionantes.<sup>57</sup> El conflicto judicial se plantea al momento de tener que tomar una decisión respecto a la eventual separación del niño de ese ámbito familiar en casos en que ha transcurrido un plazo considerable. Posición que no es pacífica en el ámbito clínico y psicoanalítico.

Tal como se ha expresado, las decisiones judiciales muchas veces condicionan el bienestar futuro de un niño por un presente que calla los problemas no resueltos y silencia las irregularidades utilizadas para llegar a él. En beneficio de la duda acerca del daño se renuncia a la legalidad para evitar la escena –insostenible- invadida por el afectivismo, de separarlo de quienes lo han cuidado.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> CCCom Mercedes 29/07/05, *RDF* 2006-I-163.

<sup>53</sup> SCBA, C. 115.696, "N.N. o A, G. M. s/ Medida de abrigo", 11/4/12.

<sup>54</sup> Carminati, A. y Ventura, A. *Guardas puestas: cuando se convalida algo más que una entrega*, Buenos Aires, 2003.

<sup>55</sup> CNCiv sala K 27/12/05, LL 2007-B-623.

<sup>56</sup> SCBA, C. 115.696, 11/4/12.

<sup>57</sup> SCBA, C. 115.696, cit

<sup>58</sup> Siderio, Alejandro. “Una excepción que...¿Confirma o hace peligrar la regla.?” *RDF* 2009-II.41.

Genéricamente, ha sido el reparo a los eventuales daños causados al niño como consecuencia de una separación transcurrido un tiempo extenso en guarda de hecho, los que han sostenido las decisiones judiciales convalidatorias, aún frente a la comprobación de la inexistencia de vínculo afectivo entre las partes y la violación de las normas del proceso de adopción –observancia del estado puerperal, inscripción en el RUA, etc.-<sup>59</sup>

La paradoja del factor tiempo fue puesta de manifiesto por la propia Corte Interamericana en el caso Fornerón, en que luego de expresar que “no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”, culmina resolviendo que “sin embargo, la Corte no puede obviar lo excepcional de este caso, la circunstancia que se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años.”

Frente a este debate complejo la Reforma ha optado por la contundente prohibición de la entrega directa. Dice así el art. 611: “Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.”

La posición que una legislación adopte en torno al valor que cabe reconocer a la guarda de hecho obedece a una decisión de política legislativa. En este sentido, la Reforma prefirió establecer una solución mayormente cerrada, como herramienta dirigida a evitar la consumación de guardas de hecho nacidas al amparo de ilícitos, o al menos, actos dudosos en torno a la transparencia que debe presidir los procesos adoptivos. Quedan a salvo, únicamente, los casos en que la entrega ha

---

<sup>59</sup> CSJN 19/02/08, RDF 2008-III-1, disponiendo el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos a un matrimonio que recibiera en guarda directa a una niña a los pocos días de su nacimiento, matrimonio que no conocía a la madre biológica –contactados por una tercera persona-. Es en mérito al factor tiempo que la Corte decide el otorgamiento de la guarda preadoptiva. Caride, Estaban. “El abuso de la guarda de hecho y el fraude a la ley.” LL 2002-C-915

respondido a un vínculo afectivo entre la progenitora y los pretendos guardadores, lo que deberá ser evaluado judicialmente, en interés de niño.

De tal modo, la autonomía personal<sup>60</sup> materna no reviste un peso incommovible en la norma, por no concebirse exclusivamente desde el ejercicio de derechos de la madre, sino enfocando la proyección de efectos, primera y prioritariamente, en los derechos del hijo. Es que como se ha expresado, el criterio contractual deja en manos de la voluntad de las partes la formulación de los hechos, así como su justificación. Este criterio ignora el lugar del adoptado, habitualmente bebé o niño de corta edad. Se rige por la decisión y el interés del adulto, que ejerce su derecho jurídico sobre la criatura a partir de su desvalimiento y encuentra en la otra parte, la decisión de ‘conseguir’ un hijo sin reparar en el modo. El Estado, que debe ser el garante de los derechos del niño, queda excluido de la maniobra.<sup>61</sup>

Un relativamente cercano precedente puso claramente de manifiesto el conflicto de derechos expuesto –pretendida autonomía personal materna, derechos del hijo e intervención estatal-. En el caso, la madre de una niña decidió dejarla al cuidado de un matrimonio, debido a las carencias afectivas y materiales que padecía<sup>62</sup>. Esta pareja inició los trámites judiciales para obtener la guarda con fines de adopción. La Asesora de Incapaces solicitó como medida cautelar la selección de matrimonio inscripto en el Registro Único de Adoptantes. El Juez de grado hizo lugar a la medida, los pretendos adoptantes apelaron. La Cámara revocó el fallo recurrido<sup>63</sup>, validando la permanencia de la niña con los guardadores de hecho –que lo habían sido por 7 meses- interpretando su actuar como “un deber de gratitud y dependencia a favor de la madre biológica *por la guarda delegada*, el cual no puede tildarse de irregular sin su debida comprobación.”

---

<sup>60</sup> Término más apropiado que el de autonomía de la voluntad, que nos direcciona a un concepto propio del ámbito contractual, contrato que se gestaría entre adoptantes pretendos y madre, en que el niño emerge como elemento u objeto de este acuerdo convencional.

<sup>61</sup> Giberti, Eva Adopción siglo XXI. Leyes y deseos. Sudamericana, p. 155.

<sup>62</sup> Surge de los antecedentes la posición de los guardadores, quienes relatan "...nos ocupamos de buscar un lugar para alojar a la mamá biológica y a su hijo, que ésta pudiera sostener en el tiempo, estando al alcance de su situación económica, le equipamos este lugar para que pueda tener una vida digna junto a su hijo, que es su mayor preocupación, y por el cual tomó esta decisión".

<sup>63</sup> CCCom LaMatanza, sala I, 30/06/2011, NN o A., G. M. s/abrigo, AR/JUR/29891/2011

El fallo fue revocado por la SCBA<sup>64</sup> en función de las circunstancias comprobadas de la causa, en que el desprendimiento del hijo careció de la motivación de un vínculo afectivo previo, ante la inexistente relación afectiva entre la madre y los pretendientes, quienes no se conocían, habiendo sido contactados exclusivamente para recibir a la niña. Consideró allí la Corte que fundamentar la legalidad de la guarda en una “libre, espontánea y auténtica voluntad” materna, importaba resignar el control de legalidad judicial, como garante del interés del niño y su derecho de identidad. “Esto significa que con solo la guarda de hecho y un plan de los pretendientes adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción.” La justicia, dijo, no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoja está constreñida en respetar. Lo contrario violenta la tutela judicial efectiva que reclama el respeto del procedimiento previsto por la ley (arts. 3, 12, 20 y 21.1 CDN, 18 CN; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 ley 26.061).

Es que si bien el Estado no debe injerir arbitrariamente en la vida personal de la madre, sí debe indagar si las decisiones de ésta –en el caso la elección de los guardadores- satisface el interés superior del niño, así como si éste no ha sido constituido en lugar de objeto o mercancía.

La Corte Interamericana ha sentado doctrina al respecto<sup>65</sup> resolviendo que “la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. La Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ha señalado que la venta de niños y niñas debe “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si

---

<sup>64</sup> C. 115.696, "N.N. o Areco, Giovanna Martina. Medida de abrigo"., 11/4/12.

<sup>65</sup> In re “Fornerón” cit.

fuera un bien mueble”<sup>66</sup> El artículo 2 de dicho Protocolo define la venta de niños de la siguiente manera: A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.”

Pensamos así que mercantilizar a un niño no se exhibe únicamente a través de la entrega de una suma cuantiosa de dinero, resultando también mecanismos cosificantes todos aquellos “reconocimientos monetarios o materiales altruistas” que se invocan para justificar la entrega directa. El auxilio y sostén a la progenitora en condición de vulnerabilidad es obligación imperativa del Estado (arts. 4, 7, Ley 26.061, art. 9 ley 13.298) y no “carga socio-individual” que pueda auto-atribuirse por un matrimonio que, “casualmente”, se encuentra a la espera de la localización de un niño para realizar su deseo de paternar. La solidaridad no presupone el intercambio con otro bien jurídico, posicionando al niño como objeto de realización de expectativas individualistas.

Retornando a la solución del art. 611, la prohibición es coherente con la sanción de nulidad absoluta que provoca la violación de la selección de postulantes del RUA.<sup>67</sup>

Desde otra perspectiva, se relaciona también con la exigencia de agotar las posibilidades de permanencia en la familia de origen (art. 607) previo a decidir el emplazamiento adoptivo, objetivo que no puede cumplirse si no se permite la labor de los órganos administrativos y judiciales dirigida, primeramente, a evitar la separación del hijo de su madre –vgr. ante las frecuentes decisiones

---

<sup>66</sup> Cfr. Informe de la Relatora Especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de 17 de enero de 1996, E/CN.4/1996/100, párr. 12. Asimismo, AG ONU, Resolución respecto a derechos del niño, A/RES/66/141, 4/12, y A/RES/65/197, 30/311 y Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos del niño, A/HRC/RES/19/37, 19/4/12, párr. 42 :“El Consejo de Derechos Humanos [...] *Exhorta* a todos los Estados a que: a) Adopten todas las medidas necesarias para eliminar, tipificar como delito y castigar efectivamente [...] la venta de niños con cualquier propósito”).

<sup>67</sup> SCBA 02/04/03, *RDF* 2004-III. Lexis Nexis Abeledo Perrot, p. 75. CCCom Mercedes sala I 23/12/04; CCCom Mar del Plata sala II 23/9/99, en ED 186-235; SCMendoza sala I 25/11/02; STJ Formosa 04/02/03 en LLLitoral 2003, julio 707; CSJN , 16/9/08, L 2009-a-450; cccOM Santiago del Estero sala I 19/02/10, LL on line, AR/JUR18623/2010. STJ Misiones, 28/004/03, LL Litoral 2004-890. CCCom Lab Minería Neuquén sala I 31/03/09, *RDFyP* diciembre 2009-110.

fundadas en razones económicas- y asimismo a procurar la permanencia del niño en el ámbito familiar ampliado –art. 7 dec. 415 reglamentario ley 26.061<sup>68</sup> -.

Por su parte, las entregas directas obvian el otro extremo del binomio: el progenitor. Recordemos nuevamente el caso “Fornerón” en que la Corte interamericana sostuvo que “la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial una fundamentación para negar la paternidad.”<sup>69</sup>

Frente a la prohibición inicial establecida, el art. 611 no ha descuidado las consecuencias de su violación, que, de ocurrir, habilitará al Juez interviniente de separar al niño del/los guardadores, en forma transitoria o definitiva. Según la norma se *habilita*, lo cual no importa decir que se *obligue* a dicha decisión, quedando la valoración al Magistrado; sin embargo la previsión resulta herramienta valiosa para sostener las decisiones que la justicia adopte, en tanto considere dicha separación favorable al interés del niño. (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061). La única justificación que, a pesar de la violación a la norma, permitiría al juez podría avalar la permanencia del niño en el ámbito familiar de facto, es la existencia de una relación afectiva o vínculo de parentesco<sup>70</sup> entre los progenitores y los pretensos guardadores.<sup>71</sup>

Otra importante previsión del artículo es la salvedad efectuada en relación a la eventual invocación de situaciones de hecho consumadas, nacidas bien sea de una simple situación fáctica –

---

<sup>68</sup> Art. 7 dec. 415: “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. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.” Por su parte la CIDH ha establecido que la Convención Americana no protege un concepto cerrado de familia, ni mucho menos un solo modelo de ella. Y que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. OC-17/02, párr. 69; CIDH in re “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, párr. 142

<sup>69</sup> CIDH , caso “Fornerón”, cit.

<sup>70</sup> Conf. definición del concepto de familia art 7 dec. 415 reglamentario ley 26.061, cit.

<sup>71</sup> Explica una de las principales colaboradoras de la Reforma que esta valoración de realidad está presente en la excepción, al reconocer que no todo contacto directo es un caso de “chico puesto”, con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que hay casos en los cuales este vínculo es sincero, es decir, responden a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar en cada caso. Herrera, Marisa “El régimen adoptivo...”

guarda de hecho-, bien de un discernimiento de guarda judicial o de la delegación por los progenitores del ejercicio de la responsabilidad parental. Ninguno de estos supuestos puede considerarse como antecedente invocable a los fines de una pretendida adopción.

Las excepciones deberán valorarse con criterio sumamente restrictivo, no solo en razón de la exigencia legal sino doctrina interpretativa constitucional –arg. art. 75 inc 22 CN- en punto a que “la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño...no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”.<sup>72</sup>

## **7. La tutela anticipada como herramienta para asegurar la efectividad inmediata del derecho del niño a la vida familiar.**

Hemos referido en varios pasajes del presente la entidad del factor tiempo en las cuestiones que comprometen la vulneración de derechos de NNA. Pero tal como se ha afirmado, “pasada la emergencia que da lugar a la institucionalización del niño, éste se invisibiliza.”<sup>73</sup>. “Hasta hace unos pocos años...se creía que la celeridad judicial debía desplegarse hasta el momento en que el niño era puesto fuera de una situación de daño. ...hoy en día...se ha comprobado el daño que recibe un niño cuya incierta situación se prolonga.”<sup>74</sup>

El recaudo constitucional de observancia del debido proceso en relación a todos los intervinientes –centralmente respecto a los padres biológicos- exige repensar mecanismos procedimentales para dotar a los operadores judiciales de herramientas necesarias para “acortar” en algún punto estos tiempos predeterminados, de atravesamiento inescindible.

En esta área emerge claramente la justificación de la aplicación de las nociones de la “tutela procesal diferenciada.”<sup>75</sup> como mecanismo de realización del derecho constitucional a la tutela

---

<sup>72</sup> CIDH in re “Fornerón”, cit.

<sup>73</sup> Herrera, Marisa, op. cit. T. II p. 463.

<sup>74</sup> Cárdenas, Eduardo, op cit.

<sup>75</sup> Torres Traba, José María, “Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización”, *Revista de Derecho Procesal*, La Ley Año 2 N° 1, Febrero 2010. Morello, Augusto “Que entendemos,

judicial efectiva (art. 114.6 CN, 15 CPBA)<sup>76</sup>; técnicas adecuadas para salvaguardar los derechos comprometidos, en función de los valores constitucionales prevalecientes<sup>77</sup>, en el caso, el interés superior del niño.<sup>78</sup>

Es que en materia de protección de derechos de NNA el Estado tiene no sólo una clara obligación de legislar mecanismos de restitución de derechos, sino también un deber de celeridad<sup>79</sup> en la protección a la vida familiar (arts. 9 y 18 CDN). En términos del Comité de Derechos del Niño “los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes.”<sup>80</sup>.

En un difundido precedente, la Cámara Civil y Comercial de La Matanza, sala I<sup>81</sup> materializó claramente una intervención jurisdiccional oportuna, en carácter anticipado, al resolver que “no resulta satisfactoria la institucionalización más allá de un plazo razonable...corresponde inmediatamente decidir la guarda de los infantes en un ámbito familiar, como medida cautelar...sin perjuicio de aquello que en definitiva corresponda decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo....” Dispone así “compatibilizar las reglas del debido proceso con la instrumentación de medidas urgentes y con carácter provisorio.... sin perjuicio del carácter que por ahora se le asigne a la guarda.”

De tal modo y si bien el esquema normativo al amparo del SPID y la Reforma, pretende como prioridad, la prevalencia del niño en su ámbito de origen –con expresa subsidiariedad de la adopción y obligado tránsito de un garantista proceso de declaración de adoptabilidad-, la *tutela*

---

en el presente, por tutela diferenciada.”; Peyrano, Jorge “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?” Ambos en *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas-1*, 2008-2 p. 15 y 21.

<sup>76</sup> Provenzani Casares, Ariel. “Consideraciones procesales a la función tutelar de los jueces” Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010 (marzo), 01/03/2010, 26

<sup>77</sup> Berizonce, Roberto. “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas.” RDP cit p. 35 y ss.

<sup>78</sup> STConstitucional de España, sent 75/2005, 4/4/2005

<sup>79</sup> El TEDH in re “Bajarami c/ Albania”, 12-12-06, ha reconocido a este deber de celeridad como un standard internacional de protección exigible a los Estados para cumplir con el art. 8 CEDH.

<sup>80</sup> OG N° 7, 2005 “Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia”, 12 setiembre de 2005.

<sup>81</sup> ”NN o NN O Axel s/ medida de abrigo” 9/12/09, DfyP 2010, agosto, 145 y ss

*judicial efectiva en tiempo útil* (art. 8 CADH) constituye garantía también constitucional, vinculada con el principio de eficacia del proceso, instrumento para hacer operativo el derecho material.<sup>82</sup>

La tutela procesal diferenciada y medidas urgentes anticipatorias devienen así herramientas útiles contra la esterilidad del tiempo de adopción de decisiones, donde el niño no permanece con su familia de origen pero tampoco inserto en un espacio adoptivo. Estas demoras importan vulneración del derecho a vivir en familia pero, también, del derecho a la identidad, forjado en sentido dinámico durante la primera infancia.<sup>83</sup> La problemática se ubica en la prevención de resoluciones tardías, que “son la representación de la vulneración masiva del goce pleno de sus derechos”<sup>84</sup>, prevención de daños que resguarda asimismo la responsabilidad estatal, aún de carácter internacional.<sup>85</sup>

Las medidas anticipatorias descritas resultan operativas también en sentido opuesto, esto es, a fin de resolver el reintegro del niño a su ámbito de origen. Así se ha resuelto<sup>86</sup> revocar la decisión que priorizando el tiempo de convivencia del niño con el matrimonio que solicita la guarda preadoptiva –ocho meses- rechazó el reintegro a los progenitores. Cuestionado el consentimiento de los padres para la adopción en los términos del art. 21 CDN-, se valoró que el interés superior del niño se identifica con evitar la prolongación de la separación, disponiéndose una medida cautelar de restitución, sin perjuicio de continuidad vincular con guardadores.

Finalmente, la CIDH ha expresado que “en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. Agregó que “el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la

---

<sup>82</sup> De los Santos, Mabel, Mabel, “La flexibilización de la congruencia”, LL *Suplemento especial, Cuestiones procesales modernas*, octubre del 2005, p.80.

<sup>83</sup> Schiro, María Victoria. “El derecho a vivir en familia y los tiempos del derecho.” RDF, 2011-III-19 y ss.

<sup>84</sup> Maggio, María Teresa. “El niño. Rehén de los tiempos de la justicia en el proceso de adopción.” RDF, 2008-III-17.

<sup>85</sup> Grosman, Cecilia. “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes.” JA 2007-IV-1090/1091.

<sup>86</sup> STJusticia Santiago del Estero 11/12/06

persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales...La responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad, y no en la actividad procesal del padre.<sup>87</sup>

#### **8. La responsabilidad del Estado en el respeto a la coparentalidad como parte del derecho a permanecer en la familia de origen.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos exhibe variados precedentes declarando la responsabilidad del Estado por violación al derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), ante decisiones de la reubicación de un niño fuera de su entorno de origen.<sup>88</sup> El citado art. 8 protege la vida “privada” al igual que la vida “familiar”<sup>89</sup>; por ello, las decisiones de separación deben justificarse desde la persecución de un objetivo legítimo y necesario, en tanto se haya considerado el interés del niño y la necesidad de su protección.<sup>90</sup>

En un reciente fallo<sup>91</sup> el TEDH recordó que si bien el artículo 8 tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita

---

<sup>87</sup> CIDH in re Fornerón, cit.

<sup>88</sup> TEDH “Olsson vs. Sweden” 24/3/88

<sup>89</sup> TEDH Jäggi c. Suiza, nº 58757/00, CEDDH “X y Backlund c. Finlandia, nº 36498/05, 6/4/10

<sup>90</sup> TEDH “Kutzner vs Germany” 26/02/02.”McMichael c. el Reino Unido” 24/2/95”; aunque el artículo 8 no contiene ninguna previsión explícita de carácter procesal, es necesario: “que el procedimiento por el que se adopta una resolución que desemboca en medidas de injerencia sea equitativo y respete debidamente los intereses protegidos por el artículo 8. En su defecto, se incumple el deber de respeto de su vida familiar y la injerencia resultante de la resolución no puede ser considerada como “necesaria” en el sentido del artículo 8 (W. C. el Reino Unido, 8/7/87 serie A n 121)”.

<sup>91</sup> TEDH, “K.A.B c. España” 10/04/12. El demandante, K.A.B., de nacionalidad nigeriana, residía en Barcelona con su conviviente, de cuya unión nació un niño. Este no fue inscripto por el padre. Ante la irregularidad de su situación migratoria, confían el niño a una pareja de amigos españoles, siendo al poco tiempo la progenitora expulsada del territorio español. Al tiempo el progenitor se presentó ante el Servicio de protección de menores, alegando que era el padre biológico del niño y mostrando su desacuerdo con la decisión de alojarlo en un centro. Solicitó realizar una prueba de ADN para comprobarlo, la que no pudo realizarse porque el demandante no pudo abonar su costo. Recién cuatro años después en el marco de un procedimiento de reconocimiento de paternidad se efectuaron las pruebas sanguíneas de paternidad al demandante, al parecer con el apoyo de la Asociación catalana para la infancia maltratada y su paternidad fue declarada. El demandante se opuso a la adopción. Pidió su reagrupación con el niño. El juez lo desestimó. Lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial.

a imponer al Estado el deber de abstenerse de tales injerencias, titularizando un deber de obligaciones positivas de respeto efectivo de la vida privada o familiar.<sup>92</sup> Para ser adecuadas, estas medidas deben establecerse rápidamente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los padres que no viven con él.<sup>93</sup>

En el caso, el TEDH concluyó que el paso del tiempo tuvo como efecto convertir en definitiva una situación de abandono de la que el demandante no era plenamente responsable -en la medida en que cuando consiguió demostrar su paternidad habían pasado tres años desde la asunción de la tutela por la Administración y entrega en acogida preadoptiva-. Consideró así que las autoridades nacionales incumplieron la obligación de particular celeridad, ignorando el derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 8 CEDH.

Similar omisión se planteó en el caso Fornerón<sup>94</sup>, en que para denegar el reintegro el Juez de grado valoró la inexistencia de un “noviazgo formal de más de 12 meses” entre las partes y el hecho de que la niña “no fue resultado del amor” ni “del deseo de formar una familia”. Al resolver, la Corte recordó que la determinación del interés superior del niño en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios.<sup>95</sup>

Más allá de estos dos casos paradigmáticos, como expresa Giberti, en muchas situaciones de adopción queda oculto y excluido el varón reproductor. Es la madre la que asume la responsabilidad

---

<sup>92</sup> TEDH “X y ALLÍ c. Países Bajos” 26/3/85 y “Mincheva c. Bulgaria, 2/9/10

<sup>93</sup> “Bianchi c. Suiza”, n 7548/04, 22/6/06

<sup>94</sup> “Surge de los antecedentes la entrega directa efectuada por la madre al día siguiente del nacimiento a un matrimonio con la intervención del Defensor de Pobres y Menores. 17 días después del nacimiento de M, el señor Fornerón y la progenitora comparecieron ante la Defensoría declarando Fornerón su paternidad, lo que fue negado por la madre. Un mes después Fornerón reconoció a la niña ante el Registro Civil. La causa penal por sustitución de identidad promovida por Fornerón fue archivada “por “no encuadrar los hechos en figura penal alguna”. Fornerón solicitó reiteradamente el cese de la guarda, se sometió a un examen de ADN para verificar su paternidad –legal-. Pero el reintegro fue negado considerando “sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de la familia a la que reconoce a otra a la que desconoce y que el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles”. Si bien la decisión fue revocada por la Sala Primera de la Cámara Segunda de Paraná, el Superior Tribunal la dejó sin efecto.

<sup>95</sup> CIDH *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 109

“biológica” ante la ley, por haber engendrado. La caracterización como madre biológica está destinada a mantener fuera de la escena al varón, avalando socialmente el ocultamiento, la desaparición del corresponsable del engendramiento.<sup>96</sup> Estas situaciones ponen de manifiesto aquello que mencionáramos al inicio, respecto a la necesidad de ensamblar las exigencias normativas con la praxis, en una aplicación legal respetuosa de los derechos humanos de los miembros de las relaciones familiares.

## 9. Conclusión

Las decisiones que comprometen los derechos de NNA exigen una mirada que comience por el contexto normativo, sin olvidar la visión sociológica de los hechos regulados por la norma y menos aún, la valoración de los intereses en juego, desde una axiología direccionada centralmente, por el interés superior del niño.

Este interés debe ser valorado como premisa idónea para un razonamiento justificatorio de la decisión judicial en el caso concreto. Tal como se ha explicado, un uso no trivial del principio de interés superior, significa adjudicación de derechos preexistentes y por ello, debe situarse en un contexto de aplicación. Así, la utilización del principio como premisa de justificación, supone identificar el tipo de norma que contiene el derecho adjudicado, lo que proyecta específicos requerimientos en la explicitación del argumento justificatorio. Decidir en consideración al interés superior del niño supone la aplicación y adjudicación de derechos preexistentes de su titularidad.<sup>97</sup>

Las decisiones estatales sobre un niño -sobre su persona- deben ser entonces decisiones sobre y acerca de sus derechos. En el caso, el derecho a permanecer y criarse en el ámbito de su familia de origen (arts. 7, 8, 9, CDN). Sólo en caso que esta pretensión resulta imposible, el derecho a desarrollarse en un ámbito familiar alternativo, que incluye la adopción como herramienta de realización del derecho a la vida familiar (art. 20, 21 CDN).

Este objetivo pone en juego muy frecuentemente la puja entre la invocación de derechos de terceros que discurren en torno a la vida y desarrollo del niño: padres biológicos, familia ampliada, pretensos adoptantes, eventuales guardadores de hecho, etc. Las decisiones que en este aspecto se

---

<sup>96</sup> Giberti, Eva. *Adopción siglo XXI. Leyes y deseos*. Sudamericana, p. 41.

<sup>97</sup> Garrido Alvarez “El interés superior del niño y el razonamiento justificatorio.”

adopten exigen el contrapeso y balance de todos los intereses en juego, desde una perspectiva ética inherente a la justificación de decisiones racionales en el ámbito de un Estado de derecho.

Como expresara un bioeticista "casi todas las éticas modernas son éticas de la autonomía, pero no todas son éticas de la responsabilidad, y dentro de éstas no todas son éticas de la deliberación. Las éticas de la responsabilidad atienden a principios, pero sobre todo atienden a la realidad. No quieren ser puramente abstractas... tienen en cuenta, desde luego, ciertos principios esenciales pero a la vez ponderan las consecuencias reales que va a tener cada decisión. La responsabilidad se refiere siempre al futuro, implica la previsión de las consecuencias que tendrán nuestros actos... La deliberación es el procedimiento adecuado para la toma de decisiones responsables..."<sup>98</sup>

Esta deliberación se plasma en los procesos de adopción, al momento de la toma de decisiones tan trascendentes para la vida de un niño como lo son las relacionadas con la definición de su espacio familiar, material y jurídico. La responsabilidad en cuanto a la previsión de las consecuencias de la decisión, se exhibe en la reflexión que un autor formula: "Cuando nacemos, cuando entramos en este mundo, es como si firmáramos un pacto para toda la vida; pero puede suceder que un día tengamos que preguntarnos, quién ha firmado esto por mí".<sup>99</sup> La respuesta se relaciona con la tarea –para nada sencilla- dirigida a posibilitar que, a la hora de acceder en un futuro cada niño a su proceso de adopción, halle respondidos en él, con argumentos propios a una justificación racional transparente, las razones éticas de las decisiones que definieron su destino familiar y personal.

---

<sup>98</sup> Gracia, Diego , cit. por Hooft, Pedro F.; Picardi, Geraldin J.; Hooft, Lynette, "La Corte Suprema fortalece la protección del ámbito de la autonomía personal. Testigos de Jehová. Respeto a la dignidad humana. Directivas anticipadas. El caso "Albarracini" SJA-2012/09/19-25 ; JA-2012-III.

<sup>99</sup> José Saramago "Ensayo sobre la lucidez."